

El derecho a la consulta de comunidades indígenas
frente a cambios legislativos. Su reconocimiento en la doctrina
constitucional de la Suprema Corte mexicana

Víctor COLLÍ EK*
Mirlene AGUAYO GONZÁLEZ**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Primera fase: la negación del derecho.* Caso Santa Catarina Lachatao. III. *Segunda fase: el cambio general de aproximación mexicana a los derechos humanos. La emergencia del parámetro de control de regularidad constitucional.* IV. *Tercera fase: el derecho a la consulta de sede internacional.* Caso Cherán. V. *Cuarta fase: la consolidación del derecho a la consulta.* Caso partidos políticos. VI. *Quinta fase: derecho a la consulta y proceso legislativo.* Caso Eloxo-chitlán de Flores Magón. VII. *Conclusiones.* VIII. *Fuentes de investigación.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta previa se encuentra en esa dinámica de desarrollo en el que están los derechos humanos (DH) en México desde la

* Miembro del Sistema Nacional de Investigadores; profesor-investigador en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, y líder del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Problemas Constitucionales (vimcolli@uacam.mx).

** Doctora en Ciencias Jurídicas, profesora-investigadora titular en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, y miembro del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Problemas Constitucionales (mgaguayo@uacam.mx).

entrada en vigor de la reforma constitucional de 2011 y el inicio de la nueva época o nuevo paradigma de su defensa en nuestro país.¹

En tal sentido, en su análisis podemos observar cómo en los recientes años hemos pasado de una visión restrictiva de antedicho derecho a una más aglutinadora, que está cambiando su disfrute en diversos ángulos y obligando a las autoridades legislativas a su respeto.

En el presente estudio se muestran estos cambios referidos al derecho a la consulta dentro de las decisiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como máxima autoridad judicial con facultades de control constitucional en México. En su labor, la SCJN ha tenido a su cargo casos donde el tema del derecho a la consulta ha estado en el centro y se puede ver en sus diversas decisiones cómo su jurisprudencia va evolucionando y cómo el impacto de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 ha tenido un papel importante para ello.

En tal sentido, el Pleno de la SCJN ha asumido bajo su conocimiento la determinación del derecho a la consulta, cuando la afectación se da potencialmente mediante cambios legislativos. Esto resulta profundamente interesante, ya que la interpretación que se irá dando consolidará el derecho a la consulta con efectos más complejos, como se podrá ver.

En ese contexto, en el presente estudio analizaremos los cuatro asuntos donde el Pleno de la SCJN se ha referido a ello y, además, un quinto asunto donde se puede observar la liga inminente entre la reforma en derechos humanos, su interpretación constitucional y el impacto de ella para el desarrollo del derecho a la consulta que estamos estudiando.

II. PRIMERA FASE: LA NEGACIÓN DEL DERECHO.

CASO SANTA CATARINA LACHATAO

Éste sería el primer asunto donde la SCJN estudió cómo se encuentra reconocido el derecho a la consulta, cuando al realizarse modificaciones de tipo legislativas se puedan afectar potencialmente los usos y costumbres de las comunidades indígenas y la debida consulta no se lleva a cabo.

¹ 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*, Bogotá, año XXI, 2015, pp. 151-174, disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_43166-1522-4-30.pdf?151109172731. Todas las páginas web del presente estudio fueron consultadas el 6 de septiembre de 2018.

En tal asunto se puede ver la fase primigenia de las implicaciones de este derecho, ya que al final la SCJN tomaría una decisión que reduce el reconocimiento, pero que indudablemente marca el inicio de la evolución del derecho.

En este asunto² se estudió una reforma constitucional local que establecía el plebiscito, el referéndum y la revocación de mandato, los cuales imponían formas de participación ciudadana en el municipio distintas a la Asamblea General de Ciudadanos. El punto es que el municipio promotor estaba integrado por comunidades indígenas que funcionaban en Asamblea General, a la cual se le calificaba como una institución añeja y de eficacia probada, pero que no resultaba una forma de participación directa en la toma de decisiones, tanto en asuntos del ámbito interno del municipio como en los de orden público, como la elección de sus autoridades a través de esta instancia y sin la intervención de partidos políticos.

En tal sentido, debido a que la reforma constitucional local suponía dinámicas de participación democrática directa diversa, el municipio argumentaba que se estaba afectando con ello los derechos de las comunidades indígenas y, en especial, la adopción constitucional de esta determinación no les había sido consultada.

La SCJN estableció finalmente en la sentencia respectiva que las modificaciones no implicaban afectaciones a los derechos, usos y costumbres de las comunidades indígenas del municipio, 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. Y, por tanto, la falta de afectación se traducía en una innecesaria consulta.

No obstante, si bien en la sentencia no se aprecia la profundidad de la discusión del tema en conflicto del derecho a la consulta, ya que fue amisionado en la misma cuando en las sesiones se dijo que debía retomarse el caso en blanco y negro³ —con el objeto de hacer una nueva argumentación—, es en las propias sesiones del Pleno donde es visible cómo éste era el primero al que la SCJN se enfrentaba en la definición del derecho a la consulta y las aristas que incluía.

² SCJN, Controversia Constitucional 63/2011. Ponente: ministro José Fernando Franco González Salas. Sesionada los días 11, 15 y 16 de octubre de 2012, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129006>.

³ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Versiones Taquigráficas del Pleno —en lo sucesivo, SCJN-VTP—, 16 de octubre de 2012, p. 4.

Por ejemplo, en la intervención inicial de la ministra Luna Ramos —encargada de presentarlo—, ésta subrayó que en 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, y sobre esta afirmación estaría ofreciendo ampliar la contestación en la misma línea argumentativa negatoria.⁴

Se puede observar con claridad en las sesiones que el Pleno de la SCJN debía definir si la reforma constitucional oaxaqueña afectaba a los derechos indígenas,⁵ a través de su derecho a ser consultados sobre decisiones legislativas que modifiquen sus usos y costumbres, al instituirse mediante dicha reforma el sistema de participación ciudadana que ya hemos comentado.

En las discusiones, para valorar esta posible afectación, había dos normas observables: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyos umbrales de obligación de consulta eran diversos.

La CPEUM, por un lado, poseía lo que en las sesiones se denominó “normas prohibitivas o que establezcan excepciones” —en otras palabras, “restricciones constitucionales”—,⁶ porque la consulta únicamente resul-

⁴ SCJN-VTP, 15 de octubre de 2012, p. 6.

⁵ Una línea que aún está pendiente en la SCJN es aquella que define la procedencia de la Controversia Constitucional para dejar acudir a ella a los municipios para defender derechos indígenas de las comunidades que lo integran y que inició con la controversia constitucional 59/2006 y que al día de hoy aún no tiene una resolución clara.

⁶ No podemos dejar de citar lo expresado sobre las restricciones constitucionales en la discusión del asunto, ya que resulta muy aleccionador del desarrollo de la problemática que estaría en el fondo de la evolución de la protección de los DH en México a partir de la reforma de 2011: “—El principio pro persona al que acudió el Tribunal del conocimiento para resolver como lo hizo, no rige tratándose de normas constitucionales prohibitivas o que establezcan excepciones, porque el Constituyente conforme al principio de supremacía constitucional, es quien válidamente fija los límites del alcance de los derechos humanos, así como las restricciones a las garantías para su eficacia, pues sería ilógico que la propia Constitución en su artículo 1o., dispusiera: que aun los propios límites que ella misma se impone, se rebasan cuando el derecho supranacional favoreciera con mayor amplitud a las personas, ya que cuando señaló en su artículo 1º, que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, lo que el Constituyente hizo fue solamente instituir un método de interpretación, no un sistema de elección normativa que depositara en el juzgador la facultad de aplicar o no la Constitución, sustituyendo a ésta en el derecho supranacional, según conviniera al justiciable, pues la norma en ningún momento utilizó expresiones como: «optar, elegir o preferir», sino que solamente autorizó: «interpretar», que gramaticalmente significa expli-

taba obligatoria, de acuerdo con su artículo 2o., cuando se tratara de cambios administrativos y en específico: “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.⁷

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT es más abierto en sus hipótesis, ya que establece el derecho a la consulta para los casos de determinaciones de naturaleza administrativa y además legislativa.⁸

La propuesta del proyecto y de la ministra presentadora fue sobre superponer el texto constitucional al tratado internacional (TI), aunque en este último encontráramos un estándar de mayor protección.

Esto se hizo a partir de dos criterios interpretativos de la Segunda Sala de la SCJN. El primero de ellos sostenía la supremacía constitucional,

car o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto; esto quiere decir que a partir del diez de junio de dos mil once, en que se publicó la reforma al artículo 1o., constitucional, hay obligación de examinar conjuntamente la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos, para extraer de una u otros su recta interpretación, cuando así lo requiera en un caso concreto, pero nunca se permitió sustituir lo que disponga aquélla por lo que prevén éstas, pues como ocurre con todo tratado, los convenios de la materia se encuentran subordinados a lo que señale la Constitución, y en todo caso ha de procurarse su armonización, pero sin menoscabo del principio de supremacía constitucional, el cual está instituido en el propio artículo 1o., cuando dispone respecto de los derechos humanos y sus garantías: «Cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece». Enunciado que claramente ubica la preminencia de las restricciones sobre las que dispongan los tratados”. SCJN-VTP, 15 de octubre de 2012, pp. 21 y 22.

⁷ En las discusiones se expresaría lo siguiente para soportar lo arriba señalado, respecto a la restricción a los planes de desarrollo, y la determinación que sobre ello se realizó durante el proceso de reforma al artículo 2o. constitucional: “El once de junio de mil novecientos noventa se aprobó la Convención y el catorce de julio de dos mil uno, o sea, todavía dos, tres años después, se aprueba la reforma constitucional al artículo 2º, donde pues no se toma en cuenta lo dicho ni por el Convenio Internacional ni por una de las propuestas de los Acuerdos de San Andrés; únicamente se sube al texto constitucional de la reforma que debe de consultarse respecto de los planes y programas de desarrollo; entonces sobre esta base, siendo posterior al Convenio 169 la reforma constitucional, y si ésta no decide de manera expresa no incluirlos —en nuestra opinión— bueno, pues esto es un signo inequívoco de que el Constituyente Permanente estimó que esto así era conveniente”. SCJN-VTP, 15 de octubre de 2012, p. 8.

⁸ El artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT dice lo siguiente: “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”. Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>.

relegando a los TI a un segundo plano, porque que el reconocimiento de DH en los TI “en modo alguno controvierte el principio de Supremacía constitucional”.⁹ El segundo criterio inhibía la aplicación del principio pro persona,¹⁰ cuando se trate de “cláusulas restrictivas o que establezcan excepciones”, como estaba sucediendo en el caso concreto.

Para sustentar su posición, la ministra presentadora, al definir su interpretación en la sesión del 16 de octubre, volvió a hacer referencia a que el constituyente mexicano decidió restringir el derecho a la consulta y abogó por una interpretación que indicaba que el Convenio 169 de la OIT debía ser “flexibilizado”¹¹ por los países.

Como se puede observar, en el presente caso se abordó la discusión en torno a las restricciones constitucionales y la relación entre el derecho a la consulta en la CPEUM y en los TI; sin embargo, a pesar de que esto se haría al nivel de las discusiones en el Pleno de la SCJN, en la sentencia final, como hemos afirmado líneas arriba, se desvaneció, a excepción del voto concurrente del ministro Aguirre Anguiano, quien mantuvo su posición 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.

La tan débil aproximación al derecho en el primer asunto nos lleva, sin embargo, al segundo caso, donde el Pleno de la SCJN lo reestudiaría, en el cual habría una referencia mucho más prístina del derecho a la consulta, pero esto sin antes darse la intervención de un asunto que tendrá un impacto trascendental en la doctrina constitucional mexicana y la manera en que se observa la relación entre la dimensión internacional de los derechos humanos y su dimensión nacional dada la reforma constitucional de 2011, donde se introduciría en el artículo 1o. la siguiente redacción: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta

⁹ Tesis 2a. LXXV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, t. 3, octubre de 2012, p. 2038, bajo el rubro “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”.

¹⁰ Tesis 2a. LXXXII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIV, t. 2, noviembre de 2012, p. 1587, bajo el rubro “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”.

¹¹ SCJN-VTP, 16 de octubre de 2012, p. 13.

Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

III. SEGUNDA FASE: EL CAMBIO GENERAL DE APROXIMACIÓN MEXICANA A LOS DERECHOS HUMANOS. LA EMERGENCIA DEL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

El impacto de la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio de 2011 llevaría a la labor de la SCJN como jurisdicción constitucional al llamado nuevo paradigma,¹² cuyos desarrollos plenos aún están por observarse, pero que en el preciso momento en que estamos en nuestro discurso —entre 2012 y 2013— provocó que la Corte necesariamente se pusiera de acuerdo sobre la relación entre los DH en la Constitución mexicana y aquellos en los TI, temática que la misma reforma había abierto al cambiar el contenido del artículo 1o. constitucional y que provocaba una tensión importante en su doctrina constitucional, como se pudo observar en el asunto Santa Catarina Lachatao.

Por tal motivo, en este momento histórico era necesario que la SCJN tomara una postura firme frente a la nueva realidad y lo hizo aprovechando la resolución de un asunto concreto: la Contradicción de Tesis 293/2011¹³ —un asunto complicado sólo de ver el número de sesiones que llevó a la SCJN resolverlo—, y el planteamiento de una pregunta crucial: ¿cuál es la naturaleza y posición de los DH en los TI? La SCJN tomaría tres votaciones y marcaría un “antes y un después” en la jurisprudencia constitucional y en la consolidación del nuevo paradigma de DH en México y que, como veremos, tendrá influencia en el desarrollo del derecho a la consulta, que estamos ahora analizando.

La complejidad del asunto llevó a descomponerlo, para su mejor análisis, en dos partes. En la primera, la resolución conduciría a dos decisiones:

En primer lugar, con respecto a la emergencia del concepto revolucionario —que resolviera un debate fuerte en la SCJN sobre esta relación—, se reconoció que los DH en los TI se encuentran en coordinación a la

¹² Collí Ek, Víctor Manuel, *op. cit.*

¹³ SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, Ponente: Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Conocido los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012; 26, 27 y 29 de agosto, y 2 y 3 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoId=556>.

CPEUM, creando una “masa de derechos”,¹⁴ “bloque de derechos” o “parámetro de control de regularidad constitucional”, rompiendo con ello el criterio de jerarquía que había dominado desde décadas atrás.

Ahora bien, todas las consideraciones antes apuntadas permiten concluir a este Tribunal Pleno que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. En efecto, una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de derechos humanos que éste contenga se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, de tal suerte que dichas normas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía.¹⁵

En segundo lugar, se retoma el tema de las “cláusulas de excepciones” o “restricciones constitucionales”, del *caso Santa Catarina Lachatao* estudiado arriba, pues sostiene que, cuando la CPEUM planteara una restricción de un DH que no esté así en el TI, deberá decidirse de acuerdo con el texto constitucional.

Ahora bien, como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.¹⁶

Esto nos llevaría a la siguiente pregunta: ¿qué cambia en estas decisiones que las hace revolucionarias si se está afirmando una vez más la restricción?¹⁷ La SCJN resolvería que esta segunda decisión no representa

¹⁴ Esta afirmación se definiría en las primeras sesiones, especialmente la del 12 de marzo de 2012, donde se discutió sobre la bonanza de adoptar el término “bloque de constitucionalidad”, concluyéndose que era mejor la otra denominación (“control de regularidad”), sin hacer referencia a la fuente.

¹⁵ SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, *cit.*, sentencia, pp. 51 y 52.

¹⁶ *Ibidem*, p. 53.

¹⁷ El criterio obligatorio que se generó fue el siguiente: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE

una regla, sino más bien, una cláusula interpretativa, que se ponderaría en cada caso concreto.

La tercera votación, menos discutida de primera mano, implicaba un problema práctico de la relación entre la dimensión nacional e internacional de los DH reconocidos en México: se trataba de determinar el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). Sobre esto se expresaría la siguiente jurisprudencia: “LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”.¹⁸

ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”. *Ibidem*, pp. 64 y 65.

¹⁸ SCJN-VT, 3 de septiembre de 2013, p. 30. El término “vinculante” se refiere al establecimiento de criterios mínimos para los jueces mexicanos, como indicaría el ministro Zaldívar. Esto sería aceptado por seis votos. Éste, igualmente, fue el criterio obligatorio devenido del asunto, que concluye de la siguiente manera: “Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constituci-

La aceptación de la jurisprudencia de la CoIDH, que ya había sido resuelta de manera restrictiva en un asunto previo donde se decidió rechazarla sólo en los casos donde México hubiere sido parte, ahora en el presente asunto, se estaba ampliando a todos los casos del tribunal internacional. Pero hay un segundo efecto que debía considerarse y que implicaba una relajación mayor de la segunda votación tomada. Si, por un lado, se decidió el tema de las restricciones constitucionales, la aceptación completa de la obligación de la jurisprudencia de la CoIDH estaba ofreciendo una vía más de salida a esta inhibición. Así si una interpretación de un DH en un TI del sistema interamericano fuera más allá de una restricción constitucional, se podría generar responsabilidad internacional por no seguirla. Esto daba origen a un debate profundo.

Sin embargo, dos cosas trascendentes son subrayables en el presente asunto: primero, la nueva relación entre los DH en la CPEUM y los TI, y, segundo, el valor de la jurisprudencia de la CoIDH, ambos con influencia trascendente en el discurso que sostendremos, como veremos.

IV. TERCERA FASE: EL DERECHO A LA CONSULTA DE SEDE INTERNACIONAL. *CASO CHERÁN*

En este asunto¹⁹ se analizaría, igualmente, una reforma constitucional local 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 pudieran estar afectados. En ese sentido, la solicitud que hace el municipio es la valoración del respeto del derecho a la consulta

cional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos". *Ibidem*, pp. 65 y 66.

¹⁹ SCJN, Controversia Constitucional 32/2012. Ponente: Min. Margarita Luna Ramos. Sesiónada 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 20. de la CPEUM y 60. del Convenio 169 de la OIT, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>.

en sí misma, no tanto si están de acuerdo con el contenido de la reforma constitucional, sobre la cual afirmaban que no les había sido consultada.

La influencia de la decisión de la Contradicción de Tesis 293/2011 es indudable desde las afirmaciones mismas del ponente en la presentación del asunto:

Quisiera mencionar que inicialmente se había presentado por parte de mi ponencia un primer proyecto antes de que se resolviera la contradicción de tesis 293/2011; el día que se había señalado para la discusión de este proyecto ya se había discutido esta contradicción de criterios y por esta razón el proyecto fue retirado para elaborarlo siguiendo los criterios que ya se habían vuelto obligatorios en ese momento.²⁰

Ésta es la segunda ocasión donde el Pleno de la SCJN, después de que en la primera ocasión hizo nugatorio 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 SCJN calificó como “parámetro de control de regularidad constitucional”,²¹ proveniente de la Contradicción de Tesis mencionada líneas arriba— para dar cabida al derecho a la consulta.

En el análisis de las sesiones del Pleno de la SCJN, vemos la siguiente afirmación de la ministra ponente, que resume muy bien lo afirmado:

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 exclusivamente del artículo 2o. constitucional; sin embargo, recordarán también, que muy cercano a la discusión de

²⁰ SCJN-VTP, 26 de mayo de 2014, p. 4.

²¹ Definido en la Contradicción de Tesis 293/2011.

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 Constitución.²²

Así, la ministra ponente, en un primer momento renuente, ahora reconoció un nuevo *statu quo* respecto 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”,²³ la reforma constitucional de Michoacán, que potencialmente les afecta esos usos y costumbres, debió de realizar esa consulta,²⁴ lo que no sucedió, por lo que se viola el Convenio 169 de la OIT.²⁵

Esta modificación en el discurso dentro de las sesiones de la SCJN supondrá también un cambio de argumentación en la sentencia, que hizo residir predominantemente el derecho reconocido en sede internacional para irradiar de ahí al sistema constitucional mexicano.

En el asunto —en las sesiones, pero principalmente en la sentencia— se analizó con unos ojos diferentes, con respecto al *caso Santa Catarina*, el texto del artículo 2o. constitucional, la exposición de motivos de la reforma constitucional, las propuestas de los Acuerdos de San Andrés Larainzar y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Con ello se llegó a la conclusión de que, si bien el constituyente permanente 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 deba consultar a los pueblos indígenas, al tomar el Convenio 169 como una norma internacional adoptada en el sistema constitucional mexicano, se debía reconocer el derecho a la consulta, mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe y a través de sus representantes, cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente.

²² SCJN-VTP, 26 de mayo de 2014, p. 4

²³ SCJN-VTP, 27 de mayo de 2014, p. 9.

²⁴ 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”. *Ibidem*, p. 16.

²⁵ *Ibidem*, p. 9.

De ahí que la obligación de consultar 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 CPEUM y aquellos en los TI, y la nueva interpretación de la Contradicción de Tesis, como lo hemos citado líneas arriba.

De igual manera, se reconoció la existencia del derecho a la consulta en diversos ordenamientos legislativos secundarios, como la Ley de Planeación, la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas o la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, principalmente dirigido al ámbito de desarrollo administrativo estatal, pero además —subrayó la Corte— la necesidad de expandir el derecho a los procesos legislativos.

En conclusión, se determinó a la consulta como previa, libre e informada por parte del Poder Legislativo local, aunque no entró más en las características. Como eslabón dentro de un proceso de reconocimiento evolutivo, veremos más desarrollo en el asunto siguiente.

V. CUARTA FASE: LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA. *CASO PARTIDOS POLÍTICOS*

En este asunto²⁶ 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 los aspectos electorales; sin embargo, en el procedimiento legislativo que llevó a dichos cambios no se pudo observar que se hubieran dado consultas a los pueblos y comunidades indígenas.

Un punto muy interesante de observación y que deja ver el grado de madurez de la doctrina constitucional de la SCJN con respecto al derecho a la consulta en este momento histórico fue que, como se indicó en las sesiones respectivas, la argumentación sobre el impacto que debía tener la falta de consulta previa sobre la legislación en estudio no es algo que directamente

²⁶ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas. Ponente: Min. Jorge Mario Pardo Rebollo. Sesiónada el 19 de octubre de 2015, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=186947>.

hubiera sido solicitado por los partidos políticos actores, ya que sobre ello sólo se encontraba lo siguiente:

...por lo que, por disposición expresa del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado debe establecer instituciones necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas, además, dichas instituciones deberán ser diseñadas y operadas en conjunto con dichos pueblos.²⁷

En este sentido, el proyecto original no se refería a ello, porque esta falta de consulta no es algo que hubiere sido directamente recurrido; no obstante, devenido de diversas solicitudes del resto de la SCJN, se decidió abordar como suplencia de la queja, aunque con la limitante que esta misma indica, como veremos más adelante. En tal sentido, el ponente expresaría lo siguiente:

Si retomáramos estos precedentes y consideráramos que en este caso hay violación al artículo 2o. constitucional, tomando, desde luego la causa de pedir porque —insisto— no hay un argumento explícito o concreto sobre el punto de esta participación o esta consulta a los pueblos indígenas, sino sólo de violación al 2o. constitucional, me parece que, conforme a la causa de pedir y habiéndose señalado como violado el 2o. constitucional pudieramos tomar en cuenta este argumento para llegar a la conclusión de que al no haber evidencia de que se hubiera dado participación a los pueblos indígenas para la expedición de esta ley, ese solo motivo traería como consecuencia la invalidez de la ley en su integridad, en su totalidad.²⁸

Para resolver el asunto, la SCJN trajo a su atención la interpretación de la resolución Cherán, aunque hay un cambio más profundo dentro de la argumentación.

En este caso, la SCJN hizo una interpretación enfática en la Constitución misma —y no tanto en el Convenio 169 de la OIT, tal y como lo hizo en el asunto previo—,²⁹ al afirmar que el derecho a la consulta “puede vál-

²⁷ *Ibidem*, p. 15.

²⁸ SCJN-VTP, 19 de octubre de 2015, pp. 10 y 11.

²⁹ Debido a temas más bien procedimentales, como lo expresaría el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo al leer el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que indica que, en el caso de suplencia de la queja, se debe atender exclusivamente a las normas

damente desprenderse del propio texto del artículo 2o.”³⁰ y esto lo hace, 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, la SCJN sostuvo que es parte de la obligación de la Federación, de los estados y de los municipios la eliminación de cualquier práctica discriminatoria, al 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 conjuntamente con ellos.

En el caso anterior se reconoció el derecho a la consulta como causa de una lectura que sustraía la esencia del derecho del Pacto 169 de la OIT; en éste, la SCJN subraya y amplía sistemáticamente la fase doméstica del derecho, que lo concluye de la CPEUM misma; pero ahí no queda la cuestión, pues además hace un desdoblamiento de sus características.

En primer lugar, la SCJN establece a la consulta como aquella que debe darse 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 —otro elemento interesante de la decisión es la adopción de los criterios interpretativos de la CoIDH—.³¹ En particular sus características deben ser:

- 1) *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.
- 2) *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

señaladas en el escrito inicial, y en este caso el Pacto 169 no fue expresado. Sin embargo, se puede observar, en comparación con el asunto que seguirá, cómo este detalle técnico fortalecería la jurisprudencia de la Corte que, en lo sucesivo, sería más integradora. SCJN-VTP, 19 de octubre de 2015, pp. 29 y 30.

³⁰ *Ibidem*, p. 88.

³¹ En este caso nos referimos a los asuntos *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, del 27 de junio de 2012, y *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, del 28 de noviembre de 2007. Igualmente, se aplicaría el Amparo en Revisión 631/2012 de la Primera Sala de la Corte.

decisiones. Lo anterior exige que la representación de los pueblos sea definida de conformidad con sus propias tradiciones.

- 3) *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, de forma voluntaria, el plan de desarrollo o inversión propuesto.
- 4) *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 tratado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados, con el objetivo de obtener su consentimiento y su eventual participación en los beneficios.

Finalmente, la SCJN reitera lo indicado en el *caso Cherán*: este derecho debe ir más allá de las leyes especiales donde se haya reconocido y debe darse en todo procedimiento legislativo donde el resultado pueda afectarles.

VI. QUINTA FASE: DERECHO A LA CONSULTA Y PROCESO LEGISLATIVO. *CASO ELOXOCHITLÁN DE FLORES MAGÓN*³²

En este asunto se estudió, la reforma a la Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca —modificación al artículo 65 Bis—, que era una norma que se dirigía al órgano máximo de los municipios que se rigen por los sistemas normativos de su comunidad: la Asamblea General Comunitaria. La modificación dotaba a dicha Asamblea con las facultades de elegir a las autoridades indígenas, así como la terminación anticipada de los integrantes de los ayuntamientos electos mediante sistemas normativos internos. En tal sentido, se debía analizar si dicha modificación estaba afectando el derecho a la consulta.

³² SCJN, Controversia Constitucional 60/2015 y sus acumuladas. Ponente: Min. Margarita Luna Ramos. Resuelta el 26 de mayo de 2016, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=188237>.

En ella, la SCJN afirmaría —ya dentro de una visión mucho más madura del derecho a la consulta, la cual le da pleno reconocimiento— que el congreso local, ante la posible afectación a las comunidades y pueblos indígenas del estado por la modificación legal, debía realizar tal consulta, lo que en el presente caso no se realizó. Esto llevó a la Corte a afirmar que el derecho a la consulta había sido afectado.

Para lo anterior, la Corte se refirió a lo resuelto en la Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 —*caso Cherán*— y afirmó con mucho más claridad y puntualidad —aunque lo había indicado de manera más modesta en las anteriores decisiones— una nueva configuración para los procesos legislativos cuando se trate de esos temas, ya que encontramos en la sentencia el siguiente párrafo: “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”.³³

En el caso concreto, al introducir a la Asamblea General Comunitaria para decidir sobre la terminación anticipada del periodo de los ayuntamientos que se rigen por sus sistemas normativos —que, como antecedente reforzador, era una autoridad cuya existencia jurídica ya había sido declarada inválida en el *caso Cherán*, pero que no debía confundirse en sus supuestos—³⁴ y al no haberse realizado la consulta para la modificación, tal hecho había afectado el derecho a la consulta, por lo que, según afirmaría la SCJN, debía declararse inválida.

³³ *Ibidem*, sentencia, p. 68.

³⁴ Sobre ello, resulta enriquecedor lo que indicaron diversos ministros, por ejemplo, el ministro Zaldívar: “coincido con la sugerencia que hacía el Ministro Javier Laynez, me parece que el proyecto se limita a hacer un comparativo entre el precedente, prácticamente entre el artículo que se invalidó en el precedente y el que se impugna ahora, y creo que sería prudente, por un lado, lo que sugería el Ministro Laynez, de establecer en la narrativa que el artículo 113 de la Constitución local fue sujeto a una consulta; no obstante, tiene que haber una nueva consulta porque aquí está el desarrollo —digamos— ya llevado a detalle de lo que primero se consultó, no creo que la primera consulta conlleve necesariamente cualquier desarrollo que hubiera el legislador local explicitado. Por el otro lado, me parece —es una sugerencia que haría al Ministro Pardo Rebolledo, encargado del asunto— que quizás se pudiera clarificar de manera muy breve, simplemente que adicionalmente de la situación del comparativo, las razones por las cuales este asunto —en concreto— afecta a los indígenas que tiene que ver —también ya se dijo aquí— con que establece el desarrollo de la terminación anticipada del mandato de los integrantes del ayuntamiento y, consecuentemente, por ser eso así, se requiere la consulta indígena; es decir, es aplicable el precedente, pero también hay que explicar por qué, en el caso concreto, es necesaria una consulta”. SCJN-VTP, 26 de mayo de 2016, pp. 13 y 14.

VII. CONCLUSIONES

Como podemos ver, en un periodo relativamente corto (2011-2016), la SCJN ha pasado de una negación del derecho a la consulta basada en una visión rígida de la supremacía constitucional, a una visión que reconoce el derecho; pero en tal reconocimiento se ha generado tanto la consolidación de su entendido como la existencia de obligaciones a las autoridades encargadas de producir normas jurídicas, cuando en los supuestos de afectación en los cambios normativos se deba realizar tal consulta, bajo la pena de ser declarados inválidos dichos cambios. Éste es un giro importante en la vía de consolidación del derecho que, como hemos observado, no se hubiera podido dar sin la intervención de la SCJN en la afirmación de la doctrina del “parámetro de control de regularidad constitucional” y, a su vez, esto no hubiera sido posible sin los impactos directos de la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio de 2011, especialmente el nuevo texto del artículo 1o. Constitucional, que implementó tal cambio.

VIII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

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*, Bogotá, año XXI, 2015, disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_43166-1522-4-30.pdf?151109172731.

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/serieb_172_esp.pdf.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas. Ponente: Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo. Sesiónada el 19 de octubre de 2015, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=186947>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contradicción de Tesis 293/2011, Ponente: Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Conocido los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012; 26, 27 y 29 de agosto, y 2 y 3 de septiem-

bre de 2013, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespublisher.aspx?id=129659&seguimientoID=556>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Controversia Constitucional 63/2011. Ponente: Min. José Fernando Franco González Salas. Sesionada los días 11, 15 y 16 de octubre de 2012, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129006>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 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, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Controversia Constitucional 60/2015 y sus acumuladas. Ponente: Min. Margarita Luna Ramos. Resuelta el 26 de mayo de 2016, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=188237>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Versiones Taquigráficas del Pleno. Sesiones de los días 11, 15 y 16 de octubre; 12, 13 y 15 de marzo de 2012; 26, 27 y 29 de agosto; 2 y 3 de septiembre de 2013; 26, 27 y 29 de mayo de 2014; 19 de octubre de 2015, y 26 de mayo de 2016, disponibles en: <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas>.

Tesis 2a. LXXV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, t. 3, octubre de 2012, p. 2038.

Tesis 2a. LXXXII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIV, t. 2, noviembre de 2012, p. 1587.

