

OCTUBRE 11, 2024

REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONSULTA DE PUEBLOS INDÍGENAS

El 1º. de octubre de 2024 entró en vigor la reforma del Artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas (la “Reforma”), publicada en el Diario Oficial de la Federación el pasado 30 de septiembre. La Reforma fue aprobada por el Congreso de la Unión sin votos en contra, lo que refleja su amplio consenso.

La Reforma contiene múltiples modificaciones que aclaran, ajustan y amplían el alcance del Artículo 2 constitucional, en el cual, gracias a una reforma trascendental adoptada en 2001, por primera vez se reconoció a nivel constitucional los derechos de los pueblos indígenas. Es de destacarse que la Reforma mantiene la disposición según la cual toda comunidad equiparable a los pueblos y comunidades indígenas gozará de los mismos derechos reconocidos a su favor.

La nueva disposición de la Reforma en materia de consulta previa, libre e informada tiene gran relevancia para el desarrollo de proyectos que puedan causar afectaciones o impactos significativos a los pueblos y comunidades indígenas, tales como parques eólicos, gasoductos, obras de infraestructura, proyectos turísticos, extractivos, entre otros. La Reforma adiciona una fracción XIII al Apartado A del Artículo 2 de la Constitución, la cual eleva a rango constitucional el derecho de los pueblos y comunidades a ser consultados en los siguientes términos:

A) Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

XIII. Ser consultados sobre las medidas legislativas o administrativas que se pretendan adoptar, cuando estas puedan causar afectaciones o impactos significativos en su vida o entorno, con la finalidad de obtener su consentimiento o, en su caso, llegar a un acuerdo sobre tales medidas.

Las consultas indígenas se realizarán de conformidad con principios y normas que garanticen el respeto y el ejercicio efectivo de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas reconocidos en esta Constitución.

Cuando la medida administrativa que se pretenda adoptar beneficie a un particular, el costo de la consulta debe ser cubierto por éste.

La persona física o moral que obtenga un lucro por las medidas administrativas objeto de consulta debe otorgar a los pueblos y comunidades indígenas un beneficio justo y equitativo, en los términos que establezcan las leyes aplicables.

Los pueblos y comunidades indígenas son los únicos legitimados para impugnar, por las vías jurisdiccionales establecidas, el incumplimiento del derecho reconocido en esta fracción. La ley de la materia regulará los términos, condiciones y procedimientos para llevar a cabo la impugnación.

Consistente con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, en vigor en México desde 1991, un punto clave de la Reforma es la inclusión de la frase “con la finalidad de obtener su consentimiento o, en su caso, llegar a un acuerdo sobre tales medidas”. Esto implica que el propósito al iniciar el proceso de consulta es lograr el consentimiento o alcanzar un acuerdo, sin embargo, no otorga a los pueblos y comunidades un derecho de veto cuando se respeten los derechos sustantivos de las comunidades y se ejerzan estos derechos de manera efectiva.

La Reforma no especifica los casos en los cuales sí se requiere del consentimiento previo, libre e informado, como el traslado y la reubicación de estos pueblos o el uso de sus tierras para depositar sustancias tóxicas, tal como lo establece el propio Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como un punto esencial de la Reforma, se incorpora la obligación de las personas físicas o morales que obtengan un lucro por las medidas administrativas objeto de la consulta, de otorgar a los pueblos y comunidades un beneficio justo y equitativo. Regular este concepto en la legislación secundaria será un desafío legislativo importante, y los requisitos que la legislación establezca al respecto podrían llegar a impactar sobre la viabilidad de ciertos proyectos.

El último párrafo de la Reforma es innovador, ya que limita la legitimación procesal para impugnar incumplimientos del derecho a la consulta previa exclusivamente a las comunidades indígenas, excluyendo por ende a las Organizaciones No Gubernamentales y miembros de dichas comunidades en lo individual. Esto obligará a las comunidades a actuar a través de sus órganos de representación para poder reclamar el referido incumplimiento.

La Reforma no hizo cambios en el delicado tema de la tenencia de las tierras por las comunidades indígenas que ciertas organizaciones buscaron se introdujeran. Se siguen aplicando las formas y modalidades de propiedad y tenencia establecidas en el marco legal general. Respecto de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, éstas tienen el uso y disfrute preferente de dichos recursos, salvo por aquellos que corresponden a las áreas estratégicas enumeradas en el artículo 28 constitucional, tal como el petróleo.

Antes de la Reforma, las normas para el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas como entidades de interés público correspondía a las entidades federativas. Esta disposición fue eliminada, y ahora es la Constitución que los reconoce en forma directa en estos términos: “*Se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio*”. La ausencia de un sistema de calificación y registro público de las comunidades, sus sistemas normativos, órganos de gobierno, ubicación, tierras ocupadas, y patrimonio, para considerarse como comunidades indígenas en los términos del Artículo 2 constitucional y ser titulares de los derechos constitucionales (como existe en Colombia), sigue generando inseguridad jurídica respecto de la identificación de las comunidades indígenas. En adición, la Reforma eleva a rango constitucional la autoadscripción como uno de los criterios que debe tomarse en cuenta para el reconocimiento de pueblos y comunidades indígenas, lo que puede dar lugar a abusos.

La Reforma concede facultades legislativas al Congreso de la Unión que antes no tenía, pero también obliga a los estados a adecuar sus constituciones y leyes para asegurar la efectiva observancia de la Reforma en sus respectivos ámbitos de competencia. Esto crea una situación confusa en materia de competencias. Es probable que los estados esperen a que el legislador federal actúe antes de realizar sus propias reformas.

El Congreso de la Unión tiene hasta el 30 de marzo de 2025 para expedir la ley general con las normas y mecanismos que aseguren el respeto y la implementación de los derechos constitucionales de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanos, y para armonizar el marco jurídico aplicable, tal como la Ley de la Industria Eléctrica y la Ley de Hidrocarburos y sus respectivos Reglamentos. La ley general deberá ser aplicable a los proyectos en todos los sectores de la economía que causan afectaciones o impactos significativos en la vida o entorno de comunidades indígenas.

La implementación de la Reforma en leyes y normas secundarias conforme a lo antes expuesto puede llegar a impactar proyectos nuevos y aquellos en desarrollo. En Ritch Mueller contamos con equipos especializados para brindarles asesoría legal en todos los aspectos que derivan de la Reforma y que puedan llegar a incidir en el desarrollo, ejecución y financiamiento de proyectos de energía, infraestructura, industriales y turísticos.