

SERIE:

RENOVACIÓN JURISPRUDENCIAL

DERECHO A LA CONSULTA



3

Litiga, **organización de litigio estratégico de derechos humanos, A. C. (Litiga OLE)** es una organización de la sociedad civil que tiene como objetivo principal practicar la defensa estratégica de derechos humanos de personas y comunidades y formar estudiantes y profesionistas del Derecho en relación con la misma. Así, colabora con otras organizaciones e instituciones aportando la herramienta del litigio estratégico de derechos humanos para la consecución de sus objetivos de incidencia en el ámbito público y contribuye, con ello, al desarrollo de la democracia sustantiva. De igual forma, participa en cursos de formación dirigidos a distintas autoridades, especialmente a las que ejercen funciones jurisdiccionales, en materia de derechos humanos, con el fin de contribuir a la efectividad de los mismos.

Presentación

En un estado democrático de derecho debiera procurarse cuando menos que las necesidades de la población sean atendidas en todo momento por sus representantes en el gobierno que libre y mayoritariamente han elegido; asimismo, que ante una exigencia civil, en ciertos temas de interés público sea fomentada y respetada la participación directa e informada de la sociedad, previa a la adopción de las medidas gubernamentales que se requieran, desde políticas públicas a acciones concretas por parte de cualquier ente de la administración pública; e idealmente, debieran funcionar varios sistemas de rendición de cuentas, distintos al apoyo en las urnas, a los que se pueda someter a toda autoridad para verificar que cumple eficientemente su mandato e imponerle responsabilidades si no lo hace.

En paralelo, en un estado constitucional de derecho de menos debieran estar presentes los siguientes elementos: uno, la presencia de una Constitución que sea entendida como un documento normativo, obligatorio de seguir para cualquier autoridad y particular; dos, que en aquélla esté previsto un mecanismo especial para su reforma, distinto al procedimiento adoptado para crear legislación ordinaria; tres, que en la propia Constitución también se establezca algún medio de garantía para asegurar que ninguna otra fuente normativa ni determinación gubernamental puede prevalecer cuando se le encuentre contraria a las disposiciones constitucionales; e idealmente, cuatro, que la autoridad a la que se encomienda la salvaguarda última de la Constitución, cumpla con su mandato.

Para que ambas formas de estado de derecho resulten aceptables en nuestros tiempos, su combinación es necesaria, a la vez que es fundamental que se organicen en torno al respeto y la garantía de los derechos humanos, entendiendo a éstos como una figura normativa de nivel constitucional que pretende asegurar que las necesidades de toda la población sean atendidas, para de esa forma evitar que las mayorías sometan a las minorías, así como impedir que quienes gobiernan y/u ostentan cualquier expresión de poder, lo hagan en detrimento del nivel de vida y los derechos de las personas.

En el papel, en México, cada uno de los anteriores elementos se puede encontrar de alguna manera en nuestra Constitución –cuyo texto, en materia de derechos humanos, se completa al remitir a fuentes normativas de origen internacional para favorecer en todo momento la mayor protección de las personas y sus derechos–; sin embargo, nuestra realidad dista mucho de las promesas constitucionales que debieran ser vinculantes. En el discurso político es raro encontrar que se niegue alguno de ellos abiertamente, pero gobierno tras gobierno, la mejora en el nivel de vida de las personas queda en duda.

En este escenario se justifica preguntarnos también por la responsabilidad que atañe a las autoridades a las que se ha encomendado la garantía última de nuestros derechos humanos. ¿Qué hace en México el Poder Judicial de la Federación para defender nuestros derechos? ¿Cumple su mandato de observar y hacer que se respete nuestra Constitución y las normas de derechos humanos de origen

internacional en la materia, del modo que más favorezca a las personas? ¿Contribuye, a final de cuentas, al mejoramiento del nivel de vida de la población?

En una democracia constitucional ninguna autoridad se encuentra exenta de crítica. Por supuesto, no se trata de hacer una crítica sin conocimiento de los hechos que se juzgan y de los argumentos jurídicos que se emplean. Menos se trata de cuestionar a los juzgados y tribunales cuando invalidan la actuación indebida de otras autoridades, que pretextando la seguridad, en realidad promueven la disminución de los estándares de protección de nuestros derechos más elementales. De lo que se trata, es de exigir que todos los juzgados y tribunales del país se asuman defensores de nuestros derechos antes que de las autoridades y el *status quo*, cumpliendo en cada caso el mandato constitucional de favorecer la mayor protección posible a las personas.

Con ese fin en mente, de entre múltiples mecanismos que pudieran idearse para exigir alguna rendición de cuentas de parte de las autoridades judiciales garantes últimas de nuestros derechos, la presente Serie de Cuadernos tiene por objeto contribuir a una mínima y elemental fase intermedia: precisar lo que están haciendo los tribunales federales, primordialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para asegurar la defensa de los derechos humanos de cara a las promesas constitucionales que les obligan, pero más importante todavía, para denunciar criterios desfavorables a esa defensa que a nivel jurisprudencial puedan mantenerse o presentarse luego de las reformas constitucionales de junio de 2011 sobre amparo y derechos humanos.

Se intenta lo anterior porque en una democracia constitucional en la que se confía a las autoridades judiciales el rol de garantes, las personas no podemos conformarnos con que se autoproclamen defensoras de derechos sin que ello pueda verificarse en los hechos; porque pensamos que no hay autoridad exenta de rendir cuentas; porque entendemos que quienes están en el Poder Judicial de la Federación ejercen cargos públicos pensados para servir a la población; porque ya ha pasado demasiado tiempo resaltándose que quienes imparten justicia resuelven conflictos, en lugar de analizar el impacto de sus resoluciones en beneficio o perjuicio de la gente; pero además, porque en México aquel Poder ha tenido la costumbre de funcionar verticalmente, concentrar la toma de decisiones y pretender que sus determinaciones son incuestionables.

Así, para blindar la labor judicial en un país en el cual no sería extraño buscar el control político de la Suprema Corte de Justicia, a través de nombramientos a modo del gobierno en turno —y a partir de ella influir en todos los demás tribunales y juzgados, dada la verticalidad imperante en los Poderes Judiciales—, se necesita una cultura de exigencia de derechos y rendición de cuentas que impregne de tal forma en nuestra sociedad, que sin importar tanto las personas que lleguen a los máximos cargos, todas se sientan obligadas por los precedentes más garantistas, todas cumplan el mandato constitucional de favorecer la mayor protección de nuestros derechos en todo tiempo, todas se asuman defensoras de las personas, y no que lleguen pensando que son quienes ostentan la última palabra, que sus criterios están fuera del alcance de la crítica y que ni siquiera tienen que guardar congruencia entre sus determinaciones.

Con esa mira, esta Serie de Cuadernos nace como un espacio de análisis y denuncia, para que las mejoras a nuestra Constitución introducidas por las reformas

de junio de 2011 sean efectivas, para que las promesas constitucionales más avanzadas a la fecha se hagan realidad, para que en todo momento se busquen estándares de protección de nuestros derechos humanos de forma progresiva, y para que en los casos en que un criterio jurisdiccional resulte regresivo, pueda darse una Renovación Jurisprudencial.

Aviso

El presente Cuaderno de la Serie se terminó de revisar el 31 de mayo de 2016. Se elaboró a partir del conocimiento que hasta esa fecha se pudo tener de las tesis jurisprudenciales y sentencias vinculadas al tema del que trata. Por ese motivo, como no podría ser de otra manera tratándose de un trabajo que se basa en el análisis de precedentes judiciales, evidencia solamente un estadio de la cuestión en un momento determinado, la cual deberá actualizarse permanentemente con el estudio de los criterios que semanalmente se difunden para realizar una Renovación Jurisprudencial.

Contenido

<i>Presentación</i>	<i>3</i>
<i>Aviso</i>	<i>6</i>
<i>Introducción</i>	<i>8</i>
<i>I. El derecho a la consulta: contenido y alcance</i>	<i>10</i>
<i>II. La interpretación del derecho a la consulta por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	<i>13</i>
A. Caso Barrancas del Cobre. Amparo en Revisión 781/2011	13
B. Caso de la Tribu Yaqui. Amparo en Revisión 631/2012.....	16
C. Caso Municipio de Cherán. Controversia constitucional 32/2012.....	20
D. Caso Soya transgénica. Amparo en Revisión 499/2012	24
<i>Conclusiones</i>	<i>29</i>

Introducción

Las reformas constitucionales de junio de 2011 incorporaron en México una nueva forma de entender al Derecho, al colocar a las personas y sus derechos humanos como eje central de todo el ordenamiento jurídico. Desde nuestra perspectiva, esas reformas trasladaron el soporte principal de nuestro sistema jurídico, cambiándolo del principio de jerarquía normativa, al principio pro persona. Es por esa razón que a partir de ellas era de esperarse que toda autoridad debía cumplir con sus diversos mandatos a fin de contribuir al respeto, protección, promoción y garantía de aquellos derechos, a la par que a la prevención, investigación, sanción y reparación de sus eventuales violaciones.

En ese contexto, resultaba necesaria no sólo una renovación de las fuentes normativas, tanto de carácter legislativo como jurisprudencial, con el objeto de adecuarlas a los derechos humanos que quedaron establecidos como parámetro de validez e interpretación de todo el sistema jurídico mexicano –renovación que expresamente mandata el artículo noveno transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en el sentido de que las disposiciones que lo contravengan quedan derogadas–; sino que a la par era igualmente necesario que todas las autoridades, en el ámbito de sus responsabilidades, modificaran su comportamiento a fin de asumirse defensoras de los derechos de todas las personas.

Bajo esa lógica y en lo que corresponde a los Poderes Judiciales, lo mínimo esperado era que toda interpretación jurisprudencial contraria a la esencia de las reformas constitucionales de junio de 2011, no podía seguir considerándose válida y debía modificarse, de modo que la salvaguarda de los derechos humanos resultara favorecida en todo tiempo. Pero sobre todo, era de esperarse que para hacer efectivas aquellas promesas constitucionales, tenía que llevarse a cabo una renovación en su desempeño cotidiano, una renovación en su entendimiento de las formalidades de cada procedimiento a su cargo –de modo que resultaran más breves, sencillos, accesibles–, así como una renovada forma de razonar en torno al fondo de las cuestiones planteadas, en la que siempre se hiciera prevalecer el principio pro persona.

No ha sido el caso. Al menos no lo ha sido en los temas de los que se trata en la presente Serie de Cuadernos. Desde Litiga OLE nos hemos dado a la tarea de realizar un análisis de la interpretación jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación en los últimos años, a fin de identificar aquélla que resulta contraria a los estándares de derechos humanos más favorables desarrollados tanto en sede nacional como internacional y que debieron haber sido introducidos como parámetros de validez y de interpretación del resto del ordenamiento jurídico, a partir de las reformas de 2011. El resultado de nuestro trabajo crítico –realizado con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer–, busca servir como herramienta para identificar regresiones jurisprudenciales, de modo que sea posible emprender una renovación jurisprudencial.

Con ese enfoque, el presente cuadernillo, tercero de la serie, analiza los principales retrocesos de la interpretación jurisprudencial en relación con el derecho a la consulta. Un derecho fundamental a la hora de pretender la mejora de un régimen democrático que transite del principio de representación al de participación directa en la conducción de los asuntos de interés público. Un derecho que en México es cada vez más trascendente, por ejemplo, en un escenario en el que los denominados proyectos de desarrollo e infraestructura buscan imponerse a la población sin siquiera informarle y no obstante que puedan trastocar sus proyectos de vida, como si las decisiones al respecto pudieran adoptarse exclusivamente entre dos: gobernantes y concesionarias.

I. El derecho a la consulta: contenido y alcance

El derecho a la consulta se encuentra tutelado por los artículos 2º apartado B, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), 6 y 7 del Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 de la OIT). También se encuentra previsto en el artículo 19 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado el contenido, alcance y fin de este derecho, a través de su jurisprudencia¹. En ese sentido, ha determinado que el derecho a la consulta constituye una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas, conforme a sus usos y costumbres, en las decisiones que afecten o puedan llegar a afectar sus derechos, y con ello, asegurar al mismo tiempo, que se beneficien de toda medida administrativa o legislativa que el Estado pretenda implementar, previo estudio de su impacto social, cultural, ambiental, entre otros, realizado por entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado.

El derecho a la consulta garantiza la participación de los pueblos y comunidades indígenas, conforme a sus usos y costumbres, en las decisiones que afecten o puedan llegar a afectar sus derechos

Así, el Estado, al consultar a los pueblos y comunidades indígenas deberá atender a los siguientes principios, establecidos tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas anteriormente referidos:

- 1. Endógeno.** Que establece que el resultado de dichas consultas debe surgir de los propios pueblos y comunidades indígenas para hacer frente a necesidades de la colectividad;
- 2. Libre.** Que postula que, el desarrollo de la consulta debe realizarse con el consentimiento libre e informado de los pueblos y comunidades indígenas, quienes deben participar en todas las fases del desarrollo;
- 3. Pacífico.** Se refiere a que se deberán privilegiar medidas que permitan todas las condiciones de diálogo y consenso que sean necesarias, a fin de evitar violencia o cualquier tipo de desórdenes sociales al seno de la comunidad;
- 4. Informado.** Establece que se debe proporcionar a los pueblos y comunidades indígenas todos los datos y la información necesaria respecto de la realización, contenidos y resultados de la consulta, a efecto de que puedan adoptar la mejor decisión. A su vez, dichos pueblos y comunidades deben proporcionar a la autoridad la información relativa a los usos, costumbres y prácticas tradicionales, para que, en un ejercicio

¹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafo 129; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafos 159 y 160.

constante de retroalimentación, se lleve a cabo la consulta correspondiente;

5. **Democrático.** Señala que en la consulta se deben establecer los mecanismos correspondientes a efecto de que pueda participar el mayor número de integrantes de la comunidad y que, en la adopción de las resoluciones, se aplique el criterio de mayoría y se respeten en todo momento los derechos humanos;
6. **Equitativo.** Postula que se debe beneficiar por igual a todas las personas que forman parte del pueblo o comunidad indígena de que se trate, sin discriminación y contribuir a reducir desigualdades, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de igualdad frente a los hombres;
7. **Socialmente responsable.** Este principio señala que se debe responder a las necesidades identificadas por los propios pueblos y comunidades indígenas y reforzar sus propias iniciativas de desarrollo; que se debe promover el empoderamiento de los pueblos indígenas y especialmente el de las mujeres indígenas.
8. **Autogestionado.** Se refiere a que, las medidas que se adopten a partir de la consulta, deben llevarse a cabo por las personas interesadas, a través de formas propias de organización y participación.

Los procesos de consulta deben ser endógenos, libres, pacíficos, informados, democráticos, equitativos, socialmente responsables y autogestionados

Ahora bien, la CorteIDH también ha desarrollado las características que tiene que reunir la consulta para que ésta pueda considerarse efectiva, a saber:

1. **La consulta debe ser previa.** Esto es, debe realizarse lo antes posible, 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. Tratándose de medidas legislativas, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa².
2. **La consulta debe ser culturalmente adecuada.** Ello implica que 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.
3. **La consulta debe ser informada.** Esto es, que 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

² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas James Anaya, sobre Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, párrafo 20.

forma voluntaria. No basta con que se informe a los pueblos indígenas sobre el contenido de la medida propuesta, sino que debe pretender fomentar un verdadero diálogo con ellos³.

- 4. 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. Se debe buscar generar consensos, propiciando un clima de confianza y respeto entre comunidades y gobierno⁴.

Finalmente, de conformidad, con la opinión que emitió el Comité Tripartito de la OIT en el caso sobre la reforma constitucional al artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵, el contenido de las consultas a los pueblos indígenas no es jurídicamente vinculante. Sin embargo, dichas consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias de los pueblos, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁶.

3 Reclamación Colombia, párrafo 90.

4 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párrafo 53; e 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 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), (en adelante “Reclamación México”) GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001), párrafo 107.

5 Reclamación México, *op. cit.* párrafo. 105: “[...] tanto el Congreso Nacional como las legislaturas de los Estados no ignoraban las opiniones de los indígenas respecto a las reformas, pero no estaban obligados a aceptarlas”.

6 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas James Anaya, sobre Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, párrafo 38; y Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 309, 4 de Agosto 2000, Considerando 7°.

II. La interpretación del derecho a la consulta por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

A. Caso Barrancas del Cobre. Amparo en Revisión 781/2011

En este caso, una comunidad indígena del Estado de Chihuahua, presentó amparo en contra de la celebración y firma del Convenio denominado Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, cuyo objeto sería precisa y exclusivamente el desarrollo equilibrado del turismo en la zona de la Sierra Tarahumara, para la explotación de la diversidad de los atractivos culturales y naturales de la región, conocida genéricamente como Barrancas del Cobre, preservando el equilibrio ecológico y social, que produjera también y, de manera directa, el incremento en los niveles de bienestar de las comunidades ahí asentadas.

Es de destacarse que el artículo segundo transitorio del Decreto 409/96 I.P.O. que autoriza dicho Fideicomiso, estableció que la autorización para celebrar el Convenio del Fideicomiso se sujetaba a la condición de que se constituyera mediante “Convenio de Coordinación” entre Gobierno Federal, Estatal y Municipal del área de influencia del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, un Consejo Consultivo Regional dentro de los treinta días siguientes a la constitución formal del fideicomiso, cuya finalidad sería establecer los mecanismos de consulta necesarios para definir y proponer los objetivos, prioridades, políticas y estrategias de desarrollo regional en su área de operaciones.

Dicho Consejo Consultivo no fue constituido, por lo que el amparo también se promovió en contra de dicha omisión, ya que ello implicó, desde la perspectiva de la comunidad indígena promovente, que no se le consultara sobre dicho proyecto turístico, a pesar de que la ejecución del mismo le privaba de la posibilidad de que le fueran reconocidas la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupa y del derecho a hacer uso de los recursos naturales existentes en ellas.

Además, la comunidad indígena consideró que dicho Plan de Desarrollo Turístico les imponía un modelo de desarrollo en el que no habían tenido la oportunidad de participar o de decidir, a fin de garantizar que sus instituciones políticas, económicas y sociales no se vieran afectadas, así como que no estaba acostumbrada a convivir con gente ajena a su cultura, por lo que el proyecto afectaría directamente a la fauna existente, a través de la presencia humana, el ruido, basura, etc.

Consideró, asimismo, que la omisión de crear el Consejo Consultivo Regional referido se traducía en la privación de su derecho a contar con un representante y un vocal elegidos de acuerdo a sus costumbres, que fuera el conducto para planear necesidades de inversión en obras y servicios prioritarios para las etnias, a fin de proteger sus derechos y actuar como órgano de planeación para los efectos de garantizar un desarrollo integral y sustentable de las comunidades indígenas de la zona de influencia del fideicomiso.

La sentencia de la Segunda Sala de la SCJN, amparó a la comunidad indígena promovente por la omisión de crear el referido Consejo Consultivo Regional, al

considerar que dicha omisión violaba en perjuicio de dicha comunidad, la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 constitucional, al violarse el artículo Segundo Transitorio del Decreto 409/96 I.P.O y su derecho a la consulta, previsto en el artículo 2, apartado B, fracciones I y IX de la Constitución, que reconocen la obligación de los tres órdenes de gobierno para impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, con la participación de las comunidades indígenas; el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas en la elaboración de los Planes de Desarrollo, para la introducción, en su caso, de las recomendaciones y propuestas que realicen.

La sentencia también señaló que la violación de estos derechos constitucionales, se actualizaba, independientemente de la violación a los artículos del Convenio 169 de la OIT, del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, toda vez que al estar estos derechos previstos ya en la Constitución “...no resulta necesario atendiendo al principio *pro homine*, considerar el contenido de los preceptos contenidos en los ordenamientos internacionales citados”.

Y, de igual forma, la Segunda Sala aprovechó para subrayar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas a la que hacía referencia la comunidad indígena promovente, se trataba de un instrumento de *carácter aspiracional*, “...que marca la tendencia hacia donde las Partes que lo suscriben consideran debe orientarse el derecho internacional”. Y al existir sólo un compromiso moral con su contenido solamente sirve como “criterio orientador”.

Finalmente, el amparo concedido fue para el efecto de que se ordenara al Gobernador, Secretario General de Gobierno, Secretaría de Finanzas y Administración y Secretaría de Desarrollo Comercial y Turístico, todos del Estado de Chihuahua y al Secretario de Turismo del Gobierno Federal, así como al Congreso local y al Ayuntamiento del Municipio de Urique, crear el Consejo Consultivo Regional referente al área de influencia del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, para que a partir de la notificación de la sentencia, se establecieran los mecanismos de consulta necesarios para definir y proponer los objetivos, prioridades políticas y estrategias de desarrollo regional en el área de operaciones del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, dentro de la que se asienta la comunidad indígena promovente.

Asimismo, precisó que en la creación de dicho Consejo Consultivo Regional, se debía dar intervención a los representantes y vocales elegidos libremente por la comunidad y una vez elegido, se llevaran a cabo las acciones tendentes a cumplir con la finalidad del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, establecida tanto en la exposición de motivos del Decreto 409/96 I.P.O., como en el cuerpo del Convenio de Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, en específico, para que se encargaran de que el referido Consejo actuara como un órgano de planeación para los efectos de lograr un desarrollo integral equilibrado, justo y sustentable, de la zona de influencia del fideicomiso, asegurando la participación de la comunidad indígena promovente.

Dicha resolución dio lugar a la siguiente tesis aislada:

COMUNIDADES INDÍGENAS. LA OMISIÓN DE CREAR EL CONSEJO CONSULTIVO REGIONAL A QUE SE REFIERE EL DECRETO 409/96 I.P.O., PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE CHIHUAHUA EL 1o. DE ENERO DE 1997, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA RECONOCIDOS EN FAVOR DE AQUÉLLAS.

El artículo 2o., apartado B, fracciones I y IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, entre otras cuestiones, la obligación de las autoridades de los tres órdenes de gobierno de impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de 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. Por otra parte, en el artículo segundo transitorio del referido Decreto 409/96 I.P.O., mediante el cual se autorizó al Ejecutivo del Estado para firmar el Convenio de Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, se estableció como condición de validez de la referida autorización la creación, vía Convenio de Coordinación entre los órdenes de Gobierno Federal, Estatal y Municipales del área de influencia del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, de un Consejo Consultivo Regional dentro del que debería darse participación, entre otros, a las comunidades indígenas de su zona de influencia. En ese sentido, la omisión de dichas autoridades de crear el referido Consejo viola el principio de legalidad establecido en el artículo 16 constitucional y los de participación y consulta reconocidos a favor de las comunidades indígenas en las fracciones I y IX del apartado B del artículo 2o. de la Constitución General de la República¹.

En el caso de Barrancas del Cobre no se dota de contenido, ni se define el alcance del derecho a la consulta, previsto en el artículo 2º constitucional. Tampoco se acude a los tratados internacionales para desentrañarlo.

Como puede observarse, en este primer caso sobre el derecho a la consulta conocido por la Segunda Sala de la SCJN, se reconoce que dicho derecho se encuentra previsto en el artículo 2º, apartado B, fracciones I y IX de la CPEUM; sin embargo, no se le dota de contenido, ni se define su alcance más allá de lo que el propio artículo 2º constitucional establece.

De hecho, la Segunda Sala hace referencia expresa a la falta de necesidad, por principio pro persona, de acudir a los tratados internacionales que refiere la comunidad indígena promovente, esto es, el Convenio 169 de la OIT y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y de los cuales forma parte el Estado Mexicano, toda vez que el artículo 2º constitucional ya prevé dicho derecho.

Es importante señalar que esta consideración por parte de la Segunda Sala resulta contraria a la reforma constitucional en materia de derechos que para la fecha de la resolución, tenía menos de un año de ser aprobada y ya contemplaba en el artículo 1º un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

1. Tesis aislada 2a. XXXIII/2012 (10a.). SJF y su Gaceta, Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2, página 1347. Expediente Varios 912/2010. Amparo en revisión 781/2011.

Cierto es que para ese entonces, el Pleno de la SCJN no reconocía aún la existencia de dicho bloque (Contradicción de Tesis 293/2010), pero el artículo 1º ya mandaba hacer un análisis conjunto de las fuentes de origen nacional e internacional para definir el contenido y alcance del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Asimismo, con esta resolución la Segunda Sala de la SCJN, dejó por sentado el alcance de los instrumentos internacionales distintos de los tratados, al establecer que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sólo fungía como un criterio orientador.

Es así que en esta sentencia se perdió la oportunidad de avanzar jurisprudencialmente en la definición del contenido y alcance del derecho a la consulta. No obstante, la ocasión se dio con casos posteriores, como se apreciará a continuación.

B. Caso de la Tribu Yaqui. Amparo en Revisión 631/2012

En relación con este caso, la Tribu Yaqui promovió amparo en contra de la resolución en materia de impacto ambiental que contenía la autorización para la construcción del proyecto denominado “Acueducto Independencia”, a desarrollarse en los municipios de Hermosillo, Mazatlán, Villa Pesqueira, Ures y Soyopa, en el estado de Sonora.

El proyecto consistía en la construcción y operación de: a) una obra de toma vertical en la presa “El Novillo”; b) una estación de rebombeo horizontal (cárcamo de bombeo); c) un acueducto de acero para la distribución de agua nacional; y, d) una línea de transmisión eléctrica; y la Tribu Yaqui señaló que ello implicaba una afectación a sus derechos de uso, goce o disposición en relación con la cantidad de agua que se encuentra almacenada en la presa “La Angostura”.

La Primera Sala de la SCJN concluyó que la autoridad responsable debió respetar la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a favor del pueblo Yaqui, habida cuenta que, de conformidad con lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, los Estados, a través de sus autoridades correspondientes, tienen la obligación de mandar llamar a los pueblos interesados por conducto de sus representantes legales, a los procedimientos que ante ellos se ventilen con la finalidad de consultarlos para determinar si los intereses de dichos pueblos se pueden ver afectados con la autorización para explotar los recursos naturales existentes en sus tierras. Si bien, concluyó que no se trata de un acto privativo de derechos a la comunidad indígena, debió considerarse que se trataba de un grupo que cuenta con normas de protección especial y extraordinaria por su vulnerabilidad, tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México forma parte.

Por ello, aunque el acto reclamado no los prive de manera directa e inmediata del derecho de disposición del agua de la presa “La Angostura”, la sola posibilidad de afectación, ante la dotación con la que cuentan del 50% respecto al almacenamiento de dicha presa, hacía necesario otorgarles el derecho de audiencia previa a la emisión de la resolución de impacto ambiental, pues sería en el des-

ahogo de dicha audiencia, que la autoridad debería precisar si existe afectación o no a los derechos de la comunidad promovente.

Lo anterior, con base en que la protección efectiva de los recursos naturales presentes en los territorios indígenas requiere que se garantice el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia, de conformidad con el artículo 2º, Apartado B, fracción IX, de la CPEUM, que establece la obligación de las autoridades de 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.

Consideró igualmente que, si bien el derecho a la consulta no se encuentra desarrollado ampliamente en la norma constitucional, sí se lo está en el Convenio 169 de la OIT, que es de carácter obligatorio. Y en sus artículos 6º, 7º y 15 señala que las autoridades tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente.

La consulta debe ser previa, culturalmente adecuada, informada, de buena fe y tener como finalidad alcanzar un acuerdo

Asimismo, obligan a darles participación en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente; y de establecer o mantener procedimientos con miras a consultarlos, 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 y explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Es por ello, que concluye que el deber de consultar a 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.

Así, de los artículos antes referidos, así como lo establecido por el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la interpretación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos², la Primera Sala de la SCJN concluye que la consulta a los pueblos y comunidades indígenas debe reunir las siguientes características:

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.

² Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit.*

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.

En consecuencia, concluye la sentencia que el derecho de disposición que le fue reconocido a la Tribu Yaqui sobre el agua almacenada en la presa denominada “La Angostura”, es susceptible de ser afectada por la autorización de la operación del “Acueducto Independencia” dado que dicha presa es señalada como una de las fuentes (de carácter léntico) de donde se alimentará la obra.

Lo anterior, en el entendido de que la susceptibilidad de afectación más que derivar de la autorización de la construcción y de las demás obras que integrarán el “Acueducto Independencia”, podría generarse en la operación del mismo, pues el derecho que pudiera afectarse es la disposición del recurso natural vital con el que cuenta la tribu.

En ese sentido, la Primera Sala subraya que no bastaba que la autoridad responsable pusiera el proyecto a disposición del público en general, a través de diversos medios de difusión o la realización de una consulta pública, dada la calidad de la comunidad a la que pertenecen las promoventes, pues debe hacerse adecuadamente y a través de sus representantes tradicionales, a fin de respetar sus costumbres y tradiciones.

Asimismo, la sentencia de la Primera Sala concluye resaltando la diferencia entre consulta y consentimiento. Y, en ese sentido señala que, si bien todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos, puede que su ausencia no impida a las autoridades llevar a cabo las acciones correspondientes. Ello dependerá del nivel de impacto que tendrá el funcionamiento u operatividad del Acueducto Independencia sobre la comunidad indígena, para lo cual deberán ponderarse los intereses sociales en juego, esto es, tanto de las personas afectadas como de las beneficiadas por la obra.

Y en todo caso, las autoridades podrán adoptar las medidas necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto sobre la cuenca, de tal forma que aseguren la subsistencia de la Tribu Yaqui, a fin de que sea escuchada para efectos de la operación, que no de la construcción del Acueducto.

La sentencia de la Primera Sala dio origen a la siguiente tesis aislada:

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 perjudicados³.

En el caso de la Tribu Yaqui, se confunde el derecho de audiencia con el derecho a la consulta

De un análisis de la interpretación dada por la Primera Sala de la SCJN en este caso, puede desprenderse que si bien en la sentencia se describe el contenido y alcance del derecho a la consulta, lo cierto es que confunde el derecho de audiencia con el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Así lo considera también la Ministra Sánchez Cordero en el voto concurrente que formula en relación con la sentencia.

En ese sentido, señala que mientras la garantía de audiencia implica dotar a las personas de la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la auto-ridad, el derecho a una consulta previa implica dotar a los pueblos y comunidades indígenas de la información necesaria, a fin de determinar en qué consistirá el acto mismo, así como sus alcances y consecuencias.

Si bien se considera que el derecho de audiencia previa contenido en el artículo 14 constitucional y la consulta previa de los pueblos indígenas son derechos distintos, lo cierto es que la razón de ser de ambos es permitir defenderse a las personas interesadas frente a un acto privativo o de afectación de derechos, por lo que allí no podría radicar su diferencia esencial. El derecho a la consulta previa, parte del acceso a la información sobre lo que va a versar el acto de afectación y sus posibles consecuencias

Se trata así, de un derecho que actualiza una forma de participación en las decisiones que pueden llegar a afectar los derechos de los pueblos o comunidades indígenas, de tal forma que puedan aportar su opinión sobre la posible afectación, presentando todas las pruebas que motiven su posición, y con ello, defenderse ante dicha posible afectación.

³ Tesis aislada 1a. CCXXXVI/2013 (10a.). SJF y su Gaceta, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1, página 736. Amparo en revisión 631/2012.

Ahora bien, otro de los puntos que salta a la vista de la interpretación llevada a cabo en la sentencia, es el tema de la naturaleza jurídica de los resultados de la consulta. Para la Primera Sala de la SCJN, consulta no significa consentimiento. Es decir, podrá ejecutarse el acto privativo o de afectación, aún si el resultado de la consulta es contrario, si al ponderar el interés social y el de la comunidad se llega a la conclusión de que el primero debe prevalecer y siempre que se aminoran los efectos negativos que sufrirá la comunidad de que se trate e incluso, resarcido los daños cuando resulte necesario.

En caso de que de acuerdo a las circunstancias específicas se decida que el interés social prevalece, deberá motivarse y fundamentarse suficientemente, a través de un ejercicio expreso y exhaustivo de ponderación por parte de la autoridad y en todo caso, revisable por autoridad judicial competente. Esa sería la única garantía de que los resultados de la consulta fueron tomados en consideración y ésta no sólo fue una pantomima.

Lo hasta aquí argumentado se fortalece con los efectos de la sentencia de amparo otorgado a la tribu yaqui. Así, en la resolución de la aclaración de sentencia, la Primera Sala determinó que el amparo se concedía para el efecto de que se dejara insubsistente la resolución de impacto ambiental combatida, sin que ello implicara la suspensión de la operación del “Acueducto Independencia”, en tanto se desahogaba la consulta a la tribu yaqui o en cualquier momento durante dicho procedimiento y se dictara una nueva resolución, en la que se pronunciara sobre la existencia o no de una afectación a los derechos de disposición de agua de la comunidad Yaqui.

Consulta no significa consentimiento, pero debe argumentarse suficientemente la razón por la cual no prevalecieron los resultados de la misma

Y, así, dejó a criterio de las autoridades competentes decidir si la operación del Acueducto Independencia afectaba o no los derechos de la tribu Yaqui, en cuyo caso podría determinar la suspensión de la operación o bien, aminorar o resarcir los daños.

Esta decisión, sin duda es contraria al carácter previo de toda consulta y la convierte en ornamental. Si bien la Primera Sala confirma que en principio la consulta debe llevarse a cabo en las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo y que en caso contrario, subsiste la obligación de realizarla en cualquier etapa del procedimiento, lo cierto es que debió suspender la operación del Acueducto Independencia, en tanto dicha consulta se llevaba a cabo.

Lo anterior, debido a que la operación misma del Acueducto Independencia, es la que podría estar afectando ya los derechos de la comunidad, lo cual se confirmaría con los resultados del proceso de consulta. Así lo consideró el Ministro Cossío en los votos que acompañó a la sentencia aclaratoria.

C. Caso Municipio de Cherán. Controversia constitucional 32/2012

Un tercer caso en que se dio la oportunidad de interpretar el contenido y alcance del derecho a la consulta, fue la controversia constitucional promovida por el Municipio de Cherán, municipio indígena, contra la reforma a la Constitución del Estado de Michoacán de Ocampo, del 16 de marzo de 2012, misma que no

le fue consultada, a pesar de incluir modificaciones relacionadas con cuestiones indígenas.

Sobre el particular, el Pleno de la SCJN consideró que 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 prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente. El ejercicio de tal derecho debe respetarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias.

Señaló, asimismo, que si bien la CPEUM no contempla la necesidad de que los órganos legislativos locales, dentro de sus procesos legislativos, abran periodos de consulta, lo cierto es que la norma internacional sí establece en favor de los pueblos indígenas tal prerrogativa, por lo que con base en lo dispuesto en el artículo 1° constitucional, 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.

Así, declara la invalidez de la reforma constitucional impugnada, pero con efectos únicamente entre las partes, lo cual implica, extrañamente, que la reforma constitucional en comento rija respecto de algunos municipios y de otros no. Esto lo resaltan las ministra Sánchez Cordero y el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena en sus respectivos votos concurrentes.

La primera, considera que los efectos de la sentencia debieron ser generales, para evitar esta duplicidad de regímenes constitucionales en el Estado de Michoacán, mientras que el segundo consideró que los efectos de la sentencia tendrían que ser entre las partes, pero que la sentencia debió otorgar un plazo al Congreso local para que se emitiera una nueva reforma, respetando el derecho a la consulta.

Como puede observarse, en este caso, la SCJN determina que el derecho a la consulta en relación con medidas legislativas no se encuentra previsto en el artículo 2º, pues éste sólo refiere dicho derecho respecto a cuestiones educativas y a la elaboración de los Planes de Desarrollo en los distintos niveles (fracciones II y IX).

Lo cierto es que, como la Ministra en retiro Sánchez Cordero y los Ministros Zaldívar y Gutiérrez Ortiz lo señalan en sus votos concurrentes a esta sentencia, el derecho constitucional a la consulta respecto de toda medida que pueda afectar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, puede desprenderse implícitamente de su derecho a la autodeterminación, es decir, de su derecho a decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural y a elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno. Pero también dicho derecho se desprende constitucionalmente de sus derechos a la preservación de su cultura e identidad, a la protección de sus tierras, al acceso a la justicia y a su derecho a la igualdad y no discriminación.

Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a ser consultados frente a medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente. Así, debe preverse una fase adicional en los procesos de creación de leyes para consultarlos.

De igual forma, el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena resalta en su voto concurrente, el retroceso en el contenido y alcance del derecho a la consulta respecto de los estándares internacionales, pero también de los sentados previamente por la SCJN, específicamente en el caso de la Tribu Yaqui, anteriormente comentado. En ese sentido, subraya que el derecho a la consulta persigue alcanzar un acuerdo, debe buscar establecer un diálogo que permita encontrar soluciones adecuadas para las partes en un ambiente de respeto mutuo y participación plena.

Por su parte, la Ministra Sánchez Codero en su voto concurrente, recopila una serie de estándares internacionales aplicables, desde su perspectiva, al caso y que no fueron considerados en la sentencia. En ese sentido, señala que en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales conforme al artículo 21 de la Convención, implicaba que cualquier restricción de los derechos del Pueblo Saramaka, debía cumplir con determinadas salvaguardas. Una de ellas, y quizá la más relevante, es que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados y, en su caso, existe la “obligación de obtener consentimiento”.

Asimismo, la Corte Interamericana señaló que los Estados tienen la obligación de consultar, activamente, según las costumbres o tradiciones del pueblo que se trate, los planes de desarrollo o inversión que se lleven a cabo dentro de su territorio. Para tal efecto, la Corte señala que la consulta ha de ser de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. El Estado tiene la obligación, además, de brindar información e iniciar las consultas desde las primeras etapas del procedimiento y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.

Otra cuestión importante, es que el Estado debe asegurarse que los miembros de la comunidad, tengan conocimiento de los posibles riesgos que pueda acarrear el plan de desarrollo o inversión propuesto. Finalmente, la consulta debe tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones.

En relación con el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Ministra nos recuerda que la Corte Interamericana advirtió el derecho a la consulta es también un principio general del Derecho Internacional y que ésta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, esto es “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.

En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua” y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y

la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe⁴.

En el mismo sentido, el Ministro Zaldívar aprovecha su voto concurrente para abonar al contenido y alcance del derecho a la consulta y en ese sentido, recuerda que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos indígenas ha señalado que el mismo debe respetarse cuando una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes⁵.

Además, nos recuerda que los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, han desarrollado los principios internacionales que rigen la comprensión del derecho a la consulta previa⁶.

Así, el derecho a la consulta previa es un derecho de participación de los pueblos indígenas en los asuntos que afectan sus derechos e intereses⁷. Se trata de un derecho que salvaguarda los derechos que corresponden a estos pueblos, como el derecho a la autodeterminación.

De acuerdo al Relator de Naciones Unidas, los procedimientos especiales y diferenciados de consultas, se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales 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 en la esfera política.

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 las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas⁸. Así, el derecho a la consulta previa puede concebirse como un derecho instrumental o de participación, en aquellos asuntos que incidan en sus derechos como pueblos indígenas.

De igual forma, el Ministro Zaldívar, señala en su voto concurrente, que el derecho a la consulta previa merece una protección diferenciada dependiendo de la medida que se pretenda instaurar, esto es, si trata de medidas legislativas o bien de políticas que afecten directamente el uso y goce de sus recursos. Su alcance

4 Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit.*, párrafo. 186.

5 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas A/HRC/12/34 del 15 de julio de 2009, página 16, párrafo 43.

6 Informe A/HRC/12/34, *op. cit.* Informe A/HRC/21/47 del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya e Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas James Anaya, sobre Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, *op. cit.*

7 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit.*, párrafo 135; y Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 259.

8 Informe A/HRC/12/34, *op. cit.*, párrafo 42.

también se determina dependiendo de los derechos indígenas que se pudieran afectar.

Así, 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 intereses⁹.

La sentencia del Municipio de Cherán no desarrolla exhaustivamente el contenido y alcance del derecho a la consulta, pero algunos de los votos concurrentes sí lo hacen.

Incluso, señala, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que en determinadas circunstancias, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas. Tal nivel de protección se ha reconocido especialmente tratándose de planes de desarrollo o inversión a grande escala con un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales¹⁰.

Es así como puede concluirse que la sentencia en comento, no desarrolló todo el contenido y alcance del derecho a la consulta tal y como ha sido desarrollado en el ámbito internacional, conforme lo mandata el parámetro de control de regularidad constitucional adoptado en el artículo 1º constitucional, a partir de la reforma en materia de derechos humanos de 2011. Afortunadamente, algunos de los ministros y ministra aprovecharon para hacerlo en sus votos concurrentes, por lo que se recomienda tener en cuenta lo señalado en estos al momento de interpretar el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas.

Otra de las bondades que pueden extraerse de estos votos concurrentes, es el reconocimiento de que el derecho a la consulta se encuentra previsto implícitamente en el derecho a la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas, a pesar de que la sentencia no lo haya señalado así.

Algunos votos concurrentes consideran que el derecho a la consulta se encuentra previsto implícitamente en el derecho a la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas

Finalmente, pareciera que en este caso también se yerra en relación con los efectos de la concesión del amparo, pues la sentencia reconoce que el amparo tendrá efectos entre las partes de la controversia constitucional, instaurando dos regímenes constitucionales distintos en el estado de Michoacán, en lugar de haber otorgado un plazo al Congreso de dicho estado para emitir un nuevo decreto de reforma constitucional, después de haber garantizado el derecho de consulta previa a las comunidades indígenas involucradas y con ello, evitar la existencia de dos regímenes constitucionales vigentes.

D. Caso Soya transgénica. Amparo en Revisión 499/2012

En este caso una comunidad indígena de la península de Yucatán promovió amparo contra el permiso otorgado a la empresa Monsanto para la liberación en etapa comercial de soya genéticamente modificada, resistente al glifosato, y el dictamen de la SEMARNAT avalando dicha liberación, sin haber sido consultada.

9 Informe A/HRC/12/34, *op. cit.*, párrafo 45.

10 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit.*, párrafo 136

Lo anterior, en razón de los posibles daños que podría causar al medio ambiente y a los recursos naturales de la zona, como la flora o la fauna. Asimismo, debido a que afectaría el desarrollo de una práctica y medio de subsistencia que ancestralmente han llevado a cabo esas comunidades indígenas, como lo es la apicultura y la producción de miel; su integridad e identidad cultural, así como al derecho a desarrollarse como un pueblo independiente.

En ese sentido, la comunidad indígena consideró que la posible contaminación de la miel con transgénicos y sus productos derivados, podría constituir una violación a sus derechos económicos, sociales y culturales, así como a los usos y costumbres de la comunidad, al afectar sus condiciones de vida, su desarrollo económico e identidad social. Arguyeron así, que sus actividades relacionadas con la apicultura podían verse afectadas, debido al inminente riesgo de que la soya genéticamente modificada contamine la miel u otros cultivos, lo que derivaría en la pérdida de diversas especies, y por ende, de la biodiversidad, o la pérdida de la facilidad de comercializar la miel, toda vez que en algunos países existen barreras comerciales insuperables en materia de productos genéticamente modificados.

La Segunda Sala de la SCJN resolvió que si bien las personas que promovieron el amparo son personas físicas y morales, la titularidad del derecho a la consulta sólo corresponde a las personas físicas ya que las normas establecidas en el artículo 2 constitucional como las correspondientes al Convenio 169 de la OIT, se encuentran dirigidas a personas físicas. Por tanto, éstas son las únicas que pueden tener la calidad de indígenas o ser consideradas integrantes de una comunidad indígena.

En consecuencia, para la Segunda Sala de la SCJN el derecho de consulta a las comunidades indígenas es una prerrogativa reconocida a favor de las personas físicas que en su conjunto forman parte de una comunidad o un grupo indígena, precisamente por la necesidad de perpetuar su identidad cultural, el cual es un elemento del que carecen las personas morales.

Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance del derecho a la consulta, la Segunda Sala señaló que el mismo es un elemento fundamental para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones políticas del país que puedan afectar sus derechos¹¹.

Así, establece que el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultadas constituye una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de los pueblos, así como los demás derechos culturales y patrimoniales –ancestrales– que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen permitiéndoles participar de forma activa y constante en los asuntos políticos del Estado. De igual forma, representa una obligación frente al Estado en el sentido de llevar a cabo todos los actos necesarios para proveer a dichos grupos de los medios idóneos y necesarios para garantizar plenamente sus derechos.

11 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 18° periodo de sesiones, Tema 3, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas: James Anaya, Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos y otro tipo de proyectos en sus territorios tradicionales, 7 de junio 2011, A/HRC/18/35/Add.3., página 11.

Asimismo, cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecer que las comunidades indígenas deben ser consultadas en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar *impactos significativos*¹² sobre su entorno.

Entendiendo por impacto significativo –de forma enunciativa mas no limitativa– una serie de situaciones genéricas consideradas de para los grupos indígenas como: **1)** la pérdida de territorios y tierra tradicional, **2)** el desalojo de sus tierras, **3)** posible reasentamiento, **4)** agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, **5)** destrucción y contaminación del ambiente tradicional, **6)** desorganización social y comunitaria e, **7)** impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros¹³.

Por lo que, las autoridades en general deben atender al caso concreto y analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en sus condiciones de vida y su entorno, tomando en consideración los supuestos generales señalados en el párrafo anterior.

En ese sentido, la Segunda Sala de la SCJN considera que existe un riesgo potencial de causar un impacto en el ambiente de la región, en virtud de que la dispersión de semillas de organismos genéticamente modificados pueda desplazar a las especies endémicas de la región, lo que significa una pérdida de biodiversidad y porque el glifosato puede causar un impacto significativo en la salud de la población de aquellas comunidades que se ubican cerca a los polígonos de liberación, en virtud de la probable carcinogenicidad del glifosato.

Las comunidades indígenas deben ser consultadas en caso en que la actividad del estado pueda causar impactos significativos a sus derechos

Por lo que finalmente determinó que las autoridades responsables tenían la obligación de consultar a las comunidades indígenas que podrían resultar afectadas, en tanto que la liberación de soya genéticamente modificada podría causar un impacto significativo en los integrantes de las comunidades indígenas que habitan en las áreas de liberación.

En relación con la consulta pública realizada vía electrónica por parte de la autoridad, la Segunda Sala recordó que para que la misma sea considerada efectiva debe reunir los estándares de ser previa, culturalmente adecuada, informada, de buena fe. En el caso, consideró que la misma no fue culturalmente adecuada, ni informada, ni organizada por las autoridades competentes.

De igual manera consideró que la omisión de las autoridades de llevar a cabo los procesos de consulta a los pueblos y comunidades indígenas, en aquellos casos en que exista la posibilidad de que las decisiones tomadas los afecten, constituye una violación directa al ejercicio de otros derechos¹⁴ como la integridad cultural, en tanto que no se consideran sus usos y costumbres; el derecho a la igualdad, al no tomar en cuenta su especial situación de vulnerabilidad; el derecho a la información, al no otorgarles los estudios y datos proporcionados por las partes inte-

12 Casos Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit.*, párrafo 134-136.

13 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *op.cit.*, página 2.

14 El mismo Consejo de Administración de la OIT afirmó que “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo” en el Informe del Comité tripartito establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párrafo 31.

resadas necesarios para la toma de decisiones durante los procesos de consulta; el derecho a la libre determinación, al no permitir su participación en decisiones que pueden afectarles; y como consecuencia, a sus prácticas y actividades históricas¹⁵, los cuales deben ser analizados en cada caso concreto.

En cuanto a las autoridades competentes para llevar a cabo el proceso de consulta, determinó a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y a la Comisión Intersecretarial de los Organismos Genéticamente Modificados, en materia de liberación de organismos genéticamente modificados.

Sin embargo, señaló que las autoridades responsables deben llevar a cabo la consulta únicamente respecto a las comunidades a las que pertenecen las personas físicas quejas.

En consecuencia resolvió dejar sin efectos jurídicos el permiso impugnado hasta el momento en que la *Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados* y la *Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*, lleven a cabo la consulta a las comunidades indígenas a las que pertenecen las personas físicas quejas, según los parámetros establecidos en la sentencia.

Como puede advertirse, la resolución de la Segunda Sala en este caso puede interpretarse como un retroceso preocupante en relación con la titularidad del derecho a la consulta.

En el caso, fueron personas físicas indígenas y morales quienes promovieron el amparo contra el permiso a Monsanto, de liberación, en etapa comercial, de soya transgénica y el dictamen que avaló dicha liberación. Y la Segunda Sala decidió sobreseer el juicio respecto de las personas morales, ya que consideró que las normas establecidas en el artículo 2 constitucional como las correspondientes al Convenio 169 de la OIT, se encuentran dirigidas a personas físicas. Por tanto, éstas son las únicas que pueden tener la calidad de indígenas o ser consideradas integrantes de una comunidad indígena.

Con esta afirmación, la Segunda Sala de la SCJN está desconociendo el carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas, pues resulta claro que tanto el artículo 2º, como el Convenio 169 de la OIT se refieren a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, que pueden ejercerse de forma individual por los integrantes de dichas comunidades y pueblos, pero también de forma colectiva, como comunidad o bien, como pueblo.

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-737 de 14 de julio de 2005; Sentencia C-620 de 29 de julio de 2003; Sentencia SU-039/97 de 3 de febrero de 1997; Informe A/HRC/12/34 de 15 de julio de 2009, op.cit.; Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, página. 24; Aunado a esto, en aquellos casos en que se discutía la posible afectación al derecho de propiedad de indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que dicha omisión violaba no sólo el derecho de propiedad sobre sus territorios, sino también a su integridad cultural, toda vez que las decisiones tomadas por Estado podían derivar en una posible afectación a la efectiva posesión propiedad y disfrute de aquellos territorios que ancestralmente han ocupado, en virtud de la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra, la cual debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awá vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 149.

Para la Segunda Sala de la SCJN, la violación del derecho a la consulta conlleva violaciones a los derechos a la integridad cultural, a la igualdad, a la información y a la libre determinación

En el caso de la soya transgénica, la Segunda Sala de la SCJN desconoce el carácter colectivo del derecho a la consulta, al afirmar que se trata de una prerrogativa reconocida sólo a favor de las personas físicas que forman parte de una comunidad indígena

En el caso de la soya transgénica, la Segunda Sala de la SCJN impide que organizaciones constituidas por indígenas para la defensa de sus intereses promuevan amparo contra la violación del derecho a la consulta

Otorgar el amparo sólo a las comunidades indígenas a las que pertenecen las personas indígenas promoventes, no restituye sus derechos, si las abejas movilizan el polen de la soya genéticamente modificada de los cultivos de las comunidades que no acudieron al amparo a los de las comunidades amparadas

Deja también fuera de toda consideración el hecho de que las comunidades y pueblos indígenas generalmente constituyen organizaciones o cooperativas (personas morales) para la defensa de sus intereses, como en el caso, que fueron cooperativas mayas, junto con indígenas en lo individual, las que promovieron este amparo.

Quizá si la Segunda Sala de la SCJN hubiese considerado que las personas promoventes, físicas y morales acudieron al amparo para defender un interés legítimo y no un interés jurídico como resolvió, pudiera haber considerado a las cooperativas mayas con legitimidad suficiente para promover el amparo. Así, el hoy Ministro en retiro, Silva Meza, lo consideró en su voto concurrente a esta sentencia. Esto es, que, las personas que promovieron el amparo lo hicieron para defender un interés legítimo y no sólo jurídico.

Lo anterior repercutió también en los efectos del amparo otorgado por la Segunda Sala, pues determinó que el proceso de consulta sólo debía llevarse a cabo respecto de las comunidades indígenas a las que pertenecían las personas indígenas que promovieron el amparo.

En ese sentido, el Ministro en retiro Silva Meza consideró que de haber reconocido que las personas que promovieron el amparo, lo hicieron con base en un interés legítimo y no jurídico, las consecuencias de dejar sin efectos el acto administrativo impugnado debieron abarcar, bajo el concepto del deber de reparación, previsto en el artículo 1º constitucional, a las comunidades indígenas que no acudieron al amparo, pero que igualmente se encuentran asentadas en el territorio donde se pretende liberar la soya genéticamente modificada.

Lo anterior, sin que signifique soslayar el *principio de la relatividad* de las sentencias que aún rigen en el juicio de amparo, si se tiene en cuenta que la propia SCJN ha afirmado que en ciertas ocasiones al dar efectividad al amparo implica o requiere la adopción de medidas que colateralmente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto, ello por la conexidad fáctica o funcional con los efectos *inter partes*. Dicho criterio esboza claramente la necesidad de reconocer que en algunos casos, dada su naturaleza fáctica que envuelve al caso en concreto, en especial cuando están involucrados derechos económicos, sociales y culturales, los efectos del amparo difícilmente puedan limitarse a proteger únicamente los derechos de quienes únicamente acudieron al amparo¹⁶.

Por lo que el otorgamiento del amparo únicamente a las comunidades indígenas promoventes, en nada las restituye en sus derechos, si se toma en consideración que es muy probable que las abejas movilicen el polen de la soya genéticamente modificada de los cultivos de las comunidades que no acudieron al amparo, a los cultivos de las comunidades que sí se pretende proteger y, por lo tanto, la afectación a los derechos de las comunidades indígenas podrá seguir persistiendo.

16 Amparo en Revisión 315/2010 resuelto por el Pleno de la SCJN, el 28 de marzo de 2011.

Conclusiones

Se ha realizado un recorrido por la interpretación jurisprudencial en materia del derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas, llevada a cabo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta la fecha y de la cual pueden extraerse tres conclusiones generales.

La primera conclusión general a la que puede arribarse es que el contenido y alcance del derecho a la consulta se ha desarrollado más, a través de los votos concurrentes de algunos ministros y ministras que participaron en la discusión de los cuatro casos relatados, que en el propio cuerpo de las sentencias.

Así, en el caso de Barrancas del Cobre, la Segunda Sala sólo reconoce que dicho derecho se encuentra previsto en el artículo 2º, apartado B, fracciones I y IX de la CPEUM, sin dotarlo de contenido, ni acudir a los instrumentos internacionales para extraer dicho contenido. Por su parte, en el caso de la Tribu Yaqui, si bien la Primera Sala desarrolla el derecho a la consulta, no lo hace de forma exhaustiva e incluso, en algún apartado de la sentencia, lo confunde con el derecho de audiencia previa.

En el caso del Municipio de Cherán, el Pleno retoma la interpretación del derecho desarrollada en el caso de la Tribu Yaqui e inclusive, determina que el derecho a la consulta respecto de medidas legislativas no se encuentra previsto en el artículo 2º constitucional. Es a través de los votos concurrentes de la ministra en retiro, Sánchez Cordero, y los ministros Zaldívar y Gutiérrez Ortiz que se reconoce que dicho derecho se encuentra implícito en los derechos a la autodeterminación, a la preservación de la cultura e identidad, a la protección de sus tierras, al acceso a la justicia y a la igualdad y no discriminación de los pueblos y comunidades indígenas. Asimismo, en dichos votos concurrentes se desarrolla ampliamente el contenido y alcance del derecho a la consulta.

Y por lo que hace al caso de soya transgénica, la Segunda Sala si bien retoma los estándares previamente establecidos, al mismo tiempo retrocede en su protección, como se detalla a continuación.

En efecto, la Segunda Sala señala en este caso, que las normas previstas en el artículo 2 constitucional y en el Convenio 169 de la OIT están dirigidas exclusivamente a las personas físicas que integran las comunidades y pueblos indígenas, desconociendo abiertamente el carácter colectivo de los derechos de dichos pueblos y comunidades.

Lo anterior, con motivo de no reconocer a las personas morales que promovieron el amparo, como titulares del derecho a la consulta y desconociendo con ello la posibilidad de que personas indígenas organizadas puedan acudir al amparo en defensa de sus intereses, como en el caso concreto lo hicieron a través de cooperativas integradas y constituidas por mayas.

Pareciera así que en ese afán, la Segunda Sala terminó por confundir personas morales con comunidades indígenas, negando con ello el carácter colectivo del derecho a la consulta, y sentando, en definitiva, un estándar a todas luces con-

trario al parámetro de control de regularidad constitucional y que debiera corregirse de inmediato.

En menor medida, pero también preocupante resulta el hecho de que en la sentencia del caso soya transgénica se determinen las autoridades competentes para llevar a cabo los procesos de consulta en materia de organismos genéticamente modificados, si se entiende que sólo la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y a la Comisión Intersecretarial de los Organismos Genéticamente Modificados en conjunto pueden organizar las mismas. Si bien, por un lado significa otorgar cierta seguridad jurídica para las comunidades y pueblos que los procesos de consulta se realizarán bajo ciertos parámetros estandarizados conforme a las normas más favorables en la materia, ello podría, por otro lado, complicar los procesos de consulta al necesitar el acuerdo de dos instancias para llevarlos a cabo. Habrá que estar atento a ello.

De igual manera, resultaría importante que así como la SCJN dejó claro que consulta no significa consentimiento, especifique que en cada caso concreto habrá que realizar ejercicios de argumentación y ponderación expresos, cuando se decida que el interés social deba prevalecer sobre los mismos y ello traiga como consecuencia, que las medidas gubernamentales que afecten los intereses de las comunidades y pueblos indígenas se pongan en marcha. Esa será la única garantía de que el proceso de consulta no resulte en sólo una pantomima.

La tercera conclusión general, tiene que ver con las consecuencias aparejadas a los efectos que se determinan para las sentencias, que lejos de ayudar terminan por perjudicar o hacer nugatorios sus derechos.

Así, en el caso de la Tribu Yaqui, el amparo se otorgó para el efecto de dejar insubsistente la resolución de impacto ambiental, en tanto se lleva a cabo el proceso de consulta, pero no para que se suspendiera la operación del “Acueducto Independencia” que, de hecho, es lo que podía llegar a afectar los derechos de dicha tribu.

Por su parte, en el caso del Municipio de Cherán, a partir de los efectos del amparo que la sentencia señala, se instauran dos regímenes constitucionales distintos en el estado de Michoacán, uno para el Municipio de Cherán, respecto del cual tendrá que emitirse una nueva reforma, después de llevar a cabo la consulta, y otro para el resto que no promovieron controversia constitucional, en lugar de señalar un plazo para llevar a cabo la consulta y emitir un nuevo acto legislativo constitucional general.

Y, finalmente, en el caso de soya transgénica, el hecho de conceder el amparo sólo respecto de las comunidades a las que las personas físicas indígenas pertenecen, se traduce en que sus derechos no queden restituidos, si las abejas movilizaran el polen de la soya genéticamente modificada de los cultivos de las comunidades que no acudieron al amparo a los de las comunidades, cuyos integrantes fueron amparados.

El problema de los efectos de las sentencias tiene su origen en los efectos relativos de las mismas y quizá también en la reticencia a reconocer el interés legítimo

sobre el jurídico, lo que, sin duda, debe ser revisado por la SCJN, en particular, y por el Poder Judicial de la Federación, en general. Lo anterior, si se toma en cuenta que dichos efectos se encuentran íntimamente relacionados con la efectividad de la reparación.

Es así como, la efectividad del derecho a la consulta, requiere de interpretaciones jurisprudenciales que permitan desarrollar las posibilidades del amparo, conforme al mandato del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de tal manera que, a través del mismo, se garantice el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas y se les restituya en sus derechos, con verdadera intención transformadora de su realidad.