



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO

CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO A PUEBLOS

INDÍGENAS

NOTAS PARA UN CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA

MARIO EDUARDO MALDONADO SMITH

TUTOR:

DR. JAIME FERNANDO CÁRDENAS GRACIA ADSCRITO AL
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

CIUDAD UNIVERSITARIA,

MÉXICO, D.F., SEPTIEMBRE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Consulta y consentimiento previo a pueblos indígenas.

Notas para un constitucionalismo multicultural.

	Pág.
Introducción	4
Capítulo I. Marco histórico y conceptual	8
1.1. Lo indígena y su construcción epistémica-jurídica en los procesos de conformación nacional	8
1.1.1. Papel del Estado-nación	10
1.1.2. Etapa de segregación	19
1.1.3. Etapa de asimilación	23
1.1.4. Etapa de integración	26
1.1.5. Etapa multiculturalista	29
1.2.6. Proceso seguido en México	36
1.2.7. Modelo de Luigi Ferrajoli sobre la configuración jurídica de las diferencias.	43
1.2. Clarificaciones conceptuales	46
1.3. En torno a la noción de multiculturalismo	52
1.4. Constitucionalismo multicultural, un Estado para todos	57
1.4.1. Estados Multiculturales	57
1.4.2. Constitucionalismo multicultural	59
1.4.2.1. Constitucionalismo liberal	59
1.4.2.2. Constitucionalismo social	61
1.4.2.3. Constitucionalismo multicultural	63
1.5. Notas para un Estado multicultural	68
1.5.1. Novedades del multiculturalismo	68
1.5.2. Derechos humanos y multiculturalismo	70
1.5.3. Multiculturalismo y ductibilidad constitucional	76
1.5.4. Constitucionalismo multicultural y su vinculación con el modelo garantista.	78
1.5.5. Derechos colectivos y constitucionalismo multicultural	83
1.5.6. Multiculturalismo y democracia deliberativa	89
1.5.7. Multiculturalismo y solidaridad civil	94
Capítulo II. El derecho a la consulta previa	97
2.1. Concepto	97
2.2. Naturaleza Jurídica	97
2.3. Fundamento Jurídico	99
2.4. Implicaciones de la Consulta Previa	105
2.5. Transversalidad de la consulta previa	110
2.6. En qué casos debe aplicarse la consulta previa	111
2.7. El deber de consulta previa tratándose de medidas legislativas	113
2.7.1. La dimensión de la expresión medidas legislativas	113
2.7.2. La afectación directa	114
2.7.3. Condiciones de tiempo, modo y lugar.	117
2.7.4. Consecuencias de la omisión de consulta ante medidas Legislativas	119
2.7.5. El trámite de la consulta ante tratados internacionales	122
2.7.6. El caso de las reformas a la Constitución	124
2.8. Proceso general de consulta	128
2.8.1. Buena fe	129

2.8.2. Procedimiento previo	130
2.8.3. La consulta debe ser libre	131
2.8.4. Las consultas deban tener como fin llegar a un acuerdo	131
2.8.5. Debe ser hecha cuando la comunidad se encuentra debidamente informada	132
2.8.6. Debe respetar los sistemas de autoridad y representación Indígena	133
2.8.7. La consulta la debe respetar los tiempos y características Culturales	133
2.8.8. Otros elementos a tener en cuenta	134
2.8.9. Fases del proceso	137
2.8.10 Decisión y alcance de la consulta	138
Capítulo III. El derecho al consentimiento previo, libre e informado	142
3.1. Concepto	142
3.2. Naturaleza jurídica	142
3.3. Fundamento jurídico	143
3.4. Implicaciones	148
3.5. Supuestos de procedencia	152
3.5.1. Medidas de desplazamiento	153
3.5.2. Depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos	154
3.5.3. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala	155
3.5.4. Extracción de recursos naturales en territorios indígenas	157
3.6. Proceso y alcance	
Capítulo IV. Elementos a observarse en una Ley General en materia de consulta y consentimiento previo, libre e informado	163
Reflexiones finales	169
Fuentes consultadas	172

Consulta y consentimiento previo a pueblos indígenas.
Notas para un constitucionalismo multicultural

Mario Eduardo Maldonado Smith

Introducción.

Nadie puede fundadamente poner en tela de juicio que diversas concepciones jurídicas en torno a los cuales la ciencia del derecho se ha delineado, hoy por hoy no pueden seguir sosteniéndose al menos con la certeza (o dogmatismo según la postura de la que se parta) con que antaño eran defendidas.¹

Los Estados contemporáneos son, por usar una palabra que pretenda englobar el fenómeno: complejos, y lo son en sus relaciones con otros Estados, en las relaciones a su interior con los gobernados y en sus esferas jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales. El mito de un Estado homogéneo que con tanto ahínco ha sido defendido sencillamente no es más que eso, un mito que desconoce las complicadas realidades que la contemporaneidad ha develado.

Ciertamente, fenómenos como la globalización y los derechos humanos han sacado a la luz esta intrincada red de relaciones. Una red que no era completamente desconocida antaño pero que sin embargo no se reivindicaba con la fortaleza con que en estas últimas décadas se ha caracterizado.

El propósito de la presente tesis de maestría es ahondar en uno de esos complicados fenómenos que caracterizan a la sociedad de nuestro tiempo (no me circunscribo a un fenómeno de la sociedad mexicana, sino prácticamente al de todos los Estados). Dicho fenómeno es el del multiculturalismo, una corriente política-filosófica que ha permeado en los principales problemas contemporáneos y de cuya respuesta y debida acomodación dependerá en gran medida la concreción de un verdadero Estado constitucional y democrático de derecho.

Pretendo vincular este fenómeno con el constitucionalismo contemporáneo (garantismo) planteando su mutua coherencia y compaginación, haciendo posible, lo que hoy en día se constata como una necesaria exigencia constitucional: el

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Ed. Einaudi, 19ª reimpresión. Torino, 2014. Pág. 4.

reconocimiento de una multiplicidad de directrices, principios y valores reflejados en nuestra norma suprema, lo que ha sido denominado “ductibilidad constitucional”.²

Debo hacer una primera advertencia, misma que desarrollaré en párrafos subsecuentes, en este trabajo de investigación me enfoco fundamentalmente en dirección a los pueblos y comunidades indígenas debido a la experiencia profesional en este campo, tanto en la praxis como en la investigación, sin embargo, no son a los pueblos y comunidades indígenas (y a su relación con el Estado y la sociedad mayor) a las que deben ser reducidas las políticas multiculturales. En realidad, el campo es sumamente amplio y en él se incluyen a las minorías nacionales, étnicas, lingüísticas, religiosas, y otros tantos grupos a los que también me referiré en los primeros apartados.

No obstante, el que me refiera fundamentalmente a los pueblos indígenas en modo alguno es óbice para que las políticas aquí descritas sólo se apliquen a este sector, por el contrario, los aspectos generales se corresponden con todos los demás grupos y así ha sido reconocido tanto en la doctrina como en los cuerpos normativos - nacionales e internacionales- vigentes.

Atento a la complejidad del tema descrito, en este trabajo sólo me abocaré a los aspectos más generales que deben ser tenidos en cuenta para la reestructuración de un Estado en términos multiculturales, dejando el trabajo de profundización para una investigación de doctorado dada las dimensiones de la propuesta teórica.

Además, pretendo desarrollar dos de los más emblemáticos derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas: la consulta y el consentimiento previo, con los cuales he tenido experiencias profesionales en México, Colombia y Argentina, ello en aras de proponer una reglamentación a la misma para así cubrir los escollos de los que actualmente adolece nuestra legislación y que es sumamente urgente trasladar al campo del derecho positivo ante la avasalladora amenaza a que están expuestas las minorías étnicas en nuestro país.

Como métodos de estudio para abordar la presente investigación he concedido especial prelación al método sistemático, teleológico, funcional y comparado, mismos

² Zagrebelsky lo denomina *mitezza costituzionale*. Señala: “La coexistencia de valores y principios, sobre los que, necesariamente una constitución hoy debe fundarse para no renunciar a su pretensión de unidad e integración y, al mismo tiempo, no ser incompatible con su base pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma en un valor no absoluto, compatible con aquellos con los cuales debe convivir. Sólo asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del mantenimiento del pluralismo de valores...” *Ibidem*. Pág. 11.

que podrán advertirse durante el desarrollo descriptivo. Asimismo, he abordado este trabajo desde una perspectiva multidisciplinaria atento al tema substancial subyacente: los pueblos indígenas y demás minorías étnicas. De tal manera que podrá el lector familiarizarse y enriquecerse con contenidos no sólo jurídicos sino políticos, sociológicos y antropológicos, sin perder por ello el carácter jurídico que reviste a esta investigación y a la propuesta aquí planteada.

En términos estructurales desarrollo mi investigación de la siguiente forma: en primer término abordo un breve pasaje contextual de nuestro país y otros tantos, describiendo su carácter multicultural. A continuación, despliego un marco histórico partiendo de una serie de etapas o fases que los teóricos del multiculturalismo reconocen. Una vez llegado a este punto desarrollo teóricamente las implicaciones que exige la asunción de una posición multiculturalista, así como los prolegómenos básicos de un constitucionalismo multicultural.

La segunda parte de nuestra investigación corresponde propiamente al desarrollo de los derechos fundamentales a la consulta y al consentimiento previo de los pueblos indígenas y otras minorías con características similares. Describiremos las implicaciones de tales derechos (significado, naturaleza, fundamento jurídico, etc.) así como las condiciones mínimas para su ejercicio (procedimiento) concluyendo con una propuesta que garantice plenamente la adecuada tutela de estos derechos fundamentales.

En esta investigación, se plantea una preocupación nueva, la preocupación por un constitucionalismo multicultural, para un problema viejo, el problema de la difícil compaginación de diversas concepciones acerca de lo jurídico dentro de un sistema que aspiraba hasta hace poco a lograr su homogeneidad. En esta investigación buscamos aclarar algunas dudas, generar otras tantas, derribar mitos y construir propuestas alternativas para sociedades complejas como la mexicana.

Finalmente, no está de más señalar que este trabajo se asienta en la convicción de que en la medida en que conozcamos nuestras realidades será más fácil construir sociedades incluyentes. Los pueblos indígenas, así como otras minorías étnicas y nacionales, constituyen parte de esa realidad y demandan su inclusión en la participación política, económica y social de sus respectivos países. Sólo así, estaremos en aptitud de, como señala Boaventura de Sousa, “reinventar la

democracia y reinventar el Estado”³ pues para todos resulta evidente que la tradicional forma de Estado-nación no es más que un vestigio moribundo incapaz de dar respuesta a los vastos problemas que se ciernen sobre los Estados contemporáneos.

³ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. CLACSO. Buenos Aires, 2006. Pág. 16-28.

Capítulo I.

Marco histórico y conceptual

Este capítulo pretende brindar elementos históricos que permitan dar cuenta del proceso que los pueblos indígenas y, en general, las diversas minorías, han tenido que transitar en sus relaciones con los Estados en los que se han visto inmersos. El objetivo es brindar elementos para advertir los aciertos y desaciertos que a lo largo de dicho proceso han tenido lugar y que nos han conducido ante los umbrales del multiculturalismo actual.

A efecto de aclarar diversas confusiones teórico-conceptuales esta sección también pretende esclarecer diversas expresiones íntimamente conexas a la materia, tales como: nación, cultura, multiculturalismo, minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, entre otras.

1.1. Lo indígena y su construcción epistémica-jurídica en los procesos de conformación nacional

Nuestro país, se define a sí mismo como un Estado pluricultural, sustentado en sus pueblos indígenas. En México existen más de medio centenar de pueblos originarios con sus propias lenguas y tradiciones. También cuentan con sistemas sociales, políticos y normativos propios a partir de los cuales organizan los diferentes aspectos de su vida.

La población indígena de nuestro país asciende a un número aproximado de 15.7 millones de habitantes, lo que representa cerca del 14% del total nacional, contribuyendo a la riqueza de nuestro país con alrededor de 60 lenguas propias (con sus respectivas variantes) distribuidas a lo largo y ancho del territorio nacional.⁴

Al igual que México, y salvo rarísimas excepciones, todos los Estados cuentan en su interior con grupos étnicos, minorías nacionales, religiosas, lingüísticas, etc., que, de manera originaria o como resultado de eventos migratorios diversos han modelado el mosaico de culturas que coexisten en su interior.

⁴ INEGI. *Principales resultados del Censo de Población y Vivienda 2010*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Pág. 67. Consultado en la página oficial del INEGI el 02/02/2014, 01:03 horas. Disponible en: <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/productos/default.aspx?c=265&s=inegi&upc=702825002042&pf=Prod&ef=&f=2&cl=0&tg=320&pg=0&ct=101010101>

La historia de estos grupos minoritarios⁵ ha sido por regla general desgraciada. En el afán por conformar el Estado que un sólo grupo de la sociedad deseaba se excluyó a muchos otros sectores sociales. Se intentó que “los diferentes” se acoplaran al proyecto nacional para formar un sólo modelo de “mexicano”, “peruano”, “colombiano”, “Español”, etc., pero los grupos excluidos no renunciaron a su identidad, se adaptaron a las nuevas realidades sin que por ello perdieran sus propias formas de entender la vida.

A lo largo de este triste camino histórico los pueblos indígenas –y sus equiparables en otras latitudes-, se han encontrado permanentemente relegados en todos los aspectos de la vida: los económicos, los políticos, los sociales, etc. A su subordinación, abandono y dependencia se ha sumado el permanente sufrimiento que padecen de estigmatización y discriminación.⁶ Esto se ha traducido a lo largo de la historia en la falta de una política clara y en la carencia real de reconocimiento que han mantenido tal sujeción y precariedad como parte de su vida cotidiana.⁷

En este sentido, es justo señalar que los pueblos indígenas “han librado una guerra silenciosa, en la que por fortuna no han sido vencidos, no se encontraron (ni se encuentran) inmersos en el paradigma de la sumisión, sino antes bien resistieron históricamente, primero a la conquista y luego a la asimilación e integración luchando por conservar sus formas de vida y su cosmovisión del mundo. Fue así que libraron una guerra silenciosa que les permitiera reivindicar su identidad, mantener su espiritualidad, conservar sus autoridades para así no verse diluidos en un modelo que no los representa”.⁸

En este devenir histórico, los pueblos indígenas han sido objeto de diversas políticas por parte de los Estados las cuales, han respondido a múltiples intereses encontrados en cada periodo⁹. La situación ha cambiado de menos a más y, afortunadamente nos encontramos en un periodo donde la pluralidad y coexistencia de

⁵ Entendido el término minoría en forma cualitativa mas no cuantitativa, ello se verá en apartados siguientes.

⁶ Así, por ejemplo, frecuentemente el término “indígena” en el inconsciente colectivo suele utilizarse para referirse despectivamente a alguien. De igual modo, en la escuela los manuales escolares “hasta hace pocos años, traían actividades como «recorta y pega elementos de nuestra fauna». Y allí, podían verse, listos para ser recortados, un venado, un ñandú y... un indiecito. Se habla aún hoy en algunos manuales escolares sobre los «rudimentarios» hábitats y la «indolencia» y el «desapego al trabajo»...” PIGNA, Felipe. *Los mitos de la historia argentina 1. De los pueblos originarios y la conquista de América a la independencia*. Ed. Planeta. Buenos Aires, 2009. Pág. 18.

⁷ RAMÍREZ, Silvina. *La guerra silenciosa: despojo y resistencia. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Ed. Capital Intelectual. Buenos Aires, 2006. Pág. 8.

⁸ *Ibidem*. Pág. 20.

⁹ KYMLICKA, Will. “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. En: DEL ÁGUILA, Rafael y et., al. *La democracia en sus textos*. Alianza Editorial. Madrid, 2001. Pág. 439.

las diversas culturas parece ser, aunque precariamente, un camino de no retorno. Esta etapa es la del multiculturalismo, que aunque embrionaria, se espera sea consolidada en un futuro no muy lejano dadas las evidencias jurídicas y políticas actuales que apuntan en esa dirección.

Los teóricos del multiculturalismo coinciden en señalar como etapas de este devenir histórico las siguientes: La etapa segregacionista; la asimilacionista; la integracionista y; finalmente la etapa multiculturalista. En cada una de ellas fueron aplicadas diversas políticas hacia las minorías, políticas que no eran sino el reflejo del estatus o calidad con que tales grupos eran concebidos dentro de sus respectivas “sociedades mayores” y que modelaron la episteme o forma de entender -y abordar- a esos grupos.

Ahora bien, la clasificación en etapas responde a un objetivo didáctico para evidenciar los avances en la comprensión hacia las minorías. Si bien es cierto existen periodos históricos caracterizados por ciertas políticas, también lo es que las mismas no son exclusivas de esos periodos y que incluso en la actualidad, de cuando en cuando, pueden seguir prolongándose como rémoras de un pasado aún inconcluso.

Previo al examen de cada una de estas etapas, es aconsejable describir el papel que desempeñó en ellas la idea del Estado-nación que, como veremos, implicó la construcción de una sociedad homogénea sobre un fundamento mítico en el que las minorías difícilmente tenían cabida.

1.1.1 Papel del Estado-nación

El moderno sistema de Estados surge finalizado el periodo medieval, cuando ciertas unidades políticas existentes comenzaron a organizarse en algún modo semejante al esquema actual. La Paz de Westfalia de 1648, que puso fin a la Guerra de Treinta Años y a la hegemonía política de la Iglesia católica, es la fecha de nacimiento convenida para el sistema moderno de Estados.¹⁰ Circunscribiéndonos a la presente investigación nos limitaremos en señalar las repercusiones que tal sistema implicó para los pueblos indígenas y demás grupos minoritarios.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Trotta, 7ª ed. Madrid, 2010. Pág. 54-55; ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Trad. Luís Rodríguez Piñero Royo, Pablo Ortiz Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero. Trotta. Madrid, 2005. Pág. 48.

Al señalar que el moderno sistema de Estados surge cuando ciertas unidades políticas comenzaron a organizarse de manera diversa, damos claramente cuenta que el sistema de “Estados” ha sido sólo una de las variantes históricas -la triunfadora- en la forma de organización política de las sociedades.

Esta forma de organización, como es sabido, se caracteriza por la integridad del dominio territorial y la autoridad jerárquica centralizada. En palabras de Max Weber “Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio... reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima.”¹¹ Por el contrario, los pueblos indígenas y demás minorías se organizaban generalmente de acuerdo con vínculos tribales o de parentesco, sobre la base de estructuras políticas descentralizadas, a menudo unidas en confederaciones, y disfrutaban de esferas de control territorial compartidas o superpuestas.¹²

La conformación de los estados modernos no contempló en su génesis la existencia de los pueblos originarios y demás minorías, mucho menos la importancia de la diversidad cultural para su construcción. Las complicaciones que generaban pueblos distintos, con prácticas diferentes, con quienes deberían haber negociado la forma de gobierno de las nacientes repúblicas no fue una de las prioridades a seguir.

En este contexto, las minorías tuvieron que optar entre dos opciones: la de resistir y, con el paso del tiempo ser exterminados por el grupo mayoritario o bien, la de aceptar la asimilación forzada, desconociendo su identidad e incorporándose coactivamente a un Estado que les era refractario y totalmente hostil. John Stuart Mill ejemplifica esta disyuntiva con el caso de los bretones y vascos al señalar que:

“Nadie puede suponer que no es más benéfico para un bretón o para un vasco de la Navarra francesa, el que lo atraiga la corriente de ideas y sentimientos de un pueblo altamente civilizado y cultivado, el ser un miembro de la nacionalidad francesa... que adorar en su propio pequeño mundo las reliquias medio salvajes de tiempos pasados, girar en su pequeña órbita mental sin tener ninguna participación o interés en el movimiento general del mundo.”¹³

¹¹ WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella y et., al. FCE de España, 2ª ed. Madrid, 2002. Pág. 1056.

¹² ANAYA, James. Ob. Cit. Pág. 53.

¹³ STUART MILL, John. *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Ed. Gernika, 3ª ed. México, 2006. Pág. 346.

Es así como el moderno sistema de Estados fue conformándose sobre la base del etnocidio y del epistemicidio, negando a los grupos culturales minoritarios que durante el proceso de delimitación fronteriza quedaron inmersos dentro del territorio del naciente Estado. La negación claramente implicó, además, el desconocimiento o la tergiversación de todos aquellos conocimientos, símbolos, tradiciones y memorias colectivas que diferían de los escogidos para erigirse en los “nacionales”.¹⁴

Así, durante el modelo de “Estado-nación” y bajo la tradicional expresión de “un Estado, una nación” casi todos los Estados del orbe aspiraron a convertirse en Estados monoculturales¹⁵. En este modelo se veía implícitamente -y a veces explícitamente- al Estado como propiedad del grupo nacional dominante, que lo utilizaba para promover su identidad, su lengua, su historia, su cultura, su literatura, sus mitos, su religión, etc., y que definía al Estado como expresión de su nacionalidad.¹⁶ Aquellos que no pertenecían al grupo nacional dominante debían elegir entre la asimilación o la exclusión. Ciertamente, ante este panorama no debe de sorprendernos que a las minorías étnicas no les haya ido tan bien bajo el sistema westfaliano de Estados.¹⁷

El Estado-nación buscó la creación de un sentido común de pertenencia, bajo una idea de homogeneidad, por diversas razones: para hacer frente a las conquistas que otros Estados pretendían hacer por la vía de la guerra; para fomentar la solidaridad civil y la confianza mutua; para una mejor administración del Estado, toda vez que se presume que un Estado con una cultura común es más fácil de administrar; etc. No obstante, ese sentido común de pertenencia se intentó lograr destruyendo

¹⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. Ob. Cit. Pág. 15.

¹⁵ Una de las pocas excepciones ha sido Suiza pues nunca intentó que en su territorio existiera una única lengua oficial, y siempre ha aceptado que las minorías francófona, alemana e italiana van a existir como grupos distintos. Canadá ha seguido una tendencia similar, ya desde 1763 la monarquía británica emitió una solemne proclamación de respeto por los territorios y las costumbres indígenas. En la actualidad, tanto Suiza como Canadá son países emblemas del multiculturalismo. Ver: CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*. Siglo XXI editores. México, 1994. Pág. 28.

¹⁶ Para Habermas “El nacionalismo es una forma de conciencia que presupone una apropiación de las tradiciones culturales filtradas por la historiografía y la reflexión... Ambas cosas confieren al nacionalismo rasgos artificiales; y es su lado de “constructo” lo que de por sí convierte al nacionalismo en accesible a un abuso manipulador por las élites políticas” HABERMAS, Jürgen. “Reconstrucción interna del Derecho.” *En Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad., de Manuel Jiménez Redondo. Trotta, 6ª ed. Madrid, 2010. Pág. 621.

¹⁷ Habermas da cuenta de este proceso de construcción nacional, señala: “...el Estado territorial administrativo en términos centralistas, consiguió a largo plazo fuerza estructuradora en la formación del sistema de Estados europeos. Como sucedió en los casos de Portugal, España, Inglaterra y Suecia, el Estado territorial surgió primero de reinos, adoptando después la forma de Estado nacional en el curso de una democratización conforme al modelo francés... creó las bases para la homogeneidad cultural y étnica, sobre las que desde fines del siglo XVIII pudo ponerse en marcha la democratización del Estado, si bien a costa de la represión y exclusión de minorías nacionales.” HABERMAS, Jürgen. “Ciudadanía e identidad nacional” *En Facticidad y validez*. Ob. Cit. Pág. 621.

cualquier conocimiento preexistente,¹⁸ acompañado frecuentemente de una idea de “civilización o barbarie” con la que se justificaba la imposición de una lengua, religión y costumbres únicas bajo el argumento de que las nativas resultaban ser bárbaras y, por tanto, no merecían respeto ni consideración.

A propósito, durante la plena vigencia del modelo de Estado-nación (siglo XVII al XIX) los indígenas y su cultura eran vistos como una clara muestra de la barbarie y decadencia humana. Por aquel entonces, diversos intelectuales dejaban en claro la visión que en el colectivo se tenía con respecto a los indígenas.

John Locke, al referirse a la propiedad y al valor que produce el trabajo (1662), reflexionaba: “...varias naciones de América que abundan en tierras, escasean, en cambio en todas las comodidades de la vida... la Naturaleza las ha provisto... de toda clase de productos y materiales... sin embargo, al no encontrarse beneficiadas por el trabajo, no disponen ni de una centésima parte de las comodidades de que nosotros disfrutamos; reyes de un territorio dilatado y fértil se alimentan, se visten y tienen casas peores que un jornalero de Inglaterra”¹⁹ Más adelante, agrega: “El hombre que, habitando en las selvas de América, es insolente y agresivo, no mejorará probablemente gran cosa al ser colocado sobre un trono.”²⁰

Thomas Hobbes, en su *Leviatán* (1651), describía a los indígenas de este modo: “Los pueblos salvajes en varias comarcas de América, si se exceptúa el régimen de pequeñas familias cuya concordia depende de la concupiscencia natural, carecen de gobierno en absoluto, y viven actualmente en ese estado bestial a que me he referido.”²¹

Adam Smith (1776), en su *riqueza de las naciones*, indicaba: “En las naciones de cazadores, que representan el estado más primitivo y rudo de la sociedad, tal como las encontramos en las tribus aborígenes de América del Norte, el hombre es, al mismo tiempo, cazador y guerrero... Esta sociedad no tiene que hacer gastos ni en preparar a sus individuos para la campaña ni en mantenerlos después que están en

¹⁸ KYMLICKA, Will y Christine Straehle. *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*. Trad. De Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 2001. Pág. 64.

¹⁹ LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Ed. Gernika, 7ª ed. México, 2008. Pág. 46.

²⁰ *Ibidem*. Pág. 89.

²¹ HOBBS, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. 2ª ed. Buenos Aires, 1992. Pág. 104.

ella, porque en semejante situación no hay propiamente Soberano ni forma estricta de república.”²²

Joseph de Maistre (finales del S. XVIII) se refería a ellos como “un despojo de la humanidad... son simplemente los fracasos del proceso creador de Dios.”²³

El Presidente de la Corte Federal Suprema de los Estados Unidos, Juez Marshall, en su sentencia *Johnson vs. McIntosh* (1823), describía a los indios de la siguiente manera: “Fieros salvajes, cuya ocupación era la guerra y cuya subsistencia dependía principalmente del bosque.” Agrega en esta sentencia que: “Dejarlos en posesión de su país hubiera sido dejar el país en la desolación...”²⁴

Juan Bautista Alberdi pensaba (1852): “En América, todo lo que no es europeo es bárbaro: no hay más división que está: 1º, el indígena, es decir, el salvaje; 2º, el europeo, es decir, nosotros los que hemos nacido en América y hablamos español, los que creemos en Jesucristo y no en Pillán (dios de los indígenas)... Nosotros, europeos de raza y de civilización, somos los dueños de América.”²⁵

Para John Stuart Mill (1861), refiriéndose a las minorías étnicas europeas: “La experiencia prueba que es posible que una nacionalidad se mezcle con otra y que esta última la absorba; y cuando la primera es una porción inferior y más atrasada de la raza humana, la absorción tiene muchas ventajas para ella. Nadie puede suponer que no es más benéfico para un bretón o para un vasco de la Navarra francesa, el que lo atraiga la corriente de ideas y sentimientos de un pueblo altamente civilizado y cultivado, el ser un miembro de la nacionalidad francesa, que se beneficia, en una condición igualitaria, con todos los privilegios de la ciudadanía francesa, y comparte las ventajas de la protección, la dignidad y el prestigio del poder de Francia, que adorar en su propio pequeño mundo las reliquias medio salvajes de tiempos pasados, girar en su pequeña órbita mental sin tener ninguna participación o interés en el

²² SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Trad. Gabriel Franco. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. Pág. 614.

²³ Citado en: BERLIN, Isaiah. *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*. Trad. María Antonia Neira Bigorra. Fondo de Cultura Económica. México, 2004. Pág. 184-185.

²⁴ “*But the tribes of Indians inhabiting this country were fierce savages whose occupation was war and whose subsistence was drawn chiefly from the forest. To leave them in possession of their country was to leave the country a wilderness.*” *Johnson & Graham’s Lessee v. McIntosh*. 21 U.S. 543 (1823). Este caso trata de una disputa de propiedad en la que ambas partes reclamaban tener título sobre la misma tierra. La Corte resolvió que el título del demandado, otorgado por los Estados Unidos, era superior al título del demandante, que lo había recibido al comprar la tierra a una tribu indígena. Citado en: ANAYA, James. Ob. Cit. Pág. 56.

²⁵ ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ed. Lozada. Buenos Aires, 2003. Pág. 123-124.

movimiento general del mundo. La misma observación se aplica a los galeses, a los habitantes de las altiplanicies escocesas como miembros de la nación británica.”²⁶

El iuspublicista británico John Westlake, en sus *Chapters on the Principles of International Law* (1894), distinguió entre «humanidad civilizada e incivilizada» y consideró que «la sociedad internacional» limitaba el ingreso a los primeros. Para Westlake “La llegada de la raza blanca no puede detenerse cuando aún existan tierras por cultivar, minerales por extraer, mercancías con las que comerciar... Si algún fanático admirador de la vida salvaje argumentase que no se debería dejar entrar a los blancos, podría ser conducido a la misma conclusión de cualquier otro modo, ya que en todo caso sería necesario un gobierno sobre el terreno para mantenerlos alejados. En consecuencia el derecho internacional debe tratar a los nativos como incivilizados.”²⁷

El breviarío anterior nos da unas cuantas luces para advertir el panorama que durante la plena vigencia y hegemonía del Estado-nación imperó sobre los pueblos indígenas y otras tantas minorías. El ejercicio anterior puede ser achacado de injusto y parcial al ver con los ojos del presente lo que nuestros antepasados veían en atención a las circunstancias particulares de su contexto. Lo anterior sería del todo acertado si no trajéramos a colación sendas reflexiones que personajes del mismo tiempo daban sobre éstas minorías bajo una perspectiva más humanitaria e, incluso, cercana al multiculturalismo contemporáneo.

Montesquieu, en su *Espíritu de las leyes* (1748) manifiesta un avanzado pensamiento con relación a los pueblos indígenas, al respecto reflexionaba: “Para conservar la América [España] hizo lo que ni el despotismo hace: aniquilar a los habitantes”²⁸ y, “También podría decir que la religión concede, a quienes la profesan, derecho a reducir a servidumbre a quienes no lo hacen... Esta manera de pensar es lo que movió a los destructores de América en sus crímenes. Sobre esta idea fundaron el derecho de hacer esclavos a tantos pueblos, pues aquellos bandidos, que querían ser totalmente bandidos y cristianos, eran muy devotos”²⁹ Añade: “Los españoles abrieron minas, perforaron montañas, inventaron máquinas para extraer el agua, obtener el

²⁶ STUART MILL, John. Ob. Cit. Pág. 345-346.

²⁷ Citado en: Anaya, James. Ob. Cit. Pág. 64.

²⁸ MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Trad. Demetrio Castro Alfín. Ed. Istmo. Madrid, 2002. Pág. 212.

²⁹ *Ibidem*. Pág. 341.

mineral y pallarlo; como disponían de la vida de los indios, les hicieron trabajar sin contemplaciones.”³⁰

Jean Jacques Rousseau, en su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1755), reflexionaba: “...yo quisiera que se me explicara cuál puede ser el tipo de miseria de un ser libre, que tiene el corazón en paz y el cuerpo en plena salud. Pregunto ¿cuál de las dos, la vida civil o la natural es la más propicia a volverse insoportable para aquellos que gozan de ella? Alrededor de nosotros, casi no vemos más que gente que se queja de su existencia, inclusive muchos que se privan de ella en cuanto está en su poder hacerlo, y la reunión de las leyes divina y humana apenas basta para detener ese desorden. Pregunto si alguna vez se ha oído decir que un salvaje en libertad haya tan solo pensado en lamentarse de la vida y darse la muerte. Habría que juzgar, entonces, con menos orgullo, de qué lado está la verdadera miseria.”³¹

Para el connotado jurista francés Emerich de Vattel (1758): “Los ambiciosos europeos que acometían á (sic) las naciones americanas y las sometían á (sic) su codiciosa dominación para civilizarlas, según decían, y enseñarles la verdadera religión, eran unos usurpadores que se fundaban en un pretexto injusto y ridículo.”³²

Immanuel Kant, en su *Paz perpetua* (1795), señaló “Si se considera, en cambio, la conducta “inhospitalaria” que siguieron los Estados civilizados de nuestro continente, sobre todo los comerciantes, espantan las injusticias que cometen cuando van a “visitar” extraños pueblos y tierras. Visitar es para ellos lo mismo que “conquistar”. América, las tierras habitadas por los negros, las islas de la especiería, el Cabo, eran para ellos, cuando los descubrieron, países que no pertenecían a nadie; con los naturales no contaban. En las Indias orientales –Indostán-, bajo el pretexto de establecer factorías, introdujeron los europeos tropas extranjeras, oprimiendo así a los indígenas; encendieron grandes guerras entre los diferentes Estados de aquellas regiones, ocasionaron hambre, rebelión, perfidia; en fin, todo el diluvio de males que pueden afligir a la humanidad.”³³

³⁰ *Ibidem*. Pág. 489.

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Trad. Vera Waksman. Ed. Prometeo. Buenos Aires, 2008. Pág. 90.

³² De VATTEL, Emerich. *El derecho de gentes, ó Principios de la ley natural, aplicados á la conducta, y á los negocios de las naciones y de los soberanos*. Libro Segundo. De la Nación considerada en sus relaciones con las demás. Trad. Lucas Miguel Otarena. Ed. Casa de Masson e hijo. Paris, 1824. Pág. 10.

³³ KANT, Immanuel. “La paz perpetua” En: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres-Crítica de la razón Práctica-La paz perpetua*. Ed. Porrúa. 9ª ed. México, 1996. Pág. 228.

En una decisión dividida, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica reconoció a los pueblos indígenas como *naciones domésticas dependientes*. Dicha decisión recayó al caso *Cherokee Nation V. Georgia* (1831)³⁴. El voto principal fue redactado por el juez Marshall, al cual se adhirieron los jueces Baldwin, Johnson y McLean en el que negaban el carácter de Estado extranjero al pueblo Cherokee. No obstante, el juez Thompson redactó un voto disidente, al que se sumó el juez Story y en el que reconocían que la nación Cherokee era un estado extranjero, tanto bajo el derecho internacional como bajo la Constitución Federal. En su voto principal, y en el que se anunciaba la sentencia de la Corte, el juez Marshall adoptó una posición intermedia reconociendo a los Cherokee como *naciones domésticas dependientes*. Lo interesante del caso es que bajo la interpretación del artículo primero, octava sección, numeral tres de la Constitución Federal (disposición traída a la Constitución mexicana de 1824, artículo 50, fracción XI) el juez Thompson y el juez Story llegaron a concluir el carácter pre-estatal de los pueblos indígenas y su equiparación como Estados independientes frente a los que se debía el respeto y consideración inherentes al derecho de gentes.

Alexis de Tocqueville, en su *Democracia en América* (1835-1840), expuso amplias consideraciones en relación a los indígenas y a la población afrodescendiente, he aquí algunas de ellas: “Dulce y hospitalario en la paz, sin piedad en la guerra, más allá incluso de los umbrales conocidos de la ferocidad humana, el indio se exponía a morir de hambre por socorrer al extranjero que llamaba al anochecer a la puerta de su cabaña... Como todos los restantes miembros de la gran familia humana, estos salvajes creían, por demás, en la existencia de un mundo mejor y adoraban bajo diferentes nombres a Dios creador del universo. Sus nociones sobre las grandes verdades intelectuales, eran, simples y filosóficas... La ruina de esos pueblos comenzó desde el día en que los europeos llegaron a sus orillas, prosiguió después sin cesar y termina de consumarse en nuestros días.”³⁵

Las anteriores citas nos dan cuenta de dignos ejemplos de pensamientos avanzados en un contexto en el que por regla general al indígena se le ubicaba en una

³⁴ Caso *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831). El caso se refiere al intento de los cherokees de invocar la jurisdicción de la Corte Suprema, con la pretensión de que ésta ordenase al estado de Georgia que no aplicara su legislación en territorio indígena, reconocido como tal por un tratado firmado entre Cherokees y los Estados Unidos. La Corte Suprema resolvió que carecía de jurisdicción para atender el recurso. No obstante, reconoció a los cherokees como *domestic dependent nations in a state of pupillage* (naciones domesticas dependientes en estado de pupilaje) sobre las que los Estados Unidos tenían una relación “como la del tutor con su pupilo” (*that of a Ward to his guardian*). Anaya, James. Ob. Cit. Pág. 57; CLAVERO, Bartolomé. Ob. Cit. Pág. 30.

³⁵ DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Trad. Raimundo Viejo Viñas. Ed. Akal. Madrid, 2007. Pág. 56-57.

posición cercana a la incivilización total. Lo anterior, fue el resultado del efecto irradiador de ese modelo o arquetipo de ciudadano ideado en el “Estado nación” e incorporado forzosamente a un contexto no europeo.

Es preciso señalar que el mito de Estado homogéneo es sólo eso, un mito. Por ello, los diversos Estados, en su afán de alcanzar este objetivo tuvieron que “construir” un Estado homogéneo dónde la realidad les presentaba estados multiculturales. Así, el Estado homogéneo tuvo que ser edificado y para ello, se implementaron diversas “políticas de construcción nacional” que privilegiaban la identidad de un determinado grupo y lo imponían a todos los demás.³⁶

Algunas de las políticas empleadas para alcanzar esa pretendida homogeneidad fueron (y en algunos casos siguen siendo): la adopción de una lengua oficial como la única lengua nacional, y que hace de ella, la única que se emplea en la administración, los juzgados, los servicios públicos, el sistema educativo, etcétera³⁷; la abolición de cualquier tipo de sistema legal preexistente empleado por los grupos minoritarios y, en contrapartida, la edificación de uno solo, el positivizado por el Estado a través de la ley, del *codex*³⁸; medidas de asentamiento territorial para diluir el peso de los grupos minoritarios³⁹; imposición de patrones religiosos y culturales; programas de control natal y esterilización; estereotipos dirigidos contra los grupos minoritarios; el sistema educativo nacional que incorpora planes y programas de estudio dirigidos a la formación de una única identidad nacional⁴⁰; por citar sólo las más representativas.

El sistema educativo nacional reviste especial importancia al ser el instrumento utilizado por excelencia para reproducir los valores y contenidos que se conciben como “necesarios” en una determinada sociedad. En este sentido, es sabido que la educación –el qué se enseña y el cómo se enseña- es también una forma de reproducción de la ideología de una determinada clase. Así, el control del sistema educativo resultó vital para la puesta en marcha de los proyectos de homogeneidad cultural.⁴¹

³⁶ KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Trad. Francisco Beltrán. Ed. Paidós. Barcelona, 2009. Pág. 76.

³⁷ MILLER, David. *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*. Trad. Ángel Rivero. Ed. Paidós. Barcelona, 1997. Pág. 176-177.

³⁸ CLAVERO, Bartolomé. Ob. Cit. Pág. 40-41.

³⁹ KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Ob. Cit. Pág. 77.

⁴⁰ MILLER, David. Ob. Cit. Pág. 176.

⁴¹ Para una experiencia educativa desde la visión indígena, véase: BURGOS, Elizabeth. *Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia*. Siglo XXI editores. 14ª ed. México, 1997. Pág. 195-196. Asimismo, sobre la educación y sus efectos en los pueblos indígenas véase: MALDONADO SMITH, Mario. *El derecho a la educación en la niñez y adolescencia indígena de México. Análisis de un proceso*

La educación y las demás políticas de construcción nacional antes referidas, se encontraban dirigidas a la construcción artificial de una única cultura común, lo que también se denomina una “cultura societal”.⁴²

La cultura societal es esencial para que una comunidad pueda garantizar su permanencia como sujeto colectivo culturalmente distinto, pues a través de ella las personas toman elecciones entre las prácticas sociales de su entorno, en función de su creencia sobre el valor de tales prácticas.⁴³ En efecto, como señala Ronald Dworkin: “Las culturas son valiosas, no en y por sí mismas, sino porque únicamente mediante el acceso a una cultura societal, las personas pueden tener acceso a una serie de opciones significativas.”⁴⁴

Durante los procesos de construcción nacional muchas fueron las culturas que perdieron su cultura societal, terminando por ser absorbidas dentro del proyecto de homogeneidad nacional, otras tantas sobrevivieron pero mutiladas en diversos aspectos identitarios (la pérdida de la lengua vernácula, de tradiciones, mitos, etcétera, que se asumen como una profunda y dolorosa pérdida irreparable), las menos de las veces, conservaron su integridad pero ante las avasalladoras presiones globalizantes han terminado por modificar sus estructuras particulares.⁴⁵

Una vez presentadas las implicaciones que el modelo de “Estado-nación” tuvo para con las minorías nacionales, nos referiremos a continuación a las etapas o procesos históricos señalados por los teóricos del multiculturalismo.

1.1.2. Etapa de segregación

Abarca la etapa colonial en América. Se caracteriza por el desprecio para con las culturas indígenas a las que se consideraba totalmente atrasadas y bárbaras. Por

histórico. *Avances y retos*. México, 2011. Disponible online, consultado el 03/02/2014: <http://www.slideshare.net/Mariomaldonadosmith/educacion-indigena-en-mexico>

⁴² Una cultura societal es “una cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica...” KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Trad. Carme Castells Auleda. Ed. Paidós. Barcelona, 1996. Pág. 112 y 116.

⁴³ “La familiaridad con una cultura determina los límites de lo concebible. El compartir una cultura, ser parte de ella, determina los límites de lo posible.” RAZ, Joseph. “La autodeterminación de los pueblos” En: *La ética en el ámbito público*. Trad. María Luz Melon. Ed. Gedisa. Barcelona, 2001. Pág. 147.

⁴⁴ Citado en: KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ob. Cit. Pág. 120-121.

⁴⁵ David Miller señala: “...al ser las culturas constitutivas de la identidad personal, cuando la misma ha sido destruida, aquellos que la comparten se ven arrojados en un vacío cultural o bien, se ven sumergidos en un proceso de adaptación cultural, que normalmente es doloroso y confuso y raramente culmina con éxito.” MILLER, David. Ob. Cit. Pág. 111.

tanto, el objetivo a alcanzar a corto, mediano o largo plazo (dependiendo de cada lugar) estaba directamente orientado a la extinción de los pueblos indígenas.⁴⁶

Si bien es cierto que temporalmente esta etapa comprende preponderantemente el periodo colonial, debe de señalarse que con posterioridad se fueron presentando casos de políticas segregacionistas que abarcaron, inclusive, momentos del siglo XIX y XX, además de lo anterior, geográficamente también pueden apreciarse a lo largo de la historia diversas políticas segregacionistas con pueblos indígenas no americanos como ocurrió con los maoríes en Nueva Zelanda, los sami en Escandinavia y los inuit en las regiones árticas americanas.

El proceso de segregación fue distinto dependiendo de cada lugar, en unos casos la segregación consistió en el exterminio inmediato de los grupos indígenas con quienes los “conquistadores” no tenían ningún interés en dialogar o llegar a acuerdos y por tanto, la vía de las armas era la mejor opción para terminar con ellos, tal fue el caso de lo que se ha dado en llamar “guerra de Arauco” en Chile⁴⁷ y la posterior “ocupación de la Araucanía”; la represión ejercida contra el movimiento *Taqui Ongoy* en los Andes peruanos, además de la emblemática rebelión de José Gabriel Condorcanqui, mejor conocido como Túpac Amaru II⁴⁸; la llamada “conquista del desierto” en Argentina, en contra de los pueblos mapuche y tehuelche,⁴⁹ además de la “conquista del Chaco” contra los pueblos wichi, toba y mocobíe⁵⁰; la “conquista del Oeste” en Estados Unidos en contra de los nativos americanos; por citar sólo algunos casos.

Otra forma de segregación fue la sujeción de los pueblos indígenas a condiciones tales que necesariamente provocaran su extinción a mediano o largo plazo. Tales condiciones de explotación tuvieron lugar prácticamente en todos los

⁴⁶ SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena” En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura y Mauricio García Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 2004. Pág. 11.

⁴⁷ Donde la acción conquistadora hispánica encontró la más continua resistencia, basta señalar que los mapuches nunca fueron vencidos definitivamente y ante su férrea resistencia, España no tuvo otra alternativa que pactar con los indígenas reconociéndoles, después de diversos “parlamentos”, el carácter de nación y el status de autonomía territorial. Ver: CONCHA CRUZ, Alejandro. *Historia escolar de Chile*. Ed. Bibliográfica Internacional. 7ª ed. Santiago de Chile, 2003. Pág. 97-149.

⁴⁸ ROSAS, Fernando. *Breve historia general de los peruanos*. Ed. El Lector. Arequipa, 2009. Pág. 150-151 y 153-159.

⁴⁹ Se ha cuestionado la expresión “conquista del desierto” por diversos historiadores. Un Desierto es un lugar despoblado, solo, inhabitado, etc., lo que, en efecto, no constituía el territorio patagónico arrebatado por el ejército argentino a los indígenas mapuches y tehuelches que habían habitado en tales territorios desde tiempos inmemorables. Ver: PIGNA, Felipe. *Los mitos de la historia argentina 2. De San Martín a el Granero del Mundo*. Ed. Planeta. Buenos Aires, 2005. Pág. 291-327; VICAT, Mariana. *Caciques indígenas argentinos*. Ed. Libertador. Buenos Aires, 2008. Pág. 78-95 y 179-187.

⁵⁰ BRACHETTI, Ángela. *Paraguay, Biografía de un país*. Ed. Gráficas Urania. Málaga, 2005. Pág. 63-67.

rincones de las colonias españolas y portuguesas, a través de figuras como la mita, la encomienda, las misiones, los resguardos y las reducciones indígenas.⁵¹

Resultan especialmente interesantes los diversos y profundos estudios que en este periodo se realizaron acerca del *estatus* o condición del indio (también conocido en aquel entonces como *privilegia*)⁵² Como es sabido, es el estatus jurídico lo que determina el ser sujeto de imputación normativa. El indígena tenía su propio estatus en el periodo colonial, dicho estatus era el resultado de la confluencia de tres estados: el de rústico, el de miserable y el de menor.

La rusticidad implicaba una falta de participación en la cultura sin más, por lo que, no resultaba exigible a los indígenas buena parte del derecho objetivo. Se trata de una suerte de desentendimiento y abandono, de discriminación y marginamiento. El privilegio o estatus de miserable era la de aquellos que siendo incapaces de valerse por sí mismos, requerían de un amparo especial, era, por ejemplo, el caso de los indigentes, huérfanos, viudas y conversos recientes al cristianismo que aún no asimilaban del todo la religión. Como se advierte, el carácter de miserable no se refería únicamente al aspecto físico o económico sino también, e incluso fundamentalmente, a la pobreza espiritual.⁵³ La protección o amparo especial correspondía ser prestada por los misioneros de la religión y los ministros de la justicia, entre ellos al monarca como ministro supremo.

El estatus de «miserables», señalaba Fray Bartolomé de las Casas, derivaba de la falta de recursos económicos, así como de la ignorancia frente al sistema jurídico hispano y la coerción ejercida por los españoles, lo que originaba una serie de desventajas que obligaban a las autoridades coloniales a compensar el desequilibrio con alguna forma de amparo.⁵⁴

Así, a la condición de abandono (rusticidad) se sumaba la de un amparo especial (miserable). Y, junto con dichos estatus o “privilegios”, quedaba aún el de la

⁵¹ ROSAS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 119-122; SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. Ob. Cit. Pág. 11.

⁵² En especial, véase el estudio de: DE SOLÓRZANO Pereyra, Juan. *Política Indiana*. Madrid, 1647. Libro II, “En que se trata de la libertad, estado y condiciones de los indios”, Capítulo 4, parágrafo 27, en el que se indica: “En nuestros indios es forzoso que lo digamos, pues por su corta capacidad gozan del privilegio de rústicos y menores, y aún no pueden disponer de sus bienes raíces, cuánto (sic) más de sus personas y libertad... que los indios son y deben ser contados entre las personas que el derecho llama miserables”. SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan De. *Política indiana*. Secretaría de Programación y Presupuesto (SPP). Edición facsimilar tomada de la de 1776 (Madrid). México, 1979. Pág. 152.

⁵³ CUENA Boy, Francisco José. “Especialidades procesales de los indios y su sustrato romanístico” En: *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 11, 2007. Pág. 159.

⁵⁴ CUNILL, Caroline. “El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del Siglo XVI”. En: *Cuadernos intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*. Año 8, Número 9 (2011), San José de Costa Rica. Pág. 234.

«minoría». Esta figura, al igual que las anteriores, tenía una connotación distinta a la que se entiende hoy. La minoría no se encontraba condicionada por la edad sino por un carácter adscriptivo del individuo que lo inhabilitaba por una “falta evidente de capacidad”⁵⁵. En el caso de los indígenas, dicha condición se presumía sin requerir de evidencia propia y sin importar la edad que tuviera el indio en cuestión.

La minoría se encontraba más bien relacionada con una limitación de la razón humana. Si bien es cierto que los diversos concilios celebrados al respecto coincidían en que los indígenas eran al menos susceptibles de evangelización y, por tanto, portadores de un “mínimo de razón” (Véase la Bula *Sublimus Dei* del Papa Pablo III) tal carácter mínimo bastaba para diferenciarlos de los animales o de la población afrodescendiente, pero no era de tal grado que les permitiera ser considerados “gente de razón”.

La implicación fáctica de tener el *privilegia* de la minoridad se traducían en la necesidad de que al indígena, dentro del mismo ámbito familiar, se le sujetara a una relación de patria potestad o tutela ante su capacidad limitada de raciocinio y que ameritaba la referida medida para conducirse en su entorno de vida. De este modo, el indígena no gozaba de la independencia que la constitución del derecho familiar confería (con sus correlativas regulaciones del derecho de propiedad, bienes, sucesiones, etcétera). El indígena, quedaba así sometido de forma más estricta a la dependencia religiosa.⁵⁶

Queda así configurado el estado o privilegio del indígena durante la época colonial. Este conjunto de elementos permitían una construcción epistémica del indio americano, una interpretación, una visión, un enfoque de lo que debía de ser entendido por “indígena”. Curiosamente –y no podía ser de otro modo-, la construcción “indígena” se produce desde un derecho y con categorías no indígenas sino hispánicas, europeas, de un derecho impuesto. Esto es importante pues uno de los elementos que supone el multiculturalismo por-venir es precisamente el de la pluralidad de sistemas jurídicos que coexistan en un mismo Estado. La siguiente cita de Bartolomé Clavero es fulminante:

“Igual que se inventaba colonialmente América, lo mismo se produce el invento del americano... La invención ya se sabe que comenzaba con la misma palabra *indio*. Se hace con elementos que ya se tienen en la cultura propia. Así los indígenas resulta

⁵⁵ CLAVERO, Bartolomé. Ob. Cit. Pág. 11-15.

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 17-18.

que por naturaleza no eran animales ni eran tampoco esclavos, mas eran todo aquello; eran rústicos, eran miserables y eran menores y lo eran todo esto exactamente por naturaleza, sin necesidad alguna de evidencia... por presunción de derecho, de un derecho ajeno, y aplicación de cultura, de una cultura extraña... Lo mismo que el fundamento teológico, el régimen jurídico no fue objeto de invención alguna. No hubo, no podía haberla, desde el momento en que no cabía la admisión de un derecho propio indígena. La realidad descubierta se subsume en la formalidad sabida."⁵⁷

1.1.3. Etapa de asimilación

Durante esta etapa las políticas dirigidas para con los pueblos indígenas estarían directamente encaminadas a lograr dos objetivos inmediatos. El primero de ellos consistente en sumar a los indígenas (en su condición de individuos) a la sociedad mayor para de este modo incrementar cuantitativamente la cantidad de población de los nacientes Estados. Sobra decir que la incorporación se realizaba sin tomar en cuenta ni dar importancia al carácter distintivo de estos pueblos.

El segundo objetivo era concomitante con el anterior y consistía en que el proceso de incorporación viniese acompañado de políticas de construcción nacional a fin de reproducir en ellos la lengua, la cultura y la religión de la sociedad dominante para alcanzar ese mito de Estado culturalmente homogéneo.⁵⁸

Además de los objetivos antes señalados, existía un objetivo mediano a cuya consecución contribuirían los dos objetivos antes señalados. El objetivo mediano era la construcción de un Estado sólido o fuerte, capaz de resistir los embates de los intentos de reconquista emprendidos por España así como las ambiciones imperialistas de las potencias de la época. Guiados bajo estos objetivos, a la largo del siglo XIX serán aplicadas en todos los nacientes Estados latinoamericanos políticas asimilacionistas.

Como se aprecia, en esta etapa la política a seguir no es ya la extinción. El criterio que seguirán los Estados será el de las políticas de construcción nacional, (el llamado nacionalismo de Estado), encaminadas a la creación de una nación homogénea que brinde fortaleza al Estado para hacer frente a los deseos

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Lo mismo ocurrió en los nacientes Estados europeos wesfalianos, ejemplos de asimilación forzada de minorías nacionales pueden verse en las minorías étnicas de la Hungría del siglo XIX, la política del Estado turco para destruir la identidad cultural de la minoría Kurda, la avasalladora maquinaria francesa para "integrar" a las minorías vascas y bretonas, entre otras. Sobre el particular ver: MILLER, David. Ob. Cit. Pág. 112-113.

expansionistas tanto de las potencias europeas como de otros países (véanse las innumerables guerras ocurridas en toda América Latina en el caótico siglo XIX).

Ahora bien, en lo que hace al estatus del indígena durante esta etapa (también en la etapa del integracionismo), es importante señalar que formalmente se le reconoció la igual calidad jurídica frente a la de cualquier otro ciudadano del Estado, más sin embargo, en los hechos persistió la noción de persona abandonada, necesitada de protección e incapaz de valerse por sí misma. Como se advierte, en estas etapas no existe ya un estatus jurídico particular para los indios sino que, en el contexto de construcción nacional, se pretendió que todos tuviesen el mismo carácter, el de ciudadanos (a la usanza francesa de *citoyens*), sin hacer diferenciaciones que pusieran en riesgo esos procesos de homogeneización nacional.⁵⁹

Estas políticas de construcción nacional, dirigidas a la formación de un Estado sólido bajo una base de homogeneidad cultural, pueden ser advertidas en diversas leyes expedidas durante el siglo XIX y principios del XX. Así por ejemplo, en Argentina, la Constitución de 1853 señalaba como atribuciones del Congreso en su artículo 67, inciso 15: “Conservar el trato pacífico con los indios, y promover su conversión al catolicismo.”

En Colombia, la Ley 89 de 1890 (aún vigente) en su artículo 1º indica (artículo declarado inexecutable en 1996): “La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada... En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas.”

En Venezuela, la Ley No. 12.562 (Ley de Misiones de 1915) delegó en la Iglesia católica la misión de «civilizar» a los indios y de persuadirles para que adoptaran un modo de vida sedentario. En su primer artículo señalaba: “Con el fin de reducir y atraer a la vida ciudadana las tribus y parcialidades indígenas no civilizadas que aún existen en diferentes regiones de la República, y con el propósito al mismo tiempo, de poblar regularmente esas regiones de la Unión, se crean en los territorios federales...tantas Misiones cuantas sean necesarias, a juicio del Ejecutivo Federal.”

El Código Civil de Brasil de 1916, en su artículo 6, establecía que “...los salvajes deberán permanecer sujetos al régimen de tutela establecido por medio de

⁵⁹ KYMLICKA Will y Christine Straehle. Ob. Cit. Pág. 40-41.

leyes y reglamentos especiales, que cesarán en cuanto se adapten a la civilización del país” El artículo 6 fue desarrollado por medio del Decreto no. 5464, adoptado en 1928, que creaba cuatro categorías de indígenas basadas en su grado de asimilación dentro de la sociedad brasileña, evidenciada por su localización y tipo de residencia, así como por sus prácticas sociales y religiosas. Los derechos de posesión de propiedad y capacidad de derecho civil se derivaban del nivel de integración obtenido.⁶⁰

En el caso del Perú, pese a tener una Constitución de avanzada (la de 1920), su Código Penal de 1924 no era precisamente uno de los más avanzados en materia multiculturalismo. En su artículo 44 disponía: “Tratándose de delitos perpetuados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su situación especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado, que no excederá de 20 años. Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiera sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los 20 años. Un reglamento del poder ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país.”

Por si el artículo anterior no dejara bien en claro la condición del indígena en un país con una composición netamente indígena como Perú, su Código Penal aún tenía deparadas disposiciones de esta índole para con la población nativa del país. El artículo 45 precisaba: “Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a las reglas del artículo 90...”

Bolivia, pese a ser hoy día un Estado con una gran reafirmación de su composición multicultural, es también un ejemplo bastante tardío y lamentable en materia de políticas de “asimilación” indígena. El Código Penal boliviano del año 1973 señalaba en su artículo 17, sección 5, que resultaba inimputable: “...el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización...” El artículo 18 siguiente preveía la figura de la “semiimputabilidad”, respecto de la cual precisaba: “Cuando los casos a que se refiere el artículo anterior no excluya totalmente la capacidad de

⁶⁰ Anaya, James. Ob. Cit. Pág. 74.

comprender o de querer del agente, sino que la disminuyan notablemente, el juez atenuará la pena conforme al artículo 39...El juez procederá en igual forma cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción.”⁶¹

Como se advierte con claridad, en la etapa de asimilación existía una “razón superior de Estado” por la que los indígenas debían de ser incluidos (asimilados forzosamente) a la sociedad mayor. Sin embargo, sus lenguas y culturas seguían siendo consideradas bárbaras, atrasadas y un obstáculo para el desarrollo nacional⁶², por tanto, su cultura debía de desaparecer para permitir a la nación alcanzar el tan anhelado “progreso”.

1.1.4. Etapa de integración

Después del transcurso de años turbulentos (prácticamente todo el siglo XIX para los nacientes Estados latinoamericanos), primó la idea paternalista de que los indígenas necesitaban de cuidados especiales, y si bien rondaba el criterio de respeto al ser humano, la concepción imperante fue “la importancia de «guiarlos» para que pudieran sumar a sus planes de vida las ventajas del desarrollo”.⁶³

Esta etapa representó un gran avance con respecto a las anteriores en el sentido de una “humanización” de la conciencia nacional e internacional para con los indígenas. Ante sus condiciones de extrema pobreza y desigualdad, se asumió, por parte de los Estados, que la causa de tal desigualdad se encontraba en la propia cultura indígena a la que se siguió considerando atrasada (el llamado “problema indígena”). Por esta razón, la política a seguir (el llamado indigenismo) consistió en desplazar toda una estructura gubernamental que permitiera la “integración” de los

⁶¹ Nota: Respecto de la inimputabilidad precisada para el caso de las personas indígenas, lo que se cuestiona no es el trato diferenciado por el desconocimiento del orden jurídico estatal, sino el presupuesto de que por ser indígena se encuentra el individuo en una situación de aparente “inferioridad”. Zaffaroni propone para estos casos la idea del “error de comprensión”. Indica que cuando la dificultad para la comprensión de la antijuridicidad está condicionada culturalmente, se plantea una situación en donde el error de prohibición se torna invencible. Indica que “...el error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o se hallan en estado peligroso. Esta posición, es hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas... el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena...” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Tomo IV. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1999. Pág. 202.

⁶² Una de las obras de la literatura universal que expresa claramente la idea de Civilización (cultura europea) contra la barbarie (culturas nativas: el indio y el gaucho), es el “Facundo”, también conocido como “Civilización y Barbarie” de Domingo Faustino Sarmiento. Ver: SARMIENTO, Domingo Faustino. *Civilización y barbarie: vida de Juan Facundo Quiroga*. Porrúa, 8ª ed. México, 1991.

⁶³ RAMÍREZ, Silvina. Ob. Cit. Pág. 33.

indígenas a la sociedad mayor para que pudieran disfrutar de los “beneficios” que dicha sociedad les tenía reservados.

Esta etapa comprende aproximadamente las dos terceras partes del siglo XX, se caracteriza por las políticas paternalistas asumidas por diversos Estados dentro de lo que se conoce como indigenismo.⁶⁴

A nivel internacional, en esta etapa se adopta el “Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes de 1957”⁶⁵. La OIT, una agencia especializada anterior y posteriormente afiliada a Naciones Unidas, adoptó el referido Convenio y la recomendación 104 vinculada al mismo, como resultado de una serie de estudios y reuniones en las que por cierto no participaron representantes de los pueblos indígenas.⁶⁶

Este convenio es la más clara expresión del paternalismo a nivel internacional, para muestra basta leer su preámbulo, en uno de sus primeros párrafos se indica: “Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población...”

El Convenio 107 de 1957 surge con el noble propósito de proteger a los pueblos indígenas frente a la precaria situación en que se encontraban en todo el mundo. Respondió a las necesidades concretas que en ese momento histórico existían, lo cual representa un mejoramiento substancial, dando muestra de la evolución que se ha dado con el transcurrir del tiempo. Lamentablemente, el Convenio siguió considerando a la cultura indígena como atrasada y, por tanto, se encaminó a

⁶⁴ El indigenismo buscaba mediante los aportes de la ciencia antropológica conocer las culturas indígenas para promover más fácilmente su “integración” a la sociedad mayor. Se asumía que el “problema indígena” era un problema netamente cultural y que, por tanto, para ser considerado mexicano, colombiano, peruano, etc., antes debía dejarse de ser indígena. YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”. En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. ILSA. Bogotá, Pág. 20-21.

⁶⁵ Este convenio fue ratificado por 27 Estados: 14 Americanos: Argentina (1960), Bolivia (1965), Brasil (1965), Colombia (1969), Costa Rica (1959), Cuba (1958), Ecuador (1969), El Salvador (1958), Haití (1958), México (1959), Paraguay (1969), Panamá (1971) Perú (1960), República Dominicana (1958); 6 Africanos: Angola (1976), Egipto (1959), Ghana (1958), Guinea-Bissau (1977), Malawi (1965), Túnez (1962); 5 Asiáticos: Bangladesh (1972), India (1958), Iraq (1986), Pakistán (1960), Siria (1959) y; 2 Europeos: Bélgica (1958) y Portugal (1960). Consultado en la página oficial de la OIT el 02-03-14: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312252

⁶⁶ ANAYA, James. Ob. Cit. Pág. 88-89.

lograr la integración de los pueblos indígenas a la sociedad mayor en la que se encontraban inmersos.

En esta etapa cabe destacar tempranos avances desde el plano interno en algunos países de la región –las excepciones-. Así tenemos que en el caso de México, la Constitución de 1917 siguió manteniendo en el anonimato a la población indígena pero sus artículos 27 y 123 de algún modo tenían como destinatario principal a la población indígena de nuestro país. Así, se explica cómo en el artículo 27, además de la propiedad privada –ahora condicionada al interés social- se admitía e incluso promovía la propiedad comunal.⁶⁷

El caso del Perú resulta ser sumamente excepcional. Tanto en su Constitución de 1920 como en la de 1933, reconoció expresamente la presencia indígena en el país. En su artículo 58, la Constitución de 1920 indicaba:

“El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”

Resulta sumamente adelantada la anterior disposición pues lejos de buscar la asimilación forzada, el artículo en cuestión pretende se proteja a los indígenas conforme a sus propias necesidades. Además, para efectos de este trabajo de investigación, el artículo en cita es sumamente importante pues es un signo inequívoco de pre-constitucionalismo multicultural al reconocerse –constitucionalmente- una cultura distinta con características propias, e incluso derechos colectivos diferenciados, al interior de un mismo Estado.

La Constitución de 1933 no se quedó atrás con respecto a su predecesora pues reconoció personalidad jurídica a las comunidades indígenas (artículo 193.9); se garantizó la integridad de la propiedad que poseen (artículo 208) declarándola imprescriptible, inembargable e inenajenable (artículo 209) y; se previeron “peculiaridades jurídicas” adaptables para los indígenas en materia civil, penal, económica, educacional y administrativa. Si bien es cierto, en todos los casos se sujetaron tales derechos a la legislación que al efecto se emitiera, también lo es que

⁶⁷ CLAVERO, Bartolomé. Ob. Cit. Pág. 47.

este evento constituye *per se* un caso sui generis de gran avanzada dentro del constitucionalismo multicultural.⁶⁸

1.1.5. Etapa multiculturalista

Es por la que transitamos, actualmente se encuentra en un periodo aún embrionario pero cuyas características son ya notables e indiscutibles. Su signo distintivo es el reconocimiento de la diversidad cultural en el igual valor y dignidad de todos los pueblos, tanto a nivel internacional, como al interior de cada Estado. En este sentido, implica un cambio de presupuesto fundamental al reconocerse que no existen Estados homogéneos sino que, por el contrario, se afirma y promueve el carácter pluriétnico de la inmensa mayoría de los Estados.

Existe un creciente número de democracias occidentales que han abandonado en los últimos años esa falsa ilusión o mito de un Estado monoétnico, para pasar a asumir un rol realista, el de un Estado multicultural.⁶⁹

Pero el multiculturalismo no surgió de la nada, no fue una respuesta espontánea ante las diversas necesidades de las minorías nacionales. El multiculturalismo ha sido el producto de un largo proceso, cuyas etapas de avance gradual hemos mencionado ya, en el que se han amalgamado diversos factores y que ha respondido a diversos eventos.

En particular, y pese a una reducción extrema, consideramos que tres fenómenos han resultado claves para el surgimiento del interés en proteger a las minorías étnicas. El primero de ellos es el fenómeno de la descolonización africana, el segundo los movimientos indígenas de la década de los 80's y 90's en Latinoamérica⁷⁰ y, el tercero, los conflictos étnicos suscitados en Europa Oriental tras la desintegración del bloque soviético.

⁶⁸Años después, Guatemala continuó esta tendencia en su Constitución de 1945 (consagrando derechos indígenas en su artículo 83), aunque en una línea demasiado tenue.

⁶⁹ Un caso interesante es el de varios países europeos que, con motivo de la creación de la Unión Europea (UE), han dejado atrás ese viejo modelo de homogeneidad, hasta tal grado que a partir de 1993, un requisito que exige la UE para poder ingresar a la misma, es el respeto por los derechos de las minorías. En 2004, el respeto a las minorías fue declarado como uno de los valores fundamentales de la UE en su fallido proyecto de Constitución. Asimismo, ha declarado que el respeto por los derechos indígenas es una condición para que los países en vías de desarrollo reciban de la UE ayuda para el desarrollo. KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Ob. Cit. Pág. 51.

⁷⁰ Para profundizar en estos movimientos: VAN Cott, Donna Lee. *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*. University of Pittsburgh Press. Pittsburgh, USA. 2000.

A partir de la década de los años 60, tuvo lugar un fuerte proceso de descolonización en el continente africano impulsado desde la comunidad internacional a través de instituciones como el Consejo de Administración Fiduciaria de Naciones Unidas. Este proceso llevó a la independencia de un elevado número de Estados – antes colonias de países europeos- impulsado fundamentalmente bajo el principio de la libre determinación de los pueblos (al que, por cierto, le fue aplicado por la comunidad internacional la “tesis del agua salada” para evitar que tal derecho fuera reivindicado por pueblos como los indígenas⁷¹).

La libre determinación de los pueblos es un derecho que posibilita el ejercicio de la autoafirmación para elegir la propia forma de vida como pueblo⁷², a ser como se quiera sin interferencias ajenas. Este derecho fue reivindicado como sustento de legitimación de los nacientes Estados africanos quienes amparados en el mismo demandaron su derecho a la diferencia cultural. Frantz Fanon resumía la reivindicación a la diferencia cultural de la siguiente manera: “Si queremos transformar a África en una nueva Europa, a América en una nueva Europa, confiemos entonces a los europeos los destinos de nuestros países... Pero si queremos que la humanidad avance con audacia... entonces hay que inventar, hay que descubrir. Si queremos responder a la esperanza de nuestros pueblos, no hay que fijarse sólo en Europa.”⁷³

De este modo y, como menciona Joseph Raz, las políticas multiculturales que reivindicaban el derecho a la diferencia cultural -fundadas en la libre determinación de los pueblos- germinaron como un subproducto de los movimientos de descolonización.⁷⁴

En gran parte influidos por los movimientos de descolonización, fueron surgiendo en este mismo periodo, y luego consolidándose, movimientos de colectivos indígenas que bajo el estandarte de la libre determinación reivindicaron su derecho a la diferencia cultural. En este punto, es importante distinguir que a diferencia de los movimientos de descolonización africanos, los indígenas -salvo rarísimas

⁷¹ Esta tesis limita el concepto de “colonia” a los territorios ultramarinos de las metrópolis sujetando el derecho a la autodeterminación solamente a los territorios coloniales así considerados, dejando, por tanto, fuera a los pueblos indígenas. Esta tesis se plasmó en la resolución 1541 (XV), de 15 de diciembre de 1960 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (principio IV). Más tarde, Naciones Unidas reconocería en incontables ocasiones que los pueblos indígenas son también titulares de este derecho. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable a los pueblos indígenas. Ver: UN. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá*. CCPR/C79/Add.105.

⁷² HABERMAS, Jürgen. “Ciudadanía e identidad nacional” Ob. Cit. Pág. 641.

⁷³ FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. Trad. Julieta Campos. Fondo de Cultura Económica. México. 2009. Pág. 291-292.

⁷⁴ RAZ, Joseph. “Multiculturalismo: una concepción liberal” En: *La ética en el ámbito público*. Ob. Cit. Pág. 147.

excepciones- no han planteado la independencia al interior de los Estados en los que se encuentran, por el contrario su demanda central ha sido el respeto hacia sus formas tradicionales de vida y el reconocimiento de derechos colectivos inherentes a su condición de pueblos, no así la reivindicación de un derecho a la secesión o a la independencia.

De este modo, primero en la década de los 60 y con mayor fuerza en los 70, los movimientos indígenas comenzaron a articularse logrando en poco tiempo conformar redes cada vez más sólidas y organizadas ejerciendo presión tanto en el ámbito interno de los Estados como en el externo de la comunidad internacional. Ello puede advertirse en diversas conferencias y pronunciamientos realizados en este periodo: la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación de las Poblaciones Indígenas en América, celebrada en Ginebra (1977), y organizada por el Subcomité sobre el Racismo, la Discriminación Racial, el Apartheid y el Colonialismo, de carácter no gubernamental; las celebraciones periódicas de la Conferencia Circumpolar Inuit (la primera desde 1977); la formación del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (fundado en 1975); entre otras.⁷⁵ Es importante señalar que por primera vez, y a diferencia de ocasiones anteriores, en estas reuniones la principal fuerza motora de participación fueron los propios pueblos quienes hablaron a nombre propio exteriorizando sus reales demandas y no aquellas que “supuestamente” les correspondían cuando los Estados hablaban “a nombre” de ellos.

Ahora bien, recordemos que con motivo de la gran condición de precariedad en que se encontraban los diversos pueblos indígenas, la OIT elaboró su Convenio 107 en 1957 bajo una clara preocupación humanitaria, a fin de que dichos pueblos pudieran ser integrados a la sociedad mayor y, así disfrutar de los beneficios que dicha sociedad “les tenía deparados”. Este Convenio, con el paso de los años, experimentó diversas críticas por parte de diversas ONG’S y de los propios pueblos indígenas que organizados ejercieron una fuerte presión. Hacia la década de 1980, las políticas paternalistas y asimilacionistas se convirtieron en algo problemático,⁷⁶ el Convenio 107 no resistió más la crítica demoledora de su proyecto integrador por lo que se tomó la decisión de reescribirlo. Entre 1987 y 1988 el Convenio es revisado, con la

⁷⁵ ANAYA, James. Ob. Cit. Pág. 92-93.

⁷⁶ No obstante que las políticas paternalistas buscaban la integración de los indígenas a la sociedad mayor, las mismas permitieron a los colectivos indígenas reconstituirse y, posteriormente levantar reivindicaciones de carácter político y étnico que los llevaron a cuestionar el modelo tutelar. Ver: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Ob. Cit. Pág. 22.

participación indígena, y el veintisiete de junio de 1989, la OIT adopta uno nuevo: el Convenio N^o. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.⁷⁷

En su preámbulo, la OIT declaraba que había llegado la hora de adoptar nuevos estándares internacionales con objeto de “eliminar la orientación asimilacionista de los estándares anteriores” y de “reconocer las aspiraciones de estos pueblos a ejercer el control sobre sus propias instituciones”.

Este nuevo Convenio sienta una relación diferente entre el Estado y los pueblos indígenas además viene a cubrir toda una variedad de derechos específicos para los pueblos indígenas entre los que hay demandas territoriales, derechos lingüísticos, de participación, consulta, educación y derechos consuetudinarios.

Finalmente, el tercer evento que consideramos resultó clave para la génesis del multiculturalismo como política a adoptar por los Estados, fueron los conflictos étnicos suscitados en la Europa Oriental durante la década de los 90.⁷⁸ El ejemplo más evidente fue Yugoslavia, pero no fue el único, tales conflictos estallaron en la mayor parte de los Balcanes, en el Cáucaso y en otras zonas del globo (como Ruanda).

Como es sabido, el régimen soviético buscó una homogeneidad cultural entre las diversas naciones que fueron anexadas al bloque socialista. Lo anterior derivó en no pocas disputas por la autonomía local, el trazado de fronteras, derechos lingüísticos y demandas de reivindicación nacional, sumiendo a la región en constantes conflictos violentos. Por lo anterior, no es raro que desintegrado el régimen soviético, a comienzos de la década de los 90, en las antiguas naciones anexadas surgieran férreos nacionalismos como el lituano, ucraniano y bielorruso. La siguiente cita de Kymlicka ejemplifica lo señalado:

“La identidad nacional, para Lenin, nada tenía que ver con una historia compartida, o con el valor de participar en las tradiciones culturales y revisarlas. Simplemente era un recipiente vacío que podía llenarse con contenido comunista. Más adelante Stalin resumió esta doctrina como «nacional en la forma, socialista en el

⁷⁷ Hasta mayo de 2014, ha sido ratificado por 22 Estados: 15 americanos: Argentina (2000), Bolivia (1991), Brasil (2002), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica (1993), Dominica (2002), Ecuador (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Nicaragua (2010), Paraguay (1993), Perú (1994), Venezuela (2002); 1 asiático: Nepal (2007); 1 país de Oceanía: Fiji (1998); 4 Europeos: Dinamarca (1996), España (2007), Noruega (1990), Países Bajos (1998) y; 1 africano: República Centroafricana (2010). Consultado en la página oficial de la OIT el 03-05-14. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Ob. Cit. Pág. 61-62; PHILLIPS, Anne “¿Qué tiene de malo la democracia liberal?” En: *Género y teoría política*. Trad. Isabel Vericat. UNAM. México, 1996. Pág. 163.

contenido». No hace falta decir que esta estrategia fue un fracaso, tanto para fomentar el socialismo como para respetar las culturas minoritarias.”⁷⁹

A principios de la década de los años 90, tuvo lugar una escalada de conflictos étnicos en diversos países poscomunistas y poscoloniales. Ante ello, la comunidad internacional se embarcó en la necesidad de difundir nuevas ideas y normas en materia de relaciones entre el Estado y las minorías. En este caso, la decisión de fondo fue tomada ante una amenaza para la paz y la estabilidad internacional, o mejor dicho, ante el miedo apocalíptico a un conflicto étnico imparabile que se contagiara a Europa occidental y otras zonas del planeta.⁸⁰

Con estos eventos históricos (la descolonización africana, el fortalecimiento de los movimientos indígenas y el proceso de balcanización en Europa Oriental), el “problema” de las minorías nacionales paso a ocupar el primer lugar de la agenda política internacional. A partir de ello es como se explica la adopción del Convenio 169 de la OIT en 1989; la creación del proyecto “Diversidad étnica y políticas públicas” de Naciones Unidas en 1991; la adopción en 1991 de la Directiva Operacional 4.20 sobre pueblos indígenas por parte del Banco Mundial⁸¹; la creación de una Iniciativa para la Resolución de Conflictos y Etnicidad (INCORE) en la Universidad de las Naciones Unidas; la adopción de un texto definitivo, en 1993, para el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por parte del Grupo de Trabajo creado por Naciones Unidas; la declaración del año 1993 como el “Año Internacional para las Poblaciones indígenas del Mundo” y el “Decenio Internacional” sobre el mismo tema, ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas; así como las múltiples reformas Constitucionales realizadas en diversos países del mundo (principalmente latinoamericanos) desde finales de los años 80.⁸²

⁷⁹ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ob. Cit. Pág. 106.

⁸⁰ La Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa (OSCE), en 1990 afirmó que el status y el trato otorgado a las minorías nacionales “*son causa de legítima preocupación internacional y, en consecuencia, no constituyen exclusivamente un asunto interno del Estado respectivo*” *Ibidem*. Pág. 187.

⁸¹ En esta directiva, el Banco Mundial da cuenta del papel que dicha institución tiene para con los pueblos indígenas. El punto 6 de la directiva señala: “el objetivo general del Banco en relación con los pueblos indígenas... es asegurarse que el proceso de desarrollo promueva el respeto hacia su dignidad, derechos humanos y singularidad cultural” y el punto 8 indica: “... la política del Banco es que la estrategia para tratar los asuntos referidos a pueblos indígenas debe estar basada en la participación informada de los propios pueblos indígenas. De esta manera la identificación de las preferencias locales a través de la consulta directa, la incorporación del conocimiento indígena en los enfoques de los proyectos y la utilización de especialistas desde una etapa inicial son actividades centrales para cualquier proyecto que involucre a los pueblos indígenas y sus derechos sobre recursos naturales y económicos”. ANAYA, James. Ob. Cit. Pág. 118-119.

⁸² Si bien es cierto que los países latinoamericanos destacan por la recepción que han hecho de políticas multiculturales, debe de señalarse que no son exclusivas de ellos, otras tantas democracias han seguido posturas multiculturales como Canadá que reconoció los derechos aborígenes en su Constitución de 1982 [en Canadá se distinguen tres grupos nacionales distintos; ingleses, franceses y aborígenes. Los aborígenes a su vez, se engloban en tres categorías que son: Primeras Naciones (indígenas), inuit (esquimales) y métis. Las Primeras Naciones, a su vez, son más de 50 pueblos distintos en Canadá];

A nivel regional, los citados fenómenos también permiten explicar la adopción de medidas como el inicio de trabajos (1989) para la adopción de una declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas por parte de la Organización de Estados Americanos (aún pendiente de aprobarse) y los trabajos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para desarrollar el concepto de indígena en África y estudiar las implicaciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para las comunidades indígenas (2000).⁸³

A propósito de lo anterior, también deben señalarse los más recientes avances en materia indígena a nivel internacional: el establecimiento de un “Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas” dentro de las Naciones Unidas (su primera sesión tuvo lugar en mayo de 2002); la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre del 2007⁸⁴ y; la realización de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas en septiembre de 2014.

Todo lo anterior, da muestra del interés cada vez mayor de los Estados por promover políticas multiculturales como modelos dignos de adoptar. No quisiera terminar esta sección sin antes señalar el contexto globalizador en el que las luchas sociales de África, Europa Oriental y Latinoamérica han tenido lugar pues hoy, como nunca antes, asistimos a un fenómeno de eliminación de fronteras -tanto territoriales como ideológicas- en el que los avances en las telecomunicaciones, ciencias, economía y demás, han hecho en cierto sentido cada vez más pequeño al mundo y

Australia, con la “decisión de Mabo” por la que reconoce derechos territoriales en favor de los aborígenes australianos; en Noruega y Suecia con la creación en 1989 del parlamento sami (indígenas lapones); en Groenlandia con el desarrollo del “gobierno doméstico” (autogobierno) para los inuit desde 1979; en Japón con los ainus (o utaris como prefieren ser llamados) quienes desde 2008 son reconocidos como “un pueblo indígena con su propia lengua, religión y cultura” además de contar con representación parlamentaria; En Nueva Zelanda con la representación parlamentaria garantizada a los maoríes, así como el reconocimiento del maorí como idioma oficial del Estado (junto con el inglés); en Estados Unidos con las leyes y sentencias judiciales que reconocen los derechos de autodeterminación de las tribus indias, sus derechos lingüísticos y de autogobierno (tanto a indígenas como a Chamorros y Hawaianos en sus respectivos territorios). Es importante señalar que desde 1968 fueron reconocidos estatutariamente derechos de autogobierno, entre ellos la jurisdicción originaria indígena, en la *Indian Civil Right Act (ICRA)*; Ver: Comisión de Derechos Humanos. *Informe anual a la Comisión de Derechos Humanos. “Los derechos humanos y las cuestiones indígenas”*. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen. E/CN.2005/88, 6 de enero de 2005. Pág. 11-16; KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Ob. Cit. Pág. 81; KYMLIKA Will, *Ciudadanía multicultural*. Ob. Cit. Pág. 27; CLAVERO, Bartolomé, Ob. Cit. Pág. 30.

⁸³ ANAYA, James. Ob. Cit. Pág. 116.

⁸⁴ La Declaración fue aprobada por una mayoría de 144 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania). RODRIGUEZ, Gloria Amparo. “Breve reseña de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas colombianas”. En PARDO SCHLESINGER, Cristina y Carlos Parra Durán (editores). *Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2006. Pág. 200.

más relativa la propia existencia humana, como señala Bauman, hoy “todo lo sólido se desvanece en el aire”.⁸⁵

Estos fenómenos han tenido efectos diversos, por un lado, la globalización de una determinada forma de entender la vida: la occidental y, particularmente la de los Estados Unidos de América colocando a las demás opciones o alternativas culturales en una situación de gran vulnerabilidad que las conduce a una irremediable modificación identitaria que, en no pocos casos, pudiera derivar en su extinción.

Este último fenómeno ha tenido un efecto correlativo no previsto, toda vez que para no verse diluidos en una cultura universal, los localismos han hecho acopio de las propias herramientas empleadas por el fenómeno globalizador a efecto de que los localismos también puedan ser colocados en la esfera internacional y reivindicar desde ella su reclamo de respeto a la identidad cultural. Ello, coloca a la globalización curiosamente bajo lo que supondría un “potencial emancipatorio”.⁸⁶

Aunado a ello, también es evidente que el actual modelo neoliberal es precisamente el que ha sumido en una de las peores crisis políticas, económicas y sociales a la humanidad. La globalización, nuevamente ha contribuido a que esos “localismos” cobren especial importancia y sean considerados como una posible alternativa de rumbo ante el más despiadado de los capitalismo que recuerde la historia. En una forma metafórica, Boaventura de Souza llama “epistemologías del sur” a todas aquellas formas de entendimiento del mundo no occidental que han sido históricamente excluidas y marginadas y que, en la actualidad se posicionan como vías alternativas que permitan a la humanidad un nuevo orden mundial fundado en la solidaridad y el mutuo entendimiento.⁸⁷ El multiculturalismo es una de esas epistemologías del sur que recobra lo mejor de cada una de las culturas globales en un marco de mutuo entendimiento y comprensión.

En este apartado nos hemos limitado únicamente a explicar el proceso histórico que ha llevado a la génesis del modelo multicultural de Estado, en las siguientes secciones haremos referencia en forma más pormenorizada a las implicaciones del multiculturalismo, así como su relación con la Constitución y el Estado de derecho para exponer el “constitucionalismo multicultural”, pero antes nos referiremos

⁸⁵ Ver: MARSHALL, Berman. *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Trad. Andrea Morales Vidal. Siglo XXI Editores. 17 ed. México, 2008. Pág. 1.

⁸⁶ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” *Revista Análisis Político*. No. 31. Mayo/Agosto 1997. IEPRI, Universidad Nacional de Colombia. Pág. 2-5.

⁸⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Una epistemología del sur*. CLACSO-Siglo XXI editores. México, 2009. Pág. 31-40.

brevemente a cómo se desarrollaron las etapas antes descritas en el caso particular del Estado mexicano.

1.2.6. Proceso seguido en México

Durante el Virreinato de la Nueva España, la población indígena fue objeto de la política segregacionista, si bien es cierto que no se aplicaron políticas tan drásticas como las de otros países (Vgr. Argentina, Chile o los Estados Unidos), no obstante, los efectos que a corto y mediano plazo se tuvieron repercutieron de forma semejante en la disminución de la población nativa. De acuerdo con datos de Guillermo Marín, se calcula que en el periodo de 1521 a 1621, en la Nueva España murieron cerca de 20 millones de indígenas. Esta información es concordante en su magnitud con otras fuentes, como la presentada por Tzvetan Todorov quién indica que en México, a la llegada de los españoles se calculaba la población indígena en alrededor de 25 millones y para el año de 1600 sólo de apenas un millón.⁸⁸

Cabe señalar que durante las luchas por la independencia, la población indígena desempeñó un papel trascendental pues constituía el grueso de los ejércitos insurgentes, habiéndose incorporado a tal bando bajo la ilusión de recuperar sus antiguos territorios y obtener mejores condiciones de vida⁸⁹. Por tanto, durante las luchas libertarias y durante los primeros años de vida independiente, los indígenas fueron “asimilados” (con diversos momentos de resistencia) a la sociedad mayor⁹⁰ a fin de, por un lado, lograr la homogeneidad cultural que el naciente estado requería y, por el otro, a fin de contar con una población lo suficientemente fuerte, e integrada, capaz de hacer frente tanto a los deseos expansionistas de las potencias de la época, como a las propias tensiones internas entre los Estados de la república que en no pocos casos colocaron al país al borde de la secesión.

El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, establecieron expresamente una previsión constitucional en relación a los indígenas, a través del sujeto “*tribus de indios*”. Los artículos 13 fracción X y 50 fracción XI respectivamente, de los ordenamientos mencionados,

⁸⁸ MARÍN, Guillermo. *Historia verdadera del México profundo*. Instituto de Estudios Superiores de Oaxaca (IESO), Oaxaca, 1997. Pág. 166; TODOROV, Tzvetan. *La conquista de América. El problema del otro*. Trad. Flora Botton Burlá. Siglo XXI editores. 2ª ed. México, 1998. Pág. 144.

⁸⁹ CHÁVEZ Padrón, Martha. *El derecho agrario en México*. Porrúa, 19a. ed. México, 2010. Pág. 193.

⁹⁰ Así por ejemplo, el Estado de Occidente (hoy Sonora) en su Constitución de 1825 disponía que los derechos de ciudadanía se perdían (artículo 28): “por tener costumbre de andar vergonzosamente desnudo: pero esta disposición no tendrá efecto con respecto a los ciudadanos indígenas, hasta el año de 1850...” Con lo anterior, se dejaba entrever el propósito del Estado de Occidente de que para 1850 se modificaran los hábitos culturales indígenas en su territorio. CLAVERO, Bartolomé. Ob. Cit. Pág. 30.

confirieron facultades al Congreso General para arreglar el comercio entre la propia federación y entre los diferentes Estados federados y las tribus de indios.⁹¹

Como lo señalamos párrafos atrás, esta previsión no fue resultado de la inventiva de nuestro Congreso Constituyente sino resultado de la traslación de la misma clausula prevista en la Constitución de los Estados Unidos de América (artículo primero, octava sección, numeral tres).

De este modo, y sólo de manera accidentada fue reconocido el estrato indígena de nuestro país en el texto constitucional de 1824. De aquí hasta 1992 ninguna referencia constitucional se realizó al tema, para el constitucionalismo mexicano –y el de muchos países, salvo rarísimas excepciones- la distinción cultural era sencillamente improcesable, incompatible para un sistema fundado en el liberalismo clásico que pregonaba la igualdad sin más de todas las personas, sacrificando así el principio de justicia material expresado en la máxima “en el contexto concreto, lo igual ha de ser tratado de forma igual y lo desigual de forma desigual”.⁹²

El problema no se reducía a la simple negación constitucional, había que hacer frente al problema fáctico que la simple abstracción jurídica no podía evitar: la existencia de una composición eminentemente multicultural que constituía el sustrato básico de nuestro país. Frente al “derecho mexicano” la realidad imponía lo que se consideraba un “no-derecho” pero si un sistema de normas que coexistían con el “positivo” del Estado y que pese a no ser constitucionalmente reconocido, delineaba los designios de los propios indígenas y de sus relaciones con el Estado.

Al igual que como antes referimos, en relación al pensamiento que sobre los indígenas tenían intelectuales de la época, también en el caso mexicano existieron voces encontradas. Así tenemos a dignas excepciones que en los momentos determinantes para la configuración jurídica y política de nuestro país, cuestionaron la exclusión que de los indígenas se hacía.

Ignacio Ramírez, durante los debates del Congreso Constituyente de 1856, cuestiono la “ficticia” división que se hacía de nuestro territorio nacional, fundada en aspectos arbitrarios, desconociendo toda realidad natural, territorial y poblacional. En palabras del nigromante:

⁹¹ Ídem.

⁹² HABERMAS, Jürgen. “Paradigmas del derecho” En: *Facticidad y validez*. Ob. Cit. Pág. 499.

“Entre las muchas ilusiones con que nos alimentamos, una de las no menos funestas es la que nace de suponer en nuestra patria una población homogénea. Levantemos ese ligero velo de la raza mixta que se extiende por todas partes y encontraremos cien naciones que en vano nos esforzaremos hoy por confundir en una sola... Muchos de esos pueblos conservan todavía las tradiciones de un origen diverso y de una nacionalidad independiente y gloriosa. El tlaxcalteca señala con orgullo los campos que oprimía la muralla que lo separaba de México. El yucateco puede preguntar al otomí si sus antepasados dejaron monumentos tan admirables como los que se conservan en Uxmal. Y cerca de nosotros, señores, esa sublime catedral que nos envanece descubre menos saber y menos talento que la humilde piedra que en ella busca un apoyo conservando el calendario de los aztecas... ¿Queréis formar una división territorial estable con los elementos que posee la nación? Elevad a los indígenas a la esfera de ciudadanos, dadles una intervención directa en los negocios públicos, pero comenzad dividiéndolos por idiomas; de otro modo no distribuirá vuestra soberanía sino dos millones de hombres libres y seis de esclavos. Y si nada dice a la comisión lo que llevo expuesto, dirija siquiera sus miradas a la agitación en que se encuentra la República; Cuernavaca y Morelos quieren pertenecer al estado de Guerrero... Tabasco pide posesión de su territorio presentando títulos legales. Sinaloa reclama a Tamazula... La nación mexicana no puede organizarse con los elementos de la antigua ciencia política, porque ellos son la expresión de la esclavitud y de las preocupaciones; necesita una Constitución que le organice el progreso, que ponga el orden en el movimiento. ¿A qué se reduce esta Constitución que establece el orden en la inmovilidad absoluta? Es una tumba preparada para un cuerpo que vive...”⁹³

La admirable reflexión del nigromante fue, por desgracia, sólo una de las pocas excepciones que durante los procesos de construcción nacional en nuestro país se dieron y que poco incidió para modificar los designios de homogeneización. Así, durante el siglo XIX el modelo imperante para con los indígenas sería el asimilacionista en virtud del cual y bajo la ilusión de crear un Estado homogéneo, serían aplicadas diversas políticas de construcción nacional a fin de establecerse una sola lengua, una sola religión y una sola cultura en el territorio nacional.

A principios del siglo XX, con motivo de la Revolución Mexicana, la situación parecía mejorar para los indígenas, al incluirse sus clamores junto con los de los obreros y campesinos. Entre los múltiples programas ideados por los líderes

⁹³ ZARCO, Francisco. *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente [1856-1857]*. El Colegio de México-FCE. México, 1956. Pág. 469-471. Discurso de julio 7 de 1856.

revolucionarios, no existió alguno en el que la principal consigna no fuera la reivindicación de la tierra en favor de sus propietarios originarios.⁹⁴

Son indiscutibles los logros alcanzados con la Revolución Mexicana. La Constitución de 1917 cambió el paradigma del modelo liberal por el de un Estado social de derecho con la máxima impuesta de justicia social para con las clases más desprotegidas: obreros y campesinos.⁹⁵ Ello se refleja en el artículo 123, en el 27 y en el 3o Constitucional. En este sentido, nuestro país dio comienzo a una nueva era en el constitucionalismo, el social, con el propósito de superar el individualismo hegemónico del siglo XIX.⁹⁶

Respecto del 27 Constitucional, la función social de la propiedad buscó terminar con los latifundios y los excesos que se cometían en contra de la clase campesina, para ello, la propiedad debía corresponder originariamente a la nación y así evitarse los abusos por parte de patrones y latifundistas. De este modo, y como una reivindicación hacia la sociedad agraria mexicana se reconoció la existencia de un régimen comunal, social, que curiosamente coexistía con el de la propiedad privada y que se encontraba supeditado en todo momento al interés público.⁹⁷

No obstante los nobles deseos subyacentes en la Revolución Mexicana, la realidad es que los pueblos indígenas, por su condición de sujetos colectivos, requerían (y requieren) de condiciones particulares atentas a su propia naturaleza, a fin de garantizar su permanencia como grupo. La figura del ejido resultó una posible alternativa pero con el transcurso del tiempo resultó ser insuficiente. El problema de fondo es que a las demandas indígenas nunca se les dio su particular importancia, nunca se consideró que los indígenas, como tales, tuvieran propios y exclusivos problemas sino que por el contrario, sus demandas fueron diluidas dentro de las demandas de la clase campesina. Por parte del Estado se consideró que solucionando las demandas campesinas, necesariamente se solucionarían las demandas indígenas, asumiendo (falsamente) que uno y otro (indígenas y campesinos) resultaban ser lo mismo.

⁹⁴ FABILA, Manuel. *Cinco siglos de legislación agraria en México*. Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México (CEHAM). México, 1981. Pág. 250-253.

⁹⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Introducción a la historia del derecho mexicano*. Ed. Esfinge. 18ª ed. México, 2006. Pág. 208.

⁹⁶ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Ob. Cit. Pág. 20-21.

⁹⁷ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. "Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México". En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. *Constitución y derechos indígenas*. IJ-UNAM. México, 2002. Pág. 123.

En 1940, con el Congreso de Pátzcuaro en México, los Estados latinoamericanos abordan el llamado “problema indígena” a través de la creación del Instituto Indigenista Interamericano. Para hacer frente al “problema”, los Estados adoptaron políticas integracionistas, con lo cual hacían denotar que su propósito era el “integrar” o incorporar a los indígenas a la sociedad mayor. Se asumió que el “problema indígena” era un problema netamente cultural, que se encontraba directamente relacionado con la cultura nativa y que, por tanto, antes de ser mexicano, colombiano, chileno, peruano, etc., debía primeramente dejarse de ser indígena.⁹⁸

Ningún cambio significativo, para modificar el entonces imperante modelo integracionista se dio hasta el año de 1992⁹⁹ cuando se introdujo el término “pueblos indígenas” en el artículo 4º Constitucional reconociendo que la “nación mexicana” tiene una “composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”¹⁰⁰. Pese a la enorme limitación de esta reforma, la misma no fue resultado de la simple casualidad o la voluntad política mexicana, sino que respondió a un proceso evolutivo que venía gestándose desde los años 80, en el contexto del naciente proceso multiculturalista fortalecido por los movimientos indigenistas en América, así como por los eventos surgidos en Europa central y oriental en relación con las minorías nacionales.

Dos años después, el 1º de enero de 1994, nuestro país habría de experimentar el levantamiento en armas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). Después de complicados diálogos entre el EZLN y el Gobierno Federal fue posible llegar a un acuerdo preliminar en los llamados “*Acuerdos de San Andrés Larráinzar*” y cuyo contenido habría de reflejarse en la iniciativa de *Ley de Derechos y Cultura Indígenas*, presentada en 1996 por la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA).

⁹⁸ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Ob. Cit. Pág. 20-21.

⁹⁹ Existieron cambios que sin duda fueron positivos, pero todos ellos mantenían un modelo de integración para con los pueblos indígenas. Así tenemos, por ejemplo: la creación de la Secretaría de Educación Pública (SEP) en 1921, que durante la administración de José Vasconcelos implementó las llamadas “escuelas rurales”; la creación del Departamento de Asuntos Indígenas en 1935; las políticas asistenciales de salud, educación y alimentación implementadas durante el gobierno de Lázaro Cárdenas; el antes citado Congreso Indigenista Interamericano de 1940; la creación en 1948 del Instituto Nacional Indigenista (INI); la creación en 1964 del Servicio Nacional de Promotores Lingüísticos y Maestros Bilingües para facilitar la castellanización; la creación, en 1978 de la Dirección General de Educación Indígena; entre otros. Durante este periodo de tiempo se implementaron políticas endógenas sin tomar en cuenta lo que estos pueblos querían o necesitaban realmente, la carencia del diálogo cultural fue precisamente lo que llevó al fracaso a la mayoría de los programas indigenistas. Ver: MALDONADO Smith, Mario Eduardo. Ob. Cit. Pág. 23-26.; IIDH. *Campaña educativa sobre derechos humanos y derecho indígena. Módulos temáticos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2ª ed. San José, 2007. Pág. 282.

¹⁰⁰ Reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el martes 28 de enero de 1992.

Ante la negativa del gobierno federal, los acuerdos no llegaron a materializarse en el texto constitucional, no obstante, sirvieron de parámetro para la reforma Constitucional llevada a cabo en el año 2001. En efecto, en diciembre de 2000 el entonces Presidente de la República, Vicente Fox Quezada, presentó una iniciativa ante el Senado de la República que después de un debate intenso al interior del Congreso de la Unión, dio lugar a la reforma en materia indígena publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001.

La reforma de 2001 buscó dar respuesta a la demanda de reconocimiento de derechos indígenas para así contribuir a superar las desigualdades históricamente existentes de este sector.¹⁰¹ Con ella, México reafirmó de una manera más contundente (a lo ya hecho en 1992) su abandono del modelo integrador¹⁰² para pasar a asumir un modelo de constitucionalismo multicultural, ya adoptado por aquel entonces en diversas democracias americanas y europeas.¹⁰³

Si bien es cierto que la reforma llevada a cabo en el año 2001 constituye un cambio de la más trascendental importancia en cuanto a la relación entre los indígenas y el Estado, la misma ha resultado ser insuficiente y no puede considerarse como un camino agotado sino por el contrario, como un punto de partida en el constante perfeccionamiento para lograr la plena vigencia del multiculturalismo en la realidad.

Cabe agregar que dicha reforma omitió cumplir con el requisito fundamental de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas, derecho previsto en el Convenio 169 de la OIT ratificado por México desde 1990 y por tanto Ley suprema de la unión, razón por la cual la reforma de 2001 fue seriamente criticada por una gran cantidad de organizaciones defensoras de derechos humanos y por los propios pueblos indígenas, lo que derivó en cientos de controversias constitucionales, resueltas todas como improcedentes por no ser la controversia “un recurso procedente en contra del procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución...”¹⁰⁴

Sobre el particular, es de sumo interés traer a colación ejemplos conocidos en otras latitudes con procedimientos de revisión legislativa e, inclusive, Constitucional,

¹⁰¹ SÁNCHEZ Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*. Porrúa. 9ª ed. México, 2004. Pág. 613.

¹⁰² NAHMAD SITTON, Salomón. “Autonomía indígena y la soberanía nacional. El caso de la ley indígena de Oaxaca”. En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 194-195.

¹⁰³ Entre las reformas constitucionales habidas en distintos países que reconocen su composición multicultural tenemos: Canadá (1982), Nicaragua (1986), Brasil (1988); Colombia (1991), México (1992 y 2001), Guatemala (1992), El Salvador (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994 y 1998) y Venezuela (1998).

¹⁰⁴ Controversias constitucionales: 70/2001; 69/2001; 68/2001; 67/2001; 66/2001; 65/2001; 64/2001; 63/2001; 62/2001; 61/2001; 60/2001; 59/2001; 58/2001; 57/2001; 56/2001; entre muchas otras.

semejantes a los de México, en los que ante el incumplimiento del deber de consulta han sido declaradas inválidas las reformas realizadas.

Así tenemos casos en los que tratados internacionales (normas que en México son ley suprema de la unión) firmados por el Ejecutivo y ratificados por el órgano competente, han sido declarados inconstitucionales por no haberse surtido el deber de consulta a los pueblos indígenas cuando tales instrumentos internacionales incidían de manera directa en la estructura identitaria de dichos colectivos.¹⁰⁵ Incluso, puede citarse el caso de reformas constitucionales declaradas “inexequibles” cuando por su afectación directa a pueblos indígenas se ponía en riesgo su pervivencia cultural y no obstante, no se les consultó.¹⁰⁶

Lo anterior, nos da cuenta de los avances jurisprudenciales que en otras latitudes se han dado, en párrafos siguientes desarrollaremos el derecho a la consulta y daremos elementos que permitan desarrollar este derecho fundamental en aras de que posteriores reformas legales y, en su caso constitucionales, sean realizadas conforme a los lineamientos mínimos que tan importante derecho reviste.

La consulta y demás derechos vinculados, son parte de las reglas del juego ineludibles en las sociedades multiculturales. El asumirse un Estado como multicultural va mucho más allá de la simple declaración constitucional o legal, implica tomar medidas en serio –a la manera de Dworkin- que trasciendan al ámbito del discurso y que incidan directamente en la configuración fáctica del Estado.

En sociedades diversas donde el imperativo multicultural realmente quiere hacerse valer, ya no vale más la toma de decisiones “a nombre de” o “por intermedio de”, son los propios sujetos interesados a quienes asiste el deber fundamental de

¹⁰⁵ Véase la Sentencia C-1051/12 de la Corte Constitucional Colombiana que declaró “Inexequible” la Ley 1518 de 2012 aprobatoria del “Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales” al no haberse consultado a los pueblos indígenas colombianos; Asimismo, la Sentencia C-615/09 de la misma corporación que declaró “Inexequible” la Ley 1214 de 2008 aprobatoria del “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela” en la que tras una evidente afectación directa (sin que importe el que la medida sea benéfica o perjudicial para los pueblos indígenas) se omitió el deber de consulta que resultaba obligatorio.

¹⁰⁶ Véase la sentencia C-702/10 de la Corte Constitucional Colombiana (CCC) en la que el “Acto Legislativo 01 de 2009, por el que se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política fue declarado inexequible”. El caso se refiere a una reforma constitucional en materia electoral que incidía directamente en la circunscripción especial destinada a minorías étnicas, condicionando el acceso de los candidatos a las mismas al requisito de inscripción en un partido político con personería jurídica. La CCC resolvió que la norma afectaba de manera directa a las comunidades étnicas, por los que debió haberse surtido el trámite de la consulta previa y su omisión: “se erige en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, por lo cual una disposición superior afectada por tal vicio puede ser demandada por razones de trámite en su aprobación, y habiéndose verificado que en el caso... dicha consulta no se surtió, procede la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma”

participación que, en el caso de pueblos indígenas y otras minorías similares, puede hacerse realidad a través de la consulta y el consentimiento previo. A continuación veremos qué implica el asumirse seriamente como un Estado multicultural.

1.2.7. Modelo de Luigi Ferrajoli sobre la configuración jurídica de las diferencias

Luigi Ferrajoli distingue cuatro formas en cómo los diversos ordenamientos jurídicos han tratado la cuestión de las diferencias y la igualdad. Esta configuración realizada es admisible para toda minoría en términos cualitativos.¹⁰⁷ Para efectos de nuestro trabajo, la misma es de gran utilidad y podemos relacionarla con las etapas antes señaladas en la relación entre pueblos indígenas y Estado.

El primero de los modelos es el de *la indiferencia jurídica de las diferencias*. En este modelo, las diferencias son simplemente ignoradas, no existe ni una valorización ni desvalorización, no son tuteladas pero tampoco reprimidas, no se protegen ni se violan. En este modelo, es la ley del más fuerte quien determina la defensa, o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades.¹⁰⁸

Dentro de las etapas que hemos esbozado, en la evolución del multiculturalismo, podemos advertir que esta primera forma de configuración jurídica de las diferencias se corresponde con la etapa segregacionista pues en ella, no fueron sino las diferencias de poder las que determinaron el destino dado a las identidades indígenas. En efecto, durante el periodo colonial, la fuerza de las armas terminó por imponerse y a la conquista física de los nativos se sumó la espiritual como medida para lograr la absoluta sumisión a las instituciones hispánicas-occidentales. La diferencia cultural simplemente fue ignorada por las instituciones jurídicas de entonces, de ninguna manera podía reconocerse la existencia de instituciones indígenas propias sino que a las mismas se les subsumió dentro de las propias figuras jurídicas hispánicas.

El segundo modelo de configuración jurídica planteado por Ferrajoli es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*. En este modelo, existe una valorización de algunas identidades pero también la desvalorización de otras y, por tanto, existe una jerarquización de las diferentes identidades. De acuerdo con este modelo, las identidades determinadas por el sexo, nacimiento, etnia, religión, lengua y otras,

¹⁰⁷ Un grupo social históricamente desaventajado colocado en situación de discriminación, segregación, exclusión, etcétera que lo coloca en un plano de notoria desigualdad material con relación a otro grupo. Se desarrolla esta idea en la sección siguiente.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Ob. Cit. Pág. 74.

resultan asumidas como status privilegiado, fuente de derechos y poderes, e incluso como un falso universalismo que es modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras –la de mujer, judío, negro, extranjero, etc.- se asumen como *status* discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones.¹⁰⁹

Este segundo modelo de configuración jurídica de las diferencias se corresponde con la etapa integracionista que hemos señalado pues aunque se reconoce la existencia de la diversidad cultural en tanto lenguas, costumbres, tradiciones, manifestaciones del pasado prehispánico, etc., se asume que dichas manifestaciones culturales son inferiores respecto de la cultura “mayoritaria”. Esto se advierte con claridad en las políticas indigenistas asumidas por los Estados durante mediados del siglo XX en las que el supuesto “espíritu redentor” escondía todo el desprecio e infravaloración hacia la cultura indígena.

Un tercer modelo de configuración jurídica es el de la *homologación jurídica de las diferencias*. En este caso, señala Ferrajoli, las diferencias son valorizadas y negadas pero no en el sentido de que algunas sean entendidas como valores y las otras como desvalores. Lo que ocurre es que toda diferencia resulta devaluada e ignorada en nombre de una supuesta abstracción de igualdad. En el cuadro de la homologación, precisamente lo que se pretende es que toda diferencia sea reprimida y que todos sean integrados a un modelo común que no realice distinción alguna, la anulación de las diferencias, el “velo de ignorancia” Rawlsiano, es el parámetro de configuración jurídica.

Este modelo se corresponde con los postulados más inherentes al del Estado-nación, esto es, el de la formación de una única identidad nacional. Conforme a este modelo liberal clásico, es la homologación la herramienta idónea para garantizar la igualdad sin importar consideraciones o excepciones de ningún tipo. Este modelo podemos advertirlo de una manera expresa durante la etapa de asimilación en donde mediante la implementación de “políticas de construcción nacional” se buscó la realización del sueño del Estado monocultural, un Estado donde todos comparten una misma identidad y se asumen como totalmente iguales. De manera tácita, también se advierte este modelo en la etapa integracionista.

Para muchos, el modelo de la homologación jurídica de las diferencias ha resultado ser el más idóneo al garantizar una supuesta “plena igualdad en derechos”.

¹⁰⁹ Ídem.

No obstante, acertadamente señala Will Kymlicka que una sociedad nunca, por más que lo intente, puede ser totalmente imparcial con las diferencias pues siempre existirá una determinada cultura societal que será la que determine y condiciones las actividades realizadas por una sociedad.¹¹⁰

En este sentido, el supuesto modelo de homologación jurídica de las diferencias nunca ha sido un modelo del todo neutral pues en el fondo esconde la preeminencia de una determinada cultura (la de los factores reales de poder). Así, para el caso de indígenas y demás minorías, la cultura societal a la que se han visto inmersos y que supuestamente propugnaba la igualdad de todos sin distinción, lo que veladamente ocultaba era la prevalencia de una determinada forma cultural.

Finalmente, existe un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias acorde con la posición garantista de Luigi Ferrajoli. Este modelo es el de la *igual valoración jurídica de las diferencias* el cual está basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. En este caso, en vez de ser indiferente o bien, simplemente tolerante con las diferencias, tiende a garantizar a todos su libre afirmación y desarrollo, sin abandonar a los sujetos, con sus consecuentes identidades, al libre juego de la ley del más fuerte.¹¹¹

En este modelo, la igualdad en los derechos fundamentales queda configurada como el “igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”.¹¹²

El modelo de la *igual valoración jurídica de las diferencias* no parte de una abstracta idea de igualdad sino que reconoce que de hecho existen relaciones sociales que pesan como factores de desigualdad. Y, en este sentido, se hace necesaria una intervención activa del Estado que garantice la igualdad fáctica de los sujetos sin desconocer que un prerequisite en sociedades plurales es lograr la igualdad sin pretender la homologación. Con diversas palabras, aunque con un sentido semejante, Stanley Jeyaraja resume lo anterior al indicarnos que en las sociedades

¹¹⁰ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ob. Cit. Pág. 112 y 116.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Ob. Cit. Pág. 75

¹¹² *Ibidem*. Pág. 76.

contemporáneas “el tiempo de volverse igual es también el tiempo de reclamar ser diferente”.¹¹³

Este último modelo de configuración jurídica de las diferencias es el que coincide a plenitud con el multiculturalismo, de hecho, podríamos señalar que es el propio modelo multicultural. Por esta razón es que hemos traído a colación en este ensayo las propuestas planteadas por Luigi Ferrajoli para señalar que es posible lograr una construcción garantista de los derechos humanos fundada en el igual valor y dignidad de todos los pueblos y culturas del mundo. En secciones posteriores abordaremos directamente la compatibilidad que existe entre el multiculturalismo y la teoría garantista que envuelve los diseños constitucionales de los Estados contemporáneos. Por lo pronto, base señalar que las etapas teóricas señaladas por multiculturalistas coinciden con los planteamientos aludidos por garantistas como Luigi Ferrajoli.

A continuación y una vez presentado el proceso histórico que nos ha conducido a los umbrales del multiculturalismo, resulta conveniente clarificar diversas expresiones conceptuales vinculadas con la materia antes de abordar directamente las implicaciones de un Estado multicultural.

1.2. Clarificaciones conceptuales

Corresponde en esta sección aclarar una serie de expresiones utilizadas con frecuencia en los tópicos multiculturalistas. Si bien es cierto, partimos de una posición no esencialista del lenguaje,¹¹⁴ conviene para efectos técnicos clarificar estas expresiones pues ello nos permitirá dotar de mayor rigor académico la investigación aquí presentada.

En primer término, analizaremos el caso de la “nación”. Cabe advertir que esta expresión corresponde a una figura de carácter esencialmente sociológica, no jurídica. En su clásico y aún vigente ensayo Ernest Renan nos presenta con nítidos elementos lo que debe ser entendido por nación:

“Supone un pasado [que]; sin embargo se asume en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo... de continuar la vida común. La existencia de una nación es... un plebiscito cotidiano... el hombre no es esclavo ni de su raza, ni de

¹¹³ Citado en: DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “El significado jurídico y político de la jurisdicción indígena” En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Ob. Cit. Pág. 210.

¹¹⁴ Véase: VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del derecho*. Oxford University Press. México, 2007. Pág. 3-4.

su lengua, ni de su religión, ni de los cursos de los ríos, ni de la dirección de las cadenas de montañas. Una gran agregación de hombres, sana de espíritu y cálida de corazón, crea una conciencia moral que se llama una nación.”¹¹⁵

Asimismo, David Miller nos indica que una nación se caracteriza por ser una comunidad: a) constituida por una creencia compartida y un compromiso mutuo, b) que se extiende en la historia, c) activa en carácter), d) ligada a un territorio particular, y e) distinta de otras comunidades por una cultura pública distintiva.¹¹⁶

Ya Renan nos advertía el especial cuidado que hay que tener para no confundir la nación con la raza, la etnia, la familia, la lengua, la religión, la geografía, pero también con el propio Estado. Nación no equivale a Estado.¹¹⁷

Cuando los Estados o, mejor dicho, la dirigencia política de los mismos, incurren en el error de traducir nación como Estado (o con alguno de sus elementos étnicos, lingüísticos, religiosos, etcétera) suelen tenerse violentos y terribles efectos para los grupos minoritarios que no comparten los caracteres de lo definido como “nacional”.

La nación así entendida (nación como Estado, raza, etnia, u otro rasgo) ciertamente se caracteriza por ser meramente artificiosa, creada o moldeada por una *intelligentzia* que determina cuáles son los caracteres de lo definitorio como nacional. En estos casos de confusión, y más aún cuando la facticidad demuestra una pluralidad de naciones al interior de un Estado, suelen experimentarse difíciles procesos de asimilación en los que lo predefinido como “nacional” suele ser impuesto a los grupos no concordantes con los criterios asumidos como nacionales.

Ante la despiadada violencia con que “lo nacional” fue construido, las políticas de olvido suele ser determinantes para la permanencia de la nación. Ernest Renan agrega: “...la esencia de una nación consiste en que todos los individuos tengan muchas cosas en común, y también en que todos hayan olvidado muchas cosas. Ningún ciudadano francés sabe si es burgundio, alano, taífalo, visigodo; todo

¹¹⁵ RENAN, Ernest. *¿Qué es una nación?* UNAM. Pág. 11-12 Consultado online el 29/03/14, disponible en: http://enp4.unam.mx/amc/libro_munioz_cota/libro/cap4/lec01_renanqueesunanacion.pdf

¹¹⁶ MILLER, David. Ob. Cit. Pág. 42-45.

¹¹⁷ Habermas sitúa el origen de la confusión entre nación y Estado en la Revolución Francesa. Señala: “Con la Revolución Francesa, el significado de “nación” se transformó, por tanto, de una magnitud prepolítica en un rasgo que era elemento constitutivo de la identidad política de los ciudadanos de una comunidad democrática.” HABERMAS, Jürgen. “Ciudadanía e identidad nacional”. Ob. Cit. Pág. 641.

ciudadano francés debe haber olvidado la noche de San Bartolomé, las matanzas del Mediodía en el siglo XIII.”¹¹⁸

De aceptar el presupuesto que homologa la nación con el Estado, abriase necesariamente de aceptar que en un Estado no puede haber más de una nación y, en caso de acreditarse fehacientemente la existencia de más de una nación en un Estado tendríamos que admitir la absurda consecuencia de dar a cada nación su propio Estado.

La historia nos revela hechos tan contundentes de Estados donde han coexistido más de una nación, tal es el caso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) que reconoció más de un centenar de naciones. O bien, casos en donde han existido naciones que comparten el territorio de dos o más Estados (la Alemania antes de su reunificación en 1990), también nos llevaría a negar hechos tan concluyentes como la existencia de naciones cuyos integrantes están dispersos como minorías por diversos Estados (véase el caso de los Palestinos), e incluso el caso de naciones sin Estado (Palestina al día de hoy y judíos en su momento).¹¹⁹

Otro término de frecuente uso en nuestra investigación es el de “etnia”, el mismo implica de igual modo un conjunto de personas unidas por características culturales comunes y por la existencia de un mutuo reconocimiento que, sin embargo, depende de un mismo origen o ascendencia que permite compartir determinados rasgos como: la lengua, la religión, costumbres, etcétera.¹²⁰

Del mismo modo, la figura de “las minorías” se encuentra íntimamente ligada con el multiculturalismo. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, una “minoría” se refiere no al aspecto cuantitativo de sectores de la población, aunque en diversas ocasiones puede coincidir, sino al aspecto cualitativo de los mismos, a su posición de igualdad material en la sociedad en que se encuentran inmersos. Un grupo minoritario puede ser una minoría numérica pero también puede no serlo. Como ejemplos del primer caso tenemos a los pueblos indígenas o los amish en los Estados Unidos y como ejemplos del segundo a los negros en Sudáfrica durante el periodo del apartheid o a las mujeres en prácticamente todos los Estados.

¹¹⁸ RENAN, Ernest. Ob. Cit. Pág. 4.

¹¹⁹ MILLER, David. Ob. Cit. Pág. 35.

¹²⁰ Ibidem. Pág. 36.

Una minoría es un grupo desaventajado dentro de la sociedad, el cual se encuentra en una situación de permanente vulnerabilidad, exclusión y discriminación. Para Louis Wirth, minoría “es cualquier grupo de personas que, a causa de sus características físicas o culturales, se encuentra sometido a una discriminación respecto de los demás miembros de la sociedad en la que vive, recibiendo de ésta un trato diferente e injusto.”¹²¹

Ahora bien, en diversas ocasiones hemos hecho referencia a las minorías nacionales, étnicas y religiosas. Respecto de las primeras, Will Kymlicka nos indica que las minorías nacionales son aquellos grupos con capacidad de formar sociedades operativas en las que cuentan con sus propias instituciones, cultura y lengua, concentradas en un particular territorio, antes de quedar incorporadas en un Estado mayor. Esta incorporación, señala Kymlicka, frecuentemente es debida a la colonización, la conquista o la cesión de territorios de una potencia imperial a otra. En algunos casos –los menos- también pudo ser resultado de un proceso voluntario de incorporación (a través de algún tratado o algún acuerdo federativo). Como ejemplos de minorías nacionales se encuentran los pueblos indígenas, los quebequeses o los inuit en Canadá, los catalanes y vascos en España, los flamencos en Bélgica, los escoceses en Gran Bretaña, los sami en Escandinavia, etc., Kymlicka agrega que la mayor parte de los Estados del mundo posee diversas minorías nacionales que en la mayor parte de los casos fueron incorporadas en forma involuntaria, siendo un testimonio de la violenta conformación del sistema de Estado-nación.¹²²

Las minorías nacionales se caracterizan por un sentido histórico de unión a un territorio al que consideran su tierra natal; por considerarse a sí mismos como «pueblos» con características distintivas pese a haber sido incorporados, casi siempre forzadamente, a un Estado mayor. Las minorías nacionales, también pueden dividirse para efectos prácticos en grupos «etnonacionales» o «minorías étnicas» y en pueblos indígenas.

Las minorías étnicas también son llamadas impropriamente “naciones sin Estado” haciendo referencia al proceso de formación de Estados. Por regla general, las naciones sin Estado resultaron ser los contendientes perdedores en los procesos de formación estatal europea, quedando subsumidos al interior de Estados mayores, tal es el caso de: los vascos y catalanes en España; los bretones y occitanos en

¹²¹ WIRTH, Louis. *The problem of minority groups*. Pág. 347. Citado en: OSBORNE, Raquel. “¿Son las mujeres una minoría?” En: Revista *Isegoría*. Núm. 14. CSIC. Madrid, 1996. Pág. 79.

¹²² KYMLICKA, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Trad. Tomás Fernández Auz y Beatriz Eguibar. Ed. Paidós. Barcelona, 2003. Pág. 103-104.

Francia; los flamencos y valones en Bélgica; los tártaros en Crimea; los escoceses y galeses en Gran Bretaña; entre otros.

Los pueblos indígenas, a diferencias de las minorías sin Estado, se caracterizan, por regla general, por haberse encontrado al margen en los procesos de construcción nacional. Además de los pueblos indígenas americanos, suele darse esta categoría (la de indígena) a los sami de Escandinavia, los inuit de los círculos polares y a algunos pueblos africanos que se asumen con tal carácter.¹²³ Como se recordará, la figura de “Estado” tal y como la conocemos, resulta ser un producto netamente europeo no utilizado por los pueblos indígenas. Mientras las naciones sin Estado hubieran deseado ser Estados, pero, en la lucha por conseguirlo perdieron y quedaron incorporados en Estados mayores, en el caso de los pueblos indígenas ni siquiera existió el planteamiento de “Estado” como forma de organización política y aún hoy día, salvo rarísimas excepciones, la secesión o demanda por un Estado propio no figura como demanda substancial.¹²⁴

En relación a los pueblos indígenas, frecuentemente utilizamos las expresiones “pueblo” y “comunidad”. No deben asumirse ambas expresiones como idénticas. En el caso americano, “pueblo indígena” se refiere a aquel que desciende de los primeros pobladores que habitaban el continente americano, previo a la colonización y que conserva sus propias instituciones, sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Así, en el caso de México, podemos hablar del pueblo zapoteca, azteca, maya, mixteco, chatino, etcétera. Mientras el “pueblo” es la unidad de origen, la comunidad es una parcialidad de un pueblo indígena. Nuestra Constitución define a la comunidad como aquella que forma una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconoce autoridades propias de acuerdo a sus usos y costumbres (artículo 2o, párrafo 4). En un ejemplo práctico, podemos hablar del

¹²³ El caso de la población africana, así como los afrodescendientes distribuidos en diversas partes del mundo resulta un caso sui generis de una minoría nacional dado el particular proceso con el que esta minoría se incorporó en los Estados-nacionales y que fue, prácticamente, el del traslado forzado desde el África a las colonias imperiales. En virtud de este proceso, se trata de una minoría que si bien conserva manifestaciones culturales identitarias, también lo es que se trata de una minoría en un complicado proceso de reivindicación de identidad. Al afrodescendiente se le identificó como una cosa, un objeto sujeto a todas las reglas del derecho de propiedad y en dicho transe perdió profundamente su sentido de identidad. Aún hoy día, existen disparidades para entenderse como un grupo étnico culturalmente distinto (el de afrodescendiente) o bien, como una minoría indígena. A propósito, la calidad de “afrodescendiente” no se desprende del criterio exclusivos del “color” de la piel, o la ubicación de los individuos en un lugar específico del territorio, sino de un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores y sociales, y, de un elemento “subjetivo”, que es la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. Véase: Sentencia C-169/01 CCC.

¹²⁴ KYMLICKA, Will. *La política vernácula*. Ob. Cit. Pág. 169-170.

pueblo zapoteca, como la unidad de origen, y de las 118 comunidades zapotecas reconocidas en el Estado de Oaxaca, como parcialidades de ese pueblo.¹²⁵

Es importante señalar que en otras latitudes no americanas, existen grupos minoritarios que se autodefinen como indígenas, tal es el caso del pueblo sami o lapón en Escandinavia y de diversas minorías étnicas australianas, lo cual nos refiere a una interpretación amplia de la expresión indígena entendiéndola como la población originaria de un territorio habitado durante un periodo de tiempo inmemorial.

Ahora bien, como ejemplo de una minoría religiosa tenemos a los amish en los Estados Unidos y a los menonitas de Canadá, México y Paraguay. Una minoría lingüística o religiosa casi siempre resulta ser parte de una minoría nacional, ambos tipos de minorías derivaron de un proceso en el que la religión o la lengua oficial promovida por un Estado paulatinamente relegó a las lenguas y religiones no asumidas como nacionales por el Estado. Además, es importante señalar que al derivar normalmente de una minoría nacional, las minorías religiosas tienden a compartir una descendencia común, una lengua y características culturales adscriptivas propias.

El término “cultura” obliga de igual manera a una definición suya en este trabajo de investigación. De antemano, habremos de precisar que “cultura” es precisamente uno de esos términos polisémicos que aún hoy día resulta complicado precisar en toda su significación. Sin embargo y, para efectos de este trabajo, podemos señalar que cultura alude a todo el conjunto de creaciones humanas, incluido el uso de símbolos y artefactos. Es la constitución de la forma de vida de una sociedad, incluyendo: códigos, vestido, lenguaje, rituales, normas de conducta y sistemas de creencias.¹²⁶

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la cultura debe de ser entendida como “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.”¹²⁷

¹²⁵ ORTÍZ Dolores, Coronel. *Zapotecos de los Valles Centrales de Oaxaca*. CDI. México, 2007. Pág. 17.

¹²⁶ JARY, David y Julia Jary. *The Harper Collins Dictionary of Sociology*. Harper Collins Publishers. Auburn, Washington, 1991. Pág. 100.

¹²⁷ Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2 de noviembre de 2001 (preámbulo).

Otra expresión frecuentemente vinculada con el multiculturalismo es la que se refiere al derecho a la diversidad cultural o protección de la identidad cultural, entendiendo por tal: "...la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante."¹²⁸

1.3. En torno a la noción de multiculturalismo

En párrafos anteriores hemos hecho ya una breve referencia al multiculturalismo, pero desde una perspectiva histórica. En esta oportunidad nos abocaremos a su estudio teórico-conceptual en aras de desentrañar una noción del mismo, así como sus implicaciones y su relación con el constitucionalismo contemporáneo.

¿Qué es o qué implica el multiculturalismo? de acuerdo con Luigi Ferrajoli, una política multiculturalista implica ir más allá de la defensa del principio de igualdad y de los relativos derechos fundamentales. Implica el aprender a conocer las culturas diversas y a superar nuestros prejuicios y nuestro analfabetismo cultural.¹²⁹

Una visión semejante que hace hincapié en el reconocimiento de la diferencias, como una condición necesaria para la igualdad, es la presentada por Will Kymlicka para quién el multiculturalismo consiste en una perspectiva sustentada en el principio de que los Estados liberal democráticos, no sólo deberían de respetar los tradicionales derechos civiles y políticos de ciudadanía amparados en todas las democracias liberales; además de ello, deberían de adoptar varios derechos específicos de grupo o políticas dirigidas a reconocer y dar acomodo a las diferentes identidades y necesidades de los grupos etnoculturales.¹³⁰

Para Zygmunt Bauman, el multiculturalismo supone el respeto a la diferencia cultural, al libre fluir de las propuestas culturales y a la libertad de las elecciones culturales, "El "multiculturalismo" significa, sumariamente, la separación de la ciudadanía de la asignación de una cultura y de la autoadscripción a ella por parte de

¹²⁸ CCC, sentencia C-641/12.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. "Los fundamentos de los derechos fundamentales." En: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Trotta. 4ª ed. Madrid, 2009. Pág. 371.

¹³⁰ KYMLICKA, Will. "El culturalismo liberal: ¿un consenso naciente?" En: *La política vernácula*. Ob. Cit. Pág. 63.

los ciudadanos, convirtiendo esta última elección en un asunto esencialmente privado que no afecta de ningún modo a los derechos públicos. También implica el presupuesto de que la diferencia cultural no invalida ni descalifica al ciudadano, ni le impide participar en la vida pública colectiva.”¹³¹

David Miller señala que el multiculturalismo parte de la consideración de ciertos puntos de vista en torno a la naturaleza de las diferencias culturales y acerca de cómo hemos de responder a ellas individual y políticamente. En razón de lo anterior, Miller distingue diversas variantes del multiculturalismo. Una de ellas, es el multiculturalismo radical (fuertemente criticado) que se encuentra guiado por enérgicas demandas de reconocimiento diferencial a expensas de la comunidad. Este multiculturalismo suele expresarse mediante grupos secesionistas, separatistas o radicales que bajo el argumento de la identidad diferenciada exigen un reconocimiento diferenciado ilimitado que en no pocos casos lo que solapa son prácticas contrarias a las más mínimas consideraciones que imponen los derechos humanos (problema del relativismo cultural).¹³²

Otra forma de multiculturalismo advertida por Miller –y otros teóricos como Kymlicka, Raz y Sandel- es el multiculturalismo liberal, traducido en un reconocimiento y respeto hacia las diferencias culturales, mismas que están sujetas a límites constitucionales en los que la tutela de los derechos humanos se configura como una suerte de piso mínimo a respetarse para un consenso básico entre los diversos actores al interior del Estado.¹³³ Esta forma de multiculturalismo posee la curiosa característica de pretender brindar respuesta a uno de los más apasionados debates dentro de la filosofía política: el liberalismo y el comunitarismo.¹³⁴ Para Joseph Raz:

“El multiculturalismo liberal...afirma en tanto principio normativo que...una actitud política de aliento a la prosperidad cultural y material de los grupos culturales dentro de una sociedad, y el respeto de su identidad, se justifican por consideraciones de libertad y de dignidad humana. Estas consideraciones exigen que los gobiernos tomen medidas que van más allá de lo que requieren las políticas de tolerancia y de no

¹³¹ BAUMAN, Zygmunt. *En busca de la política*. Trad. Mirta Rosenberg. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. México, 2002. Pág. 206-207.

¹³² Sobre esta forma de multiculturalismo, Giovanni Sartori ha señalado que es antipluralista, intolerante, balcanizante (prevalece la separación sobre la integración), de origen marxista al propugnar la lucha de clases, con un enfoque centrado en la hegemonía y en la dominación de una cultura sobre otra. SARTORI, Giovanni. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Ed. Taurus. México, 2008. Pág. 67-68.

¹³³ MILLER, David. Ob. Cit. Pág. 162-179.

¹³⁴ Sobre este clásico debate pueden verse las consideraciones generales en: GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Ed. Paidós. Barcelona, 1999. Pág. 126-127.

discriminación...Deberíamos aprender a considerar a nuestras sociedades como conformadas, no por una mayoría y varias minorías, sino por una pluralidad de grupos culturales.¹³⁵

Joseph Raz distingue el multiculturalismo de la simple tolerancia y de la no discriminación. La tolerancia, de acuerdo con Raz, supone el permitir que las minorías se conduzcan de la manera en que lo deseen, siempre que con ello no se interfiera con los esquemas culturales representativos de la mayoría, ni con la capacidad de los miembros de esa mayoría para gozar de los estilos de vida de su cultura. El Estado, en una política de tolerancia, no tiene el deber de implementar acciones positivas en favor de las minorías, simplemente se plantea una obligación negativa de “dejar hacer”, de “soportar” a los grupos culturalmente minoritarios. Los derechos a la no discriminación complementan las políticas de tolerancia e incluso, van mucho más allá de ellas, pues parten del presupuesto de considerar una sociedad “ciega” a las diferencias de todo tipo, en este caso no hay algo que tolerar pues el presupuesto base es la igualdad de todos en toda situación.

El multiculturalismo, de acuerdo con Raz, aunque sostiene los derechos a la no discriminación, pone énfasis en la importancia de dos juicios evaluativos en la acción política. El primero, la creencia de que la libertad individual y la prosperidad dependen de ser un miembro pleno de un grupo cultural respetado y floreciente, para lo cual, el Estado debe intervenir en aquellos casos en los que el grupo no es ni respetado ni goza de una igualdad plena ante los demás grupos. El segundo juicio evaluativo nos indica que nuestras sociedades contemporáneas deben partir de la base fundamental del pluralismo de valores, y, en particular, “...de la consideración de validez de los diversos valores plasmados en las prácticas que constituyen los diversos valores de las distintas sociedades, incluso, en muchos sentidos incompatibles.”¹³⁶

Además, Raz concluye que una defensa del multiculturalismo resulta totalmente compatible con los principios liberales en que se fundan nuestras sociedades, toda vez que al defender la pervivencia de los grupos culturales como tales, lo que se defiende en última instancia es al individuo al defenderse la importancia vital que una cultura representa para la prosperidad de los seres humanos individuales. Como se ha visto, una cultura proporciona el marco de acción desde el

¹³⁵ RAZ, Joseph. “Multiculturalismo: una concepción liberal”. Ob. Cit. Pág. 204-205.

¹³⁶ *Ibidem*. Pág. 187-188.

que es posible tomar decisiones, de este modo, una cultura constituye el presupuesto base desde el que es posible la libertad individual.¹³⁷

Ahora bien, el multiculturalismo exige de las sociedades actuales el reconocimiento de la igualdad de todas las comunidades culturales existentes en ellas. No se trata de que las mayorías soporten a las minorías, ni de que las minorías se vean obligadas a sumarse a esas mayorías. Se trata de que el Estado se asuma como multicultural, es decir, que se asuma como un Estado formado por diversas comunidades culturales sin ser el reflejo en particular de alguna de ellas. Se trata, de idear un Estado realmente para todos y no de uno en particular perteneciente a un grupo cultural inserto en el mismo.¹³⁸

Sin hablar expresamente del multiculturalismo, Gustavo Zagrebelsky nos presenta una consideración muy semejante cuando nos indica que el fundamento de los Estados constitucionales democráticos debe de ser el pluralismo de valores reflejado en sus constituciones, valores que, incluso, en no pocos casos resultan ser incompatibles, Zagrebelsky señala:

“Pluralismo y constitución se implican entre sí... El pluralismo del siglo XIX ha producido las constituciones democráticas actuales. Sólo estas últimas, por otra parte, son Constituciones vivas... Una constitución sin una base pluralista que permita la producción de fuerzas homeostáticas de equilibrios (la auténtica garantía constitucional material) y favorezca el nacimiento de formas de garantía en los órganos de justicia constitucional (la garantía constitucional formal) es sólo un esfuerzo, es un nuevo inicio de una controversia constitucional futura respecto de la cual su papel sólo se limitará a tomar nota de las fuerzas existentes en su entorno.”¹³⁹

Los diversos teóricos del multiculturalismo reconocen que la característica determinante del mismo es el respeto e igual consideración hacia las diversas culturas. Se oponen a un proyecto de asimilación, a la existencia de una cultura abarcadora única considerada como la “oficial” y, por tanto, a la pretendida existencia de Estados monoculturales o Estados que pertenezcan a una determinada expresión cultural. Lo que subyace a todas estas demandas es la pretensión de reconocimiento, y acomodo, a la diferencia cultural.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ *Ibidem*. Pág. 189.

¹³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Ed. Einaudi. Torino, 2009. Pág. 127-131.

¿Por qué es importante este reconocimiento? Sencillamente porque cuando una cultura no tiene acomodo en la sociedad mayor tiende a desaparecer, a morir. Una sociedad neutral jamás existirá, de un modo explícito o implícito una sociedad refleja el patrón cultural de un determinado grupo social que es el que finalmente se impone a los demás. El hecho de que esa sociedad neutra jamás exista no es impedimento alguno para acercarnos a sociedades multiculturales, al igual que la democracia, está es una idea y, como señala Anne Phillips, “una democracia plena tal vez nunca se realice, pero se hacen tantas aproximaciones a ella como se puede”, lo mismo puede decirse de los Estados multiculturales.¹⁴⁰

Charles Taylor advertía lo anterior cuando nos indicaba que una sociedad supuestamente justa y ciega a las diferencias no sólo resulta ser inhumana, en tanto que suprime las identidades, sino que de una forma sutil e inconsciente, resulta sumamente discriminatoria e hipócrita pues en el fondo siempre resulta ser la expresión de una particular forma cultural de vida.¹⁴¹

En relación a esta injusticia, Jürgen Habermas comparte el planteamiento formulado por Taylor, indicándonos que cuando un individuo se ve privado de aquellos elementos que lo capacitarían para ejercer su autonomía privada y su autonomía pública, es decir, cuando se le ve privado de esa capacidad de autonomía que brinda el contexto cultural, nos encontramos precisamente frente a una forma de especial injusticia. El Estado, de este modo, para ser realmente justo habría de propiciar las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales.¹⁴²

En razón de las consideraciones antes señaladas, advertimos que el multiculturalismo adquiere cierto consenso mayoritario en sus caracteres distintivos. Proponemos en este ensayo una noción sustancial que refleje precisamente esos caracteres. Consideramos que el multiculturalismo constituye una política caracterizada por el reconocimiento de la diversidad cultural en el igual valor y dignidad de todos los pueblos, tanto a nivel internacional, como al interior de cada Estado. Por ende, implica un cambio de paradigma para reconocer que no existen Estados homogéneos sino que, por el contrario, la inmensa mayoría de los Estados del mundo son Estados pluriétnicos, esto es, Estados en cuyo territorio conviven diversos pueblos con características culturales distintivas y con el igual valor y dignidad que cualquiera otro.

¹⁴⁰ PHILLIPS, Anne. Ob. Cit. Pág. 158.

¹⁴¹ TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Trad. Mónica Utrilla De Neira y et., al. Fondo de Cultura Económica. 2ª ed. México, 2009. Pág. 77.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. “Paradigmas del derecho” Ob. Cit. Pág. 503.

1.4. Constitucionalismo multicultural, un Estado para todos

Una vez determinado el objeto de nuestra investigación, en esta ocasión lo desarrollaremos desde su punto de vista interno en los Estados contemporáneos para saber qué implicaciones conlleva el asumirse como un Estado multicultural. Del mismo modo, desarrollaremos lo que comienza a ser llamado “constitucionalismo multicultural” una propuesta novedosa que amalgama lo mejor del multiculturalismo con la doctrina constitucional de nuestros días.

1.4.1. Estados Multiculturales

Diversas son las implicaciones que caracterizan a un Estado multicultural, algunas de ellas son: el rechazo de la idea del Estado como perteneciente a un único grupo; la sustitución de políticas asimilacionistas de construcción nacional por otras de articulación incluyente (reconocimiento y acomodación); la admisión de la injusticia histórica cometida en contra de las minorías, ofreciendo una reparación al respecto; políticas de inclusión diferenciada en la sociedad mayoritaria; entre otras.¹⁴³

No existe un estándar para determinar qué tan multicultural es un Estado, o bien, para precisar en qué momento un Estado se adentra en la política multiculturalista, pero existen diversas medidas que pueden ser consideradas emblemáticas o representativas del enfoque multicultural, podemos decir que un Estado ha decidido comprometerse con tal modelo cuándo adopta algunas de las siguientes medidas: reconocimiento de derechos territoriales; reconocimiento de derechos de autogobierno; mantenimiento de tratados históricos y/o celebración de nuevos tratados con sus minorías (Vgr. Estados Unidos¹⁴⁴, Canadá y Nueva Zelanda) reconocimiento de derechos culturales diferenciados (lengua, religión, costumbres, etc.); reconocimiento del derecho consuetudinario o del pluralismo jurídico; garantía de representación en el gobierno central; afirmación constitucional o legislativa del estatus específico de las minorías con las que el Estado cuenta; ratificación de mecanismos internacionales en materia de protección hacia las minorías; acciones afirmativas y; en especial, mecanismos internos –e idóneos- de garantía para los derechos de las minorías.¹⁴⁵

¹⁴³ NAHMAD SITTON, Salomon. Ob. Cit. Pág.184; KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Ob. Cit. Pág. 79-80.

¹⁴⁴ Con los llamados “Tratados de paz perpetua” Ver: BARRY, Brian. *La justicia como imparcialidad*. Trad. José Pedro Tosaus Abadía. Ed. Paidós, Barcelona, 1997. Pág. 71.

¹⁴⁵ KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Ob. Cit. Pág. 82.

Como se aprecia, nuestro país reúne varias de las medidas que son consideradas emblemáticas del nuevo enfoque multicultural. Desde el texto constitucional se reconoce que “La nación tiene una constitución pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”. Adicionalmente, se reconocen: derechos de autogobierno a los pueblos y comunidades indígenas, derechos diferenciados en cuanto a lengua (cuya lengua es también lengua nacional), acceso a programas prioritarios gubernamentales, beneficios en la impartición de justicia, políticas de acomodo en las instituciones y entidades públicas (Vgr: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas), firma de diversos tratados internacionales en la materia (Convenio 169 de la OIT y amplio apoyo para la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), entre muchas otras acciones.

De este modo, al menos desde lo jurídico, México reporta ser un Estado comprometido con el multiculturalismo. Las amplias medidas emprendidas desde lo legislativo, administrativo y jurisdiccional dan cuenta de un compromiso positivo para cambiar viejas prácticas asimilacionistas aún presentes como rémoras en la cotidianidad. Sin embargo, resulta sumamente preocupante que los anteriores “avances” puedan ser sólo una fachada bajo la que el desprecio y el autoritarismo aún se esconden.

Lo anterior puede argumentarse porque en pleno siglo XXI aún subyace una de las más grandes deudas para con los pueblos indígenas mexicanos: la garantía de su participación activa. Las anteriores políticas “positivas” han venido desde lo Estatal sin consulta ni participación plena de los indígenas. El Estado sigue presuponiendo lo que resulta ser mejor para la población indígena sin antes haberla consultado, sin antes haberla informado sobre las medidas y acciones a emprenderse desde lo Estatal. Con ello, el Estado no sólo mantiene una posición de soberbia semejante a la de periodos coloniales, sino que además obstaculiza el desarrollo de una democracia seria en donde todas las voces sean escuchadas y, además, por cierto viola sus obligaciones internacionales contraídas.

Los derechos fundamentales a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado son graves omisiones que el Estado mexicano aún mantiene y de cuya implementación dependerá sustancialmente el que el multiculturalismo pueda realmente afianzarse en una sociedad en la que los pueblos indígenas reclaman sus derechos pero carecen de las herramientas jurídicas idóneas para hacerlos efectivos.

Sin consulta y sin consentimiento, todo derecho en favor de los pueblos indígenas será sólo una hoja de papel al viento.

La Corte Constitucional Colombiana (en adelante CCC), respecto de las implicaciones de un Estado multicultural, señaló en su sentencia T-380 de 1993 que: “El principio constitucional del pluralismo trae consigo la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, a los cuales se les debe otorgar el mismo valor que a la cultura de la sociedad mayor”¹⁴⁶. Esa aceptación de multiplicidad de formas de vida implica la puesta en marcha de toda la maquinaria estatal para que, colaborando con la población indígena, se implementen todas las acciones necesarias que el acomodo de las diferencias demanda dentro de un Estado multicultural.

1.4.2. Constitucionalismo multicultural

Los Estados, hemos visto, son en un sentido amplio demasiado complejos. No existen Estados culturalmente homogéneos y la pretensión de su existencia también es algo que poco a poco ha venido olvidándose. En consonancia con lo anterior, diversos fundamentos del Estado-nación han tenido que ser necesariamente replanteados a fin de poder brindar cabida a la diferencia cultural. La idea de nación, soberanía, Estado y de la propia Constitución han debido reconfigurarse para estar en aptitud de responder a las exigencias contemporáneas. Esta necesidad ha sido ampliamente afirmada por juristas, politólogos, sociólogos y teóricos de la diversidad cultural¹⁴⁷. Para estar en aptitud de abordar la propuesta de un constitucionalismo multicultural, primeramente haremos unas precisiones terminológicas en relación al constitucionalismo y su evolución.

1.4.2.1. Constitucionalismo liberal

Previo a la Revolución Francesa y a la independencia de las trece colonias, la forma de gobierno imperante era la monarquía absolutista. La experiencia que sobre tal

¹⁴⁶ En tiempos recientes Colombia se ha caracterizado por asumir un serio compromiso en materia de multiculturalismo reconociendo amplios derechos –y haciéndolos realidad- para sus minorías étnicas: indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y población ROM.

¹⁴⁷ La literatura es extremadamente larga, como sencillos pero representativos ejemplos: DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. Ob. Cit.; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Ob. Cit.; ERMANNNO, Vitale. *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*. Ed. Laterza. Roma-Bari, 2000; HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar. Ed. Paidós. Barcelona, 1999 y del mismo autor *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Ob. Cit.; FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Ed. Trotta. Madrid, 2008; BAUMAN, Zygmunt. *En busca de la política*. Ob. Cit.

forma de gobierno tuvieron países como Inglaterra, Francia y España, entre otros, demostró que la concentración excesiva de poder en una sola persona frecuentemente derivaba en abusos, en despotismo, en la supresión arbitraria de las libertades y en el ejercicio sin límites –ni responsabilidad- de la autoridad. En este panorama, surge el constitucionalismo, el cual coloca como principio rector de su ideología a la limitación del poder a través de normas insertas en textos convenidos como supremos y llamados constituciones.

Para Loewenstein, “El constitucionalismo ha sido la búsqueda del medio más eficaz para moderar y limitar el poder político, primero el del gobierno y después el de todos y cada uno de los detentadores del poder”¹⁴⁸ Para Tamayo y Salmorán, “El Constitucionalismo propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico, por un gobierno sometido a regulaciones jurídicas específicas: un gobierno del derecho”.¹⁴⁹

Con el constitucionalismo aparece una nueva forma de entender al Estado, no es ya el Estado absolutista donde el poder se ejerce de forma ilimitada y arbitraria. El constitucionalismo substituye el poder personal ilimitado, por el poder impersonal del derecho. Surge así el Estado de derecho. Este Estado supone toda subordinación de la actividad Estatal al derecho, el que pasa a ser el límite supremo de esa actividad. Fuera de ese límite, todo acto estatal resulta nulo o inexistente.¹⁵⁰

En esta nueva etapa no es ya la ocurrencia del monarca la que determina el ejercicio del poder, sino el propio derecho expresado en la ley quien determina lo que es posible y lo que no dentro de un Estado. La tradicional expresión “Rex facit legem” es invertida para ser la Ley, la que determina el ámbito de actuación para la autoridad. “Lex facit regem” pasa a ser la nueva fórmula de expresión en la que el gobierno de las leyes se superpone al de los hombres.¹⁵¹

Ahora bien, el constitucionalismo moderno, nace en un determinado contexto histórico en el que la ideología política-económica imperante es el liberalismo clásico, una “estructura económica que, en aras de esos derechos (los derechos liberales clásicos: libertad y propiedad), defiende a ultranza la propiedad privada y la libre competencia, imponiendo a los gobernantes la obligación de mantener el orden social,

¹⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Ed. Ariel. 2ª ed. Barcelona, 1983. Pág. 68.

¹⁴⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. IJ-UNAM. 2ª ed. México, 1986. Pág. 102.

¹⁵⁰ DE LA CUEVA, Mario. *Teoría de la Constitución*. Porrúa. México, 1982. Pág. 33.

¹⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Ob. Cit. Pág. 20.

de prestar los servicios públicos fundamentales y de no intervenir en la economía”¹⁵²
Por esta razón, se utiliza la expresión *constitucionalismo clásico o liberal*, para diferenciarlo de aquel cuyo contenido social habrá de ser adoptado durante el siglo XX.

1.4.2.2. Constitucionalismo social

El sistema político-económico imperante durante el siglo XVIII y XIX (el liberalismo clásico) permitió el auge de las libertades civiles y políticas que con anterioridad se encontraban vedadas por regímenes absolutistas y autoritarios. No obstante, tal auge de libertades no estaba dirigido ni para todos los Estados, ni para todas las personas. Estas libertades resultaban esenciales tanto para el mantenimiento como para la reproducción del propio sistema y, por tanto, sólo podían estar reservadas para la clase social al frente de dicho sistema: la burguesía liberal.

Fue así que mientras la riqueza y logros del liberalismo eran disfrutados sólo en determinados Estados (los industriales/desarrollados) y en ellos, sólo por un muy reducido sector de la población: la burguesía. En contrapartida, inmensas masas de seres humanos eran víctimas de la más terrible exclusión y explotación derivada del propio sistema económico liberal.

En 1917 y derivado de una revolución, un país latinoamericano colocó por primera vez en la historia del constitucionalismo derechos de corte social en su ley fundamental para dar cuenta que el imperante modelo político y económico debía de ser reencauzado a efecto de limitar sus graves consecuencias secundarias para la enorme masa de población en estado de exclusión a la que raras veces los beneficios del liberalismo alcanzaban a llegar.

Antecedentes existieron en los movimientos sociales de finales del Siglo XIX en la Europa central e incluso, tempranos derechos sociales fueron reconocidos en el orden legal desde 1883¹⁵³ –caso de la Alemania de Otto Von Bismarck- Sin embargo, ningún país se había aventurado a llevar al texto constitucional derechos y garantías sociales para brindar no sólo una igualdad formal ante la ley sino incluso la material. Los derechos sociales, en este contexto, no llegaban aún a concebirse con el carácter de derechos plenos y, por tanto, justiciables, más bien se trataba de conductas

¹⁵² SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. Cit. Pág. 69-70.

¹⁵³ ÁVILA Salcedo, Luis F. *La seguridad social y el Instituto Mexicano del Seguro Social*. Porrúa. México, 2007. Pág. 2.

asistencialistas por parte del Estado que en tal mérito no requerían de una inclusión constitucional.

México, con su Constitución de 1917, ideó una nueva forma de estado constitucional, ya no se trataba simplemente de limitar el poder y garantizar tanto los derechos civiles como políticos sino que además, había que garantizar el acceso real a tales derechos y libertades a los sectores más desprotegidos del entramado social, incluso, mediante una participación activa del propio Estado. La Constitución de 1917 tiene el enorme mérito de inaugurar una nueva etapa dentro del constitucionalismo, la etapa que suele denominarse *constitucionalismo social*. A la Constitución mexicana de 1917 siguieron otras como la alemana de Weimar de 1919 y la española de 1931.

En particular, para efectos de nuestra investigación, los derechos sociales reconocidos en las diversas constituciones latinoamericanas buscaron colocar en una situación de igualdad material a quienes nunca habían disfrutado de la misma. Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas la situación fue muy particular. Las demandas que esgrimían fueron consideradas como la parte de un todo mayor: las demandas campesinas y obreras. Por tanto, se consideró que garantizando las demandas de ambos grupos, necesariamente se garantizarían las demandas de la clase indígena. En tal sentido, a las demandas indígenas no se les concedió su particular importancia, no fueron objeto de una política acorde con sus características culturales, por el contrario, más tarde, mediante lo que se consideró como “indigenismo” se buscó “incorporar” a los pueblos indígenas a la sociedad mayor, a fin de que abandonaran el “atraso cultural” en el que se encontraban.

Con sus respectivas variantes, situaciones similares se presentaron en Europa y más tarde en los nacientes países africanos al advertirse que los derechos de libertad y los de justicia eran incapaces de brindar acomodo a las especiales demandas de las minorías existentes en los Estados. Los derechos sociales, si bien permitían una mayor inclusión y equilibrio social, no garantizaban el derecho a la diferencia cultural y la pervivencia de los sujetos colectivos como tales. Las demandas por la diferencia cultural y el acomodo a la misma fueron cada vez más constantes tal y como señalamos en apartados anteriores. En razón de ello, a finales de la década de los 80, tanto en los niveles locales como en el internacional fueron surgiendo diversas normativas que reconocían derechos en función de grupo y de acomodo a las diferencias tanto para los pueblos indígenas como para las demás minorías

nacionales. Es precisamente aquí en donde podemos fijar los albores del constitucionalismo multicultural.¹⁵⁴

1.4.2.3. Constitucionalismo multicultural

Una Constitución es la más bella forma en como una sociedad se mira ante sí. Es lo que es pero también lo quiere o quisiera llegar a ser. Al leer una Constitución leemos la historia, los avatares, los triunfos y fracasos de una sociedad junto con la proyección que de sí se tiene ante el presente y el futuro por-venir. A lo largo del tiempo constitucional han existido momentos en los que las diversas sociedades del orbe han considerado que ciertas características comunes eran dignas de seguir, de ahí, primeramente la existencia de Constituciones, luego la de incorporación de derechos de libertad en aquellas, más tarde derechos de justicia social y ahora de reconocimiento y acomodo a las diferencias culturales.

Hemos señalado que los Estados son multiculturales. En la inmensa mayoría de ellos conviven junto con una “sociedad mayor” diversas minorías nacionales, étnicas, lingüísticas e incluso religiosas con características culturales propias y distintivas. En el caso de América, podemos decir que desde Alaska hasta tierra de fuego no existe un sólo Estado en el que no existan pueblos indígenas acompañados de otras minorías. Lo mismo puede decirse de Europa, África, Asia y de Oceanía con sus respectivas minorías nacionales.

Desde finales de los años 80, los Estados han venido implementando reformas constitucionales para reconfigurarse como Estados, es decir, para modificar la manera en que hasta entonces era entendida la forma o estructura que un Estado debía de asumir. Este nuevo modelo de Estado es un estado abierto, dúctil, que reconoce la existencia de una composición plural interna.

El auto-reconocerse como un Estado pluralista tiene grandes y profundas repercusiones. Una de ellas, es el reconocimiento de la existencia interna de grupos

¹⁵⁴ En relación con la necesidad de un cambio constitucional en materia indígena capaz de inaugurar un nuevo albor en el constitucionalismo, señala Diego Valadés: *“Debe admitirse que el constitucionalismo mismo representó, en su momento, una ruptura con el orden normativo del absolutismo. Significó una solución heterodoxa para las demandas políticas de una sociedad que exigía la renovación.... Esa misma disposición tendrá que adoptarse al examinar, en México, los derechos de los indígenas... la renovación del orden jurídico es un imperativo de la realidad y, por supuesto, de la justicia. Si como consecuencia se tienen que dejar de lado algunos principios hasta ahora considerados inmutables, no se tratará sino de un tirón más en el proceso de cambio de toda sociedad libre y dinámica.”* VALADÉS, Diego. “Los derechos de los indígenas y la renovación Constitucional en México”. En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 19-20.

sociales portadores de intereses, ideologías y proyectos diferenciados pero en ningún caso tan fuertes para hacerse exclusivos o dominantes y ser la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado. De este modo, las sociedades actuales poseen un cierto grado de relativismo y asignan a sus constituciones la tarea de establecer las condiciones de posibilidad para la vida en común. Una Constitución democrática en una sociedad pluralista es sencillamente el compromiso de la posibilidad para la vida en común.¹⁵⁵

Gustavo Zagrebelsky señala que las constituciones contemporáneas, es decir, las pluralistas, exigen el reconocimiento, y acomodo, de los diversos valores y principios existentes en las sociedades en las que se enmarcan. Estos valores y principios deben de ser asumidos con el carácter de no absolutos a fin de que pueda darse la convivencia entre ellos. Sólo puede admitirse con carácter absoluto el metavalor que se expresa en el mantenimiento del pluralismo de valores. Únicamente éste debe de valer incluso con intransigencia y sólo en él las razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas.¹⁵⁶

Ahora bien, desde hace algunas décadas la mayor parte de los Estados del orbe han asumido esta idea del pluralismo como una directiva a seguir y, en menor o mayor grado, han implementado reformas constitucionales que adecúan al Estado a su condición plural interna.

En América, el reconocimiento constitucional se da desde los años 80: Canadá (1982), Nicaragua (1986) y Brasil (1988); en la década de los 90: Colombia (1991), México (1992 y 2001), Guatemala (1992), El Salvador (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994 y 1998) y Venezuela (1998). Del mismo modo, en secciones anteriores hemos hecho ya referencia a diversas políticas multiculturales llevadas a cabo en otros Estados como: Australia, Noruega, Suecia, Dinamarca, Japón, Nueva Zelanda, y los Estados Unidos.

A nivel regional, es de destacar el caso Europeo. Ya desde 1990, la Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa (OCSE) afirmó que el status y el trato otorgado a las minorías nacionales “son causa de legítima preocupación internacional y, en consecuencia, no constituyen exclusivamente un asunto interno del Estado respectivo.”¹⁵⁷ Asimismo, como se ha comentado, desde

¹⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Ob. Cit. Pág. 9-10.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 11-12.

¹⁵⁷ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ob. Cit. Pág. 187.

1993 uno de los requisitos que exige la Unión Europea (UE) para ingresar a la misma, es el respeto por los derechos de las minorías.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDU) en repetidas ocasiones se ha pronunciado sobre el carácter multicultural de los Estados europeos y la necesidad tanto de preservar como de garantizar una visión multicultural al interior de los mismos. En el caso Lautsi, el Tribunal señaló:

“La mayoría de nosotros vivimos en sociedades multiculturales y multiétnicas dentro de nuestros Estados nacionales, una situación que ha llegado a ser una característica común de estas sociedades... en una sociedad multicultural, la protección efectiva de la libertad religiosa y del derecho a la educación requiere una estricta neutralidad del Estado en la educación escolar estatal, que debe hacer todo lo posible para promover el pluralismo en la educación como un elemento fundamental de una sociedad democrática.”¹⁵⁸

En el caso Chapman, el Tribunal Europeo señaló la existencia de un consenso general en el seno de los estados del Consejo de Europa “...para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida...” Ello, “...no solo con el objetivo de proteger los intereses de las minorías sino también para preservar la diversidad cultural que es beneficiosa para la sociedad en su conjunto.”¹⁵⁹

En el ámbito latinoamericano también existen precedentes jurisdiccionales dignos de señalar. En diversas sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) se ha pronunciado en relación a los derechos que asisten a los pueblos y comunidades indígenas. Desde el año 2001¹⁶⁰ la CoIDH ha mantenido una postura constante en relación a las implicaciones que un Estado multicultural demanda. Así, por ejemplo, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, la Corte de San José señaló que el derecho a la identidad cultural “...es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva que debe de ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.”¹⁶¹

¹⁵⁸ TEDH. Caso Lautsi c. Italia. Parere dissenziente del giudice Malinverni congiuntamente al giudice Kalaydjieva. Corte Europea del Diritti dell’Uomo. 18-03-2011.

¹⁵⁹ TEDU. Case of Chapman V. The United Kingdom. 18-01-2001. Párr. 93.

¹⁶⁰ CoIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

¹⁶¹ CoIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 217.

A nivel internacional, los avances normativos en materia de multiculturalismo pueden apreciarse en la adopción del Convenio 169 de la OIT (1989); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992); el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1997); la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001); la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005) y; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).¹⁶²

Con base en estos desarrollos podemos afirmar que muchos de los fundamentos clásicos sobre los que se ha estructurado el constitucionalismo comienzan a ser reinterpretados. Uno de tales fundamentos es la propia idea de Estado, pueblo y soberanía. En efecto, la teoría constitucional clásica nos indica que el titular de la soberanía es el pueblo. No obstante, hasta hace pocas décadas, ningún texto constitucional o legal había hecho referencia a las características culturales del “pueblo”. A partir de las reformas constitucionales y legales comenzadas a finales de la década de los 80, muchos países han reconocido que el pueblo tiene una composición multicultural y que lejos está de ser culturalmente homogéneo.¹⁶³

Este reconocimiento constitucional dado en diversos países –y en el nivel internacional- refleja finalmente lo que ha sido una constante realidad pero que antes no se aceptaba: la existencia de culturas diferentes al interior de un mismo Estado. Pero además, al establecerse como una obligación la protección que de las diversas culturas debe hacer el Estado, se reconoce implícitamente que las mismas se han encontrado en una situación histórica de infravaloración por lo que se establecen condiciones particularmente distintivas a aplicarse tratándose de las minorías existentes.

En efecto, ciertas disposiciones constitucionales otorgan derechos especiales a sus minorías. En el caso de los pueblos indígenas, se reconocen derechos colectivos que sólo corresponden a los pueblos o comunidades en su calidad de entidades

¹⁶² RODRIGUEZ, Gloria Amparo. “Breve reseña de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas colombianas”. Ob. Cit. Pág. 200.

¹⁶³ Por ejemplo, las siguientes Constituciones latinoamericanas: Bolivia (art. 1º) “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario...”; Ecuador (art. 1º) “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”; Colombia. (art. 7) “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; Perú (art. 2º) “Toda persona tiene derecho... 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”; México. (art. 2º) “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”, entre otras Constituciones.

colectivas. En diversas Constituciones se reconocen estos derechos y se contienen acciones afirmativas destinadas a colocar en una situación de igualdad material a estos sectores históricamente vulnerables dentro de la sociedad.

La democracia misma, en los estados constitucionales modernos ha debido ser replanteada desplazándose esa anquilosada consideración procedimental de la misma regida por el juego de las decisiones mayoritarias. Atento a la existencia de diversas minorías al interior de los Estados, se ha delineado la estructura de una democracia substancial o material en la que la regla de oro expresada en la decisión mayoritaria ha tenido que ceder ante ciertas esferas asumidas como “indecidibles”, exentas de la regla mayoritaria. Del mismo modo, la democracia se ha tenido que “expandir” para dar cabida en su interior a diferentes sectores minoritarios que, aunque cuantitativamente irrelevantes, son cualitativamente imprescindibles en los debates argumentativos que enriquecen la participación ciudadana.

La afirmación en los textos constitucionales de la pluralidad cultural de los Estados, así como el reconocimiento de derechos especiales de las minorías, tanto individuales como colectivos, la garantía para hacerlos valer, la incorporación de acciones afirmativas para lograr una igualdad no sólo jurídica sino también fáctica, la mayor amplitud de la democracia al incorporar instrumentos de participación para las minorías, etc., son constantes seguidas en múltiples Estados que han adoptado el multiculturalismo como modelo de Estado a seguir. La asunción de un Estado como multicultural se ha revelado, sin lugar a dudas, como una decisión política fundamental a la manera de Carl Schmitt.¹⁶⁴

Las evidencias que podemos recoger en la mayoría de las democracias modernas, así como la experiencia regional e internacional al respecto, nos permiten afirmar que nos encontramos en una nueva etapa del constitucionalismo, una etapa que sigue el proceso evolutivo del constitucionalismo social. Se trata de un constitucionalismo que considera esencial la limitación del poder de los gobernantes mediante su sujeción a normas imperativas colocadas en textos constitucionales, además de la importancia de la consagración de derechos no sólo civiles y políticos sino también sociales en un nivel de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico.

Pero además de lo anterior, el llamado constitucionalismo multicultural viene a reconocer la importancia de las diferencias culturales entre los diversos pueblos del

¹⁶⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Alianza Editorial. Madrid, 1987. Pág. 85-86.

planeta en el igual valor y dignidad de los mismos; un constitucionalismo que no busca la incorporación o asimilación de las diferentes culturas a un “proyecto homogéneo” de construcción nacional, sino por el contrario, se trata de un constitucionalismo que busca la convivencia en la diversidad; un constitucionalismo que reconoce en las diversas culturas la riqueza más grande de un Estado; un constitucionalismo en el que la democracia deliberativa se fortalece a través del diálogo y la convivencia con lo diferente; un constitucionalismo que aspira a imbuir todo el orden nacional mediante principios de justicia material; en suma, un constitucionalismo multicultural.

1.5. Notas para un Estado multicultural

Asumirse como un Estado multicultural es sumamente complejo tanto en términos de diseño institucional como de adecuación jurídica de las diferencias (políticas de acomodo). Aunado a ello, conlleva una gran responsabilidad pues implica asumirse como un Estado para todos y no para un grupo particular representativo de una determinada cultura societal.

En esta sección presentaremos algunas “notas” o “directivas” comunes que los Estados multiculturales suponen. Del mismo modo, presentaremos algunas de las principales observaciones formuladas a este modelo de Estado. Previo a ello, presentaremos muy brevemente cuales consideramos que son las novedades del multiculturalismo.

1.5.1. Novedades del multiculturalismo

En primer lugar, el multiculturalismo reconoce que la condición mínima para conceder “respeto” a las minorías nacionales es protegerlas de la clase de políticas injustas de “construcción nacional” tratadas anteriormente. No se trata ya de reproducir determinados caracteres arquetípicos para definir a alguien como “nacional” de tal o cual Estado. El multiculturalismo coloca sobre la mesa algo que siempre ha existido pero que no ha querido ser reconocido: que existen diferentes formas de ser y sentirse nacional.¹⁶⁵

Otra novedad del multiculturalismo es que reconoce el igual valor de todas las culturas. Por tanto, no considera que unas sean avanzadas o civilizadas, y otras bárbaras o atrasadas. El multiculturalismo no pretende “salvar de la barbarie” a nadie,

¹⁶⁵ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. “Nueva Constitución y nuevo derecho indígena”. En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 243.

no concibe que las minorías nacionales se encuentren fosilizadas en la historia, antes bien reconoce su igual valor y dignidad para ser -y mantenerse- como quieran ser en un marco mínimo de respeto entre todas las culturas. Para el multiculturalismo no existen culturas mejores o peores, sólo diferentes maneras en que éstas entienden la realidad.

Ahora bien, lo anterior no implica que el multiculturalismo acepte y proteja cualquier práctica por más tradicional e importante que pueda ser considerada para una cultura. El multiculturalismo –liberal- sólo acepta, protege y aboga por aquellas prácticas que son compatibles con los principios democráticos y con los derechos fundamentales de cada individuo. Por tanto, el multiculturalismo se opone a aquellas prácticas que discriminan a la mujer, a la mutilación genital, a la esclavitud, a la venta de niños, a la aplicación de sanciones inhumanas, etc.¹⁶⁶

Además de lo anterior, el multiculturalismo tiene la novedad de ser una propuesta alternativa tendiente a la mayor democratización de la sociedad con el objeto de construir sociedades realmente incluyentes en donde todas las diversas voces puedan tener cabida. Andrea Greppi nos indica:

“La multiplicación de las diferencias enriquece las perspectivas, porque cada uno de los participantes –cada sujeto y cada grupo- aporta un conocimiento propio, un conocimiento formulado desde la experiencia de una particular condición histórica, cultural, racial, sexual, religiosa, etc. La progresiva ampliación de las perspectivas del diálogo enriquece el sentido crítico de la ciudadanía y promueve la calidad discursiva de la conversación que tiene lugar en el foro público. A más diferencia, más democracia.”¹⁶⁷

La política multiculturalista surge ante la exclusión de la que han sido objeto las minorías étnicas en todas las esferas de la vida y el multiculturalismo pretende también democratizar todos estos aspectos.

¹⁶⁶ En diversos instrumentos internacionales se establece como límite al reconocimiento de la diferencia cultural el respeto por los derechos humanos, así tenemos la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO (artículo 4º); La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículo 8.2); El Convenio 169 de la OIT (artículo 8.2); La Convención Marco del Consejo de Europa sobre los derechos de las minorías nacionales (artículo 23); La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 46); entre otras.

¹⁶⁷ GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Ed. Trotta. Madrid, 2006. Pág. 132-133.

La Corte Constitucional Colombiana ha entendido que todos los aspectos antes señalados delimitan el imperativo de un Estado verdaderamente multicultural fundado en el principio de la diversidad. En su sentencia SU-510/1998 señaló:

“Para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades.”¹⁶⁸

1.5.2. Derechos humanos y multiculturalismo

Una de las principales preocupaciones frente al multiculturalismo gira en torno al relativismo cultural. Ciertamente, existen en determinadas minorías nacionales algunas prácticas, fundadas en el pluralismo jurídico, que resultan incompatibles con los más elementales principios democráticos y humanos (prácticas como la ablación genital femenina, la venta de niñas en comunidades indígenas, la prohibición de toda forma de homosexualidad, etcétera). El multiculturalismo no defiende ni propugna por el reconocimiento de tales prácticas sino que, por el contrario, las condena.¹⁶⁹

No obstante, en este punto debe de hacerse una justa crítica a quienes condenan esas prácticas culturales. Normalmente la crítica se dirige hacia lo que constituye una excepción en las culturas y casualmente suelen usarse los casos más

¹⁶⁸ CCC, sentencia SU-510/98.

¹⁶⁹ Como ejemplo, La Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO afirma, en su artículo 4º que “nadie puede invocar la diversidad cultural para restringir derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni limitar su aplicación”. Limitaciones semejantes las encontramos en múltiples instrumentos jurídicos a los que hemos hecho ya referencia en su ocasión. Del mismo modo, puede verse el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT.

provocadores para condenar en su totalidad a la cultura en cuestión. Perdiéndose así de vista todo lo bueno y dignamente rescatable que puede tener una cultura. La misma crítica curiosamente no se realiza desde la cultura asumida como dominante y en la que tras un sencillo análisis pueden advertirse prácticas del todo condenables desde la visión de otra cultura (Vgr. La privación de la libertad que en la mayoría de los pueblos indígenas no existe).

En última instancia, como señala Amy Gutmann, se trata de distinguir lo bueno, lo malo y lo repugnante en las políticas de identidad.¹⁷⁰ Los intereses personales o de grupo, la religión o la cultura en ningún caso deben de ser el pretexto para la vulneración de los derechos humanos de los individuos.

Lo anterior no significa, como mucho se ha argumentado, que los derechos humanos sean vistos como una imposición de occidente hacia todas las demás culturas del mundo. La universalidad de los mismos ha sido ampliamente tergiversada y malinterpretada en el sentido de pretender que los derechos humanos tengan que ser universalmente compartidos por las diversas culturas, como si existiera una suerte de valores ético-cognoscitivos en el que todos nos reconociéramos o debiéramos reconocernos,¹⁷¹ nada más falso que lo anterior.

La universalidad de los derechos humanos lejos de implicar la homogeneidad, pretende el reconocimiento de la multiculturalidad, de la posibilidad de que lo distinto pueda coexistir dentro de un ámbito de respeto. Universal en derechos humanos significa que los derechos son parta todos en cualquier lugar. Boaventura de Sousa nos indica que mientras los derechos humanos sean concebidos como universales en términos de homogeneidad, tenderán a operar como un localismo globalizado (la imposición de occidente).

Para que los derechos humanos sean un verdadero potencial emancipatorio, deben ser conceptualizados como multiculturales ya que de lo contrario no pasarán de ser vistos como un choque de occidente contra el resto del mundo.¹⁷²

Si algún sentido tiene hablar de derechos humanos es justamente el de posibilitar la unidad en la diversidad. Con ellos, lo que se logra es precisamente tutelar

¹⁷⁰ GUTMANN, Amy. *La identidad en democracia*. Trad. Estela Otero. Ed. Katz, Buenos Aires, 2008. Pág. 14.

¹⁷¹ FERRAJOLI. Luigi. "Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo" En *Democracia y garantismo*. Ob. Cit. Pág. 144.

¹⁷² DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos" Ob. Cit. Pág. 6.

la diferencia en las formas de interpretación de lo que es considerado valioso por una determinada cultura. Sólo pensemos en la libertad de expresión, en la libertad religiosa, en la de imprenta, en la dignidad humana, etcétera y se verá que en todos estos casos lo que se protege es precisamente lo diverso y así, junto con la universalidad, que tiene como corolario la igualdad, se garantiza que tanto lo yo pienso, creo o considero digno, tenga el mismo valor que lo que piensa, cree o considera digno cualquier otra persona. Es este el verdadero sentido de la universalidad, en donde lo distinto puede tener cabida sin que una concepción se superponga sobre la otra.¹⁷³

Los derechos humanos no son sino mínimos que alegóricamente representan los basamentos o estructuras de un edificio en donde el contenido del mismo será cubierto por lo que cada cultura considera valioso. Así, a la manera de Herbert Hart,¹⁷⁴ los derechos humanos tienen, en una concepción multicultural, una amplia textura abierta en la que frente a cada caso, el intérprete deberá determinar el sentido y alcance de la norma atendiendo a factores de índole cultural –justificación interna– cuando en el caso de mérito se encuentren inmersos factores étnicos legítimamente tutelados por el orden constitucional.

La existencia de múltiples culturas no refleja sino el carácter tan diverso de los seres humanos, ninguna cultura es mejor o peor que otra, son sólo diversos puntos de vista desde los que se intenta comprender una misma cosa: al ser humano y su existencia, y todas estas formas de interpretación son igualmente válidas y legítimas mientras respeten esas bases o mínimos que son los derechos humanos.¹⁷⁵

Es en este punto en donde reside la posibilidad de construir una visión multicultural de los derechos humanos pues al reconocernos todos como diferentes en las diversas culturas, nos reconocemos como igualmente incompletos, como igualmente necesitados los unos de los otros para escalar en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria en donde al reconocer nuestras diferencias, también reconozcamos la existencia de valores mínimos que guíen el actuar de la humanidad para evitar que nuestra diferencia nos lleve a la imposición de los unos sobre los otros.

¹⁷³ MALDONADO SMITH, Mario. "Noción de derechos humanos" En: Revista académica. Facultad de Derecho de la Universidad La Salle. Año X, No. 19, Julio 2012. México. Pág. 205.

¹⁷⁴ Véase: HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Abeledo Perrot. 3ª ed. Buenos Aires, 2012. Pág. 155-169.

¹⁷⁵ MALDONADO SMITH, Mario. "Noción de derechos humanos" Ob. Cit. Pág. 202-203.

Algo tan sencillo como saber escuchar, dialogar y deliberar en un ámbito de respeto entre las diversas culturas, puede ayudarnos a comprender mejor esta visión multicultural de los derechos humanos. Sólo así estaremos en condición de saber que muchas culturas pueden defender lo propio con los más diversos fundamentos morales acerca de la dignidad, la igualdad, el respeto, la solidaridad y otros ideales conexos. Todos ellos, inspirados en las más distintas tradiciones de pensamiento: religiosas y seculares, occidentales y no occidentales, deontológicas y consecuencialistas, etcétera. En una perspectiva democrática y multicultural no hay un valor o principio considerado correcto o incorrecto, todas estas ideas se superponen y nos ayudan a comprender mejor las múltiples fuentes, significados e interpretaciones acerca de los derechos humanos.¹⁷⁶

Recalcamos, en un Estado multicultural se trata también de saber escuchar al otro, al diferente, al no occidental, para entender desde lo que en su particular contexto cultural puede significar una determinada práctica social. Como un simple ejemplo, tenemos el caso de la jurisdicción especial indígena (pluralismo cultural) en el cual, cuando un determinado asunto se considera que debe de pasar desde la jurisdicción especial indígena a la ordinaria, los juzgadores deben saber decidir el caso en cuestión imbuidos por las circunstancias culturales de la situación para determinar cuándo una práctica puede o no ser contraria a los derechos fundamentales pero sin perder de vista la visión multicultural que de los mismos debe de hacerse. La Corte Constitucional Colombiana, ha entendido de esta manera su posición ante los casos en los que se ven inmersos pueblos indígenas con sus determinadas prácticas culturales. Sin partir de prejuicios, previo a toda decisión, la Corte ha estimado que debe dialogarse con las autoridades tradicionales e imbuirse de la cultura indígena en cuestión antes de adoptar una determinada decisión. En repetidas ocasiones la Corte ha dicho:

“...considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución –directa o indirecta-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el *ethos* y la

¹⁷⁶ GUTMANN, Amy. Ob. Cit. Pág. 126.

cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política.”¹⁷⁷

Lo anterior implica, parafraseando a la Corte Constitucional Colombiana, un ejercicio por parte del intérprete de conocimiento tanto del punto de vista externo como del interno de la situación para conocer el alcance de cada práctica cultural. Así, para nuestra cultura occidental (punto de vista externo), algunas conductas realizadas por las minorías étnicas podrían ser catalogadas como violatorias de derechos humanos, sin embargo, desde un punto de vista interno de la comunidad, tales prácticas encuentran un significado cultural plenamente comprensible¹⁷⁸. La acción del intérprete al sumergirse en el punto de vista interno, evita la mecánica aplicación de las disposiciones normativas. Sólo cuando una determinada acción se asocia con una práctica cultural puede entonces conocerse su sentido y significado lo cual, permite al juzgador determinar si dicha práctica realmente es compatible con el principio de diversidad cultural tutelado constitucionalmente o bien, excede el campo de su protección por violentar las exigencias mínimas de dignidad humana. Si el juzgador no realiza este ejercicio, mal haría en el caso concreto desestimando el principio de diversidad cultural tutelado por nuestra Constitución y resolviendo solamente desde su posición externa como intérprete.

Dentro de la comunidad internacional de Estados, no obstante, se han considerado ciertos derechos que conforman un coto vedado o esfera de lo indecible¹⁷⁹ Estos derechos, conforme a la Convención Americana sobre Derechos

¹⁷⁷ CCC, sentencia SU-510/98. La SCJN de nuestro país, también se ha pronunciado en este sentido al señalar que el derecho de los pueblos indígenas a acudir a la jurisdicción ordinaria conlleva la obligación de la autoridad de juzgar tomando en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, lo cual “...debe entenderse no como una mera opción o permisión para todas las autoridades jurisdiccionales, sino como un imperativo constitucional que condiciona e informa el resto de las normas, con el objetivo de posibilitar el ejercicio real de los derechos... y la expresión de su identidad individual y colectiva de los ciudadanos indígenas, y, superar paulatinamente la desigualdad de oportunidades que tradicionalmente les ha afectado.” Amparo en revisión 631/2012. De igual forma, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha mantenido esta posición. En el asunto SUP-JDC 9167/2011 (Caso Cherán), el Tribunal dijo: “El mandato...se traduce en el deber del órgano judicial...competente para conocer y resolver de la controversia en la cual formen parte los integrantes de pueblos y comunidades indígenas (individual o colectivamente) de interpretar las disposiciones constitucionales y legales que rigen el proceso contencioso y la materia sustantiva del litigio, con especial consideración de las normas consuetudinarias indígenas del caso y de las particulares condiciones o cualidades culturales del pueblo o comunidad de que se trate, mismas que comprenden los modos de vida y costumbres, los conocimientos y el grado de desarrollo artístico, Científico o industrial de un determinado conglomerado humano socialmente cohesionado, que les identifica entre sí y les permite autoadscribirse como miembros de ese grupo social”

¹⁷⁸ Sobre el punto de vista interno y externo: HART, H.L.A. Ob. Cit. Pág. 110-111.

¹⁷⁹ La expresión “coto vedado” pertenece a Ernesto Garzón Valdés y la de “esfera de lo indecible” a Luigi Ferrajoli. Ver: GARZÓN Valdés, Ernesto. “Representación y democracia” En: *Derecho, ética y*

Humanos (artículo 27) son: la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia; el nombre; los derechos del niño; la nacionalidad; los derechos políticos y; las garantías judiciales indispensable mínimas para la protección de estos derechos. En México, además de este coto vedado se incluye el derecho fundamental a la igualdad e integridad de las mujeres y el respeto a los principios constitucionales.

Del mismo modo, consideramos que estos derechos pueden, y deben, ser interpretados desde una posición multicultural capaz de dar cabida a las diferencias culturales sin embargo, debe de precisarse que todo derecho fundamental, incluso interpretado multiculturalmente, tiene que estar sujeto a un control que garantice el respeto a su núcleo básico esencial. Sólo así, nos guste o no, estaremos en posibilidad de generar un marco discursivo en el que establezcamos las reglas de juego mínimas a observarse para la convivencia pacífica en Estados multiculturales.¹⁸⁰

En el caso de las minorías nacionales a quienes se reconocen derechos colectivos debe señalarse, además, que en materia de derechos humanos tienen, entre otras, dos obligaciones fundamentales: la primera de ella es la prohibición de “restricciones internas”, esto es, “la exigencia de una cultura minoritaria de restringir las libertades civiles o políticas básicas de sus propios miembros” Esta prohibición supone el garantizar la libertad de las personas dentro del propio grupo y supone además, el “derecho de salida voluntario” para cuando un individuo así lo considera. De este modo, cada miembro de la colectividad puede cuestionar y revisar las prácticas tradicionales de su comunidad. Con esta obligación para la comunidad –y garantía para los miembros individuales- se garantiza un proceso de revisión interna al interior de las culturas por parte de sus propios miembros para determinar qué prácticas culturales han de seguir considerándose válidas y cuáles no. Amy Gutmann

política. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Pág. 644; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. I*. Trad., de Perfecto Andrés Ibáñez y et., al. Ed. Trotta. Madrid, 2011. Pág. 775.

¹⁸⁰ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, derivada del artículo 53.1 de la Constitución Española que indica: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial...” De acuerdo con Peter Häberle, se denomina “contenido esencial” al “...ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.” HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brague. Ed. Dykinson. Citado en la sentencia No. T-002/92 CCC.

nos dice: “El derecho de oponerse a las prácticas culturales que violan los derechos básicos es tan fundamental como cualquier otro derecho en una democracia”¹⁸¹

La segunda obligación es la garantía de “protecciones externas” que se dirigen precisamente al exterior del grupo cultural y que suponen un compromiso para que ningún grupo oprima o explote a otro grupo (como ocurría en el Apartheid de Sudáfrica). Esta garantía fomenta la igualdad entre los grupos minoritarios y mayoritarios. También es una obligación que corresponde a la sociedad mayor y no sólo a las minorías nacionales.¹⁸² De este modo, todo grupo queda exento de ser afectado por el libre juego de las mayorías y de las minorías en la democracia. Luigi Ferrajoli nos enseña que ninguna mayoría, por más apabullante que sea puede legítimamente decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. Señala que “Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión... La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica.”¹⁸³

1.5.3. Multiculturalismo y ductibilidad constitucional

Hemos señalado que las constituciones modernas se asumen como multiculturales en el sentido de reconocer la compleja pluralidad cultural inmersa en su interior y que se refleja en las diversas minorías nacionales, étnicas y lingüísticas que componen a las sociedades. Esta complejidad es la más grande riqueza cultural de los Estados y en un serio constitucionalismo democrático supone protegerla ante los embates de políticas asimilacionistas o integracionistas.

No obstante, reconocer esta amplia pluralidad interna conlleva complicadas situaciones para el Estado pues no sólo se traduce en el reconocimiento expreso constitucional sino que implica, además, la traducción de esa complejidad a las estructuras internas del propio Estado, tales como: el parlamento y su relación con las minorías; la administración pública y la aplicación de medidas que directamente conciernen a los intereses de los grupos culturales al interior del Estado; pluralismo

¹⁸¹ GUTMANN, Amy. Ob. Cit. Pág. 107.

¹⁸² KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ob. Cit. Pág. 211-212.

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y et., al. Ed. Trotta. 9ª ed. Madrid. 2009. Pág. 859.

jurídico; órganos especializados para el tratamiento de las minorías estatales; acciones afirmativas y políticas de acomodación en los casos en que se requieran; reconocimiento diferenciado de ciertos derechos fundados en mandatos de justicia material; políticas de afirmación constitucional de la diferencia; cláusulas de coto vedado ante el relativismo cultural (límite sustancial de la democracia y el Estado de derecho); por señalar sólo algunas.

Zagrebelsky nos indica que en este contexto una Constitución pluralista debe ser interpretada como el “compromiso de la posibilidad para la vida en común” cuando la realidad interna revela la existencia de una diversidad de valores y principios, en no pocos casos incompatibles, al interior de una determinada sociedad.¹⁸⁴

Como hemos señalado con antelación, desde hace algunas décadas la mayor parte de los Estados han asumido esta idea del pluralismo como una directiva a seguir y, en menor o mayor grado, han implementado reformas constitucionales que adecúan al Estado a su condición plural interna. Sin lugar a dudas, lo anterior genera amplias complicaciones y en no pocos casos se presentarán conflictos, sin embargo, ello es normal en una sociedad compleja culturalmente y es un pequeño costo a asumir frente a las políticas de injusta homologación cultural preexistentes. Habermas nos enseña que en una sociedad nadie es libre mientras la libertad de unos tenga que pagarse al precio de la opresión de otros.¹⁸⁵

Sobre esta necesidad de pluralismo de valores en las sociedades modernas, Habermas señala: “...una teoría de la justicia cortada a la medida de las formas de vida moderna tiene que contar con una diversidad de formas de vida y planes de vida que han de coexistir dotados de unos mismos derechos; y naturalmente, sobre esas formas de vida y planes de vida cabrá esperar disenso desde la perspectiva de las diversas tradiciones y de las diversas biografías.”¹⁸⁶

De igual forma, Joseph Raz nos vincula al multiculturalismo con la idea de un constitucionalismo multicultural, al enseñarnos que:

“...el multiculturalismo surge de la creencia en el pluralismo de valores, y en particular en la validez de los diversos valores plasmados en las prácticas que constituyen los diversos valores de las distintas sociedades, en muchos sentidos

¹⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Ob. Cit. Pág. 9-10.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. “Paradigmas del derecho” Ob. Cit. Pág. 502.

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. “Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia” En: *Facticidad y validez*. Ob. Cit. Pág. 125.

incompatibles... Esto incluye la necesidad de que las sociedades políticas multiculturales se replanteen a sí mismas. No hay espacio para hablar de un problema de minorías o de que la mayoría tolere a las minorías. Una sociedad política, un Estado, está formado –si es multicultural- por diversas comunidades y no pertenece a ninguna de ellas. Aunque el tamaño relativo de las diferentes comunidades afecte las soluciones a los conflictos acerca de los recursos y espacios públicos que surgen entre ellas, no debe permitirse a ninguna que considere al Estado como propio, o que conciba que los otros gozan de su condición por su gracia.”¹⁸⁷

Nadie dijo que asumirse como un Estado multicultural fuera fácil. No desconocemos que, en principio, habrá más complicaciones que las que el modelo actual de Estado ofrece, más sin embargo, el más elemental imperativo de justicia implica repensar la forma en cómo nuestros Estados han sido erigidos e implica, del mismo modo, darle el real sentido y alcance a la democracia que esperamos construir, una democracia en donde todos puedan participar de la política desde su particular condición histórica y cultural y no, desde trincheras artificiosas construidas bajo vasos homogeneizantes en los que la libertad de unos se paga con el avasallamiento cultural de otros. Una democracia seria, deliberativa, con un contenido amplio de debate y discusión puede lograrse donde la diversidad de temas y perspectivas culturales sobre una misma cuestión puede darse. Cuando no existe lo anterior, resulta una ardua y complicada tarea el tratar de justificar una mínima concepción democrática ajena a una base plural interna.

1.5.4. Constitucionalismo multicultural y su vinculación con el modelo garantista

Con la expresión garantismo, a riesgo de redundancia, suele designarse a un modelo de derecho constitucional orientado a garantizar derechos subjetivos.¹⁸⁸

Dentro de la filosofía del derecho, el garantismo ha sido abordado desde diversas tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas. Desde una posición metodológica, el garantismo apunta a un modelo normativo de derecho que se concibe precisamente como un sistema de garantías, donde el derecho “es un sistema de límites y vínculos al poder político para la protección de los bienes e intereses que deben ser perseguidos...”¹⁸⁹

¹⁸⁷ RAZ, Joseph. “Multiculturalismo: una concepción liberal”. Ob. Cit. Pág. 187-189.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y derecho penal” En: *Democracia y garantismo*. Ob. Cit. Pág. 193.

¹⁸⁹ GASCÓN Abellán, Martina. “La teoría general del garantismo: rasgos principales”. En: CARBONELL Miguel y Pedro Salazar. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Ed. Trotta-IJ UNAM. Madrid, 2005. Pág. 35-36.

Además, en esta primera aproximación al garantismo, existe un regreso a la clásica distinción entre el «ser» y el «deber ser» pero llevada al campo mismo del derecho positivo, concluyendo que el mismo no sólo se enfrenta a un «deber ser» moral y a un «ser» jurídico, sino que, incluso, también se enfrenta con un «deber ser» de las normas que se encuentra positivizado.

De este modo: “el ordenamiento positiviza no sólo las condiciones de existencia o legitimidad formal de las normas («quién» y «cómo» debe decidir) sino también las condiciones de su validez o legitimidad sustancial («qué» se puede o debe decidir); positiviza, en suma, no sólo las condiciones del «ser» de las normas sino también su «deber ser»”¹⁹⁰ De esta tesis, Ferrajoli da lugar a elementos claves de su pensamiento tales como la “esfera de lo indecible” y la “dimensión sustancial de la democracia”.

Desde la posición conceptual, el garantismo apunta a las fuentes sociales del derecho concluyendo que “...los sistemas jurídicos y las instituciones en general no son frutos naturales dotados de alguna justificación independiente, sino artificios humanos al servicio de fines más o menos valiosos.” Finalmente, en lo que hace al garantismo como tesis axiológica y “como teoría de la justicia”, el garantismo se asume como “un ambicioso modelo llamado a culminar el proyecto emancipador que arranca de la ilustración; pero un modelo que, al estar ya anunciado en la constitución, compromete no sólo al legislador, sino también al juez y al jurista.”¹⁹¹

De estas tres tesis, nos concentraremos en la primera de ellas, en la del garantismo como modelo normativo de derecho. Este modelo se corresponde con el constitucionalismo contemporáneo asumido en diversos estados fundamentalmente tras la Segunda Guerra Mundial y caracterizado por la incorporación constitucional de una serie de principios y valores a partir de los cuales se justifica e irradia todo el sistema normativo. Entre esos principios y valores, los derechos fundamentales cobran especial prelación.

De este modo, para el garantismo la validez de las normas no sólo queda determinada por el simple aspecto formal –proceso de creación- de las mismas, sino que, además, se implica una necesaria correspondencia sustancial o material de aquellas, capaz de reconducirse a los principios y valores constitucionales y, en

¹⁹⁰ Ibidem. Pág. 25.

¹⁹¹ Ibidem. Pág. 35-36.

particular, por el respeto hacia los derechos humanos que, configuran la “esfera de lo indecible” dentro de un Estado.

Atento a lo anterior, el garantismo se aleja de la tradicional posición dogmática/exegética del derecho, reconociendo que el mismo no se identifica única y exclusivamente con la ley y, menos aún, condiciona su validez al simple proceso formal de elaboración de las normas. Por el contrario, el garantismo recupera la ancestral distinción entre *lex* y *ius*, recordando que el derecho constituye algo mucho más grande y profundo en lo que en última instancia se encuentra la validez sustancial de toda norma.

En una emblemática sentencia del Tribunal Constitucional alemán, refiriéndose al artículo 20, sección.3, de su Ley Fundamental, puede advertirse con claridad esta nueva forma garantista de entender al derecho:

“El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un plus en lo que toca al derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional.”¹⁹²

En el mismo sentido, por los mismos años y en un régimen de dictadura militar, es sorprendente el criterio garantista asumido por un tribunal argentino que en el caso Saguir y Dib decidió interpretar armónica y sistemáticamente el sistema jurídico argentino reconduciéndolo a sus primeros principios y valores constitucionales. En uno de los diversos párrafos maximizadores puede leerse:

“El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos...no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios

¹⁹² Sentencia BVerGE 34, 269, Pág. 304. Citada en: HABERMAS, Jürgen. “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional” En: *Facticidad y validez*. Ob. Cit. Pág. 317.

fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo... De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso..."¹⁹³

Ahora bien, ¿en qué medida se relaciona o compagina el constitucionalismo multicultural con este modelo garantista de derecho? La relación resulta de una extrema singularidad pues tanto el garantismo como el constitucionalismo multicultural constituyen modelos jurídicos orientados a la máxima protección de los derechos fundamentales de los individuos. Si bien es cierto, el garantismo hace especial hincapié en los derechos individuales de todos los sujetos, el multiculturalismo lo hace *prima facie* desde la perspectiva del grupo, de la comunidad, de la cultura compartida pero para garantizar en última instancia la existencia de una vida digna para cada uno de los individuos componentes del sujeto colectivo.

Aunado a ello, ambos modelos normativos recuperan la diferencia existente entre *lex* y *ius*, recordando que el derecho no se agota en la mera ley, tampoco en la simple interpretación exegética de la norma ni mucho menos en la aplicación mecánica de la misma bajo modelos de sencilla subsunción. Por el contrario, ambos modelos reconocen que el derecho se encuentra conformado por una pluralidad de reglas, valores y principios hacia los que toda expresión normativa debe de ser reconducida pues es en esos principios y valores elementales en los que encuentra su validez sustancial todo el quehacer jurídico.

Uno de los principios fundamentales recuperados por el constitucionalismo multicultural es el de la diferencia cultural, expresado en el derecho fundamental de conservar los caracteres distintivos e identitarios de determinados grupos al interior del Estado y, consecuentemente, la obligación correlativa del ente público de garantizar y dar acomodo a esa diversidad cultural en todas sus manifestaciones.

Este derecho fundamental ha devenido en un mandato de optimización necesario ante el reconocimiento de una histórica exclusión y desigualdad fáctica en todas las esferas de la vida, así lo ha hecho la Constitución mexicana y la de toda una pléyade de Estados contemporáneos asumidos como multiculturales. La Corte Constitucional Colombiana, sobre este modelo multicultural, ha señalado:

¹⁹³ Fallo Saguir y Dib. Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina. 6/11/1980.

“La Constitución Política de 1991 adoptó un modelo de Estado social y democrático de derecho que reconoce el carácter pluriétnico y multicultural de la nación. La Carta elevó al rango de *principios fundamentales* del Estado la *pluralidad* y la *participación*; estableció la obligación estatal de reconocer y proteger la identidad cultural (art. 7º C.P.); consideró que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad (art. 70 C.P) y reconoció la autonomía de los pueblos indígenas... Así las cosas, el Estado colombiano reconoce y protege a los grupos culturalmente diferentes y considera como un valor constitucional la diversidad étnica y la autodeterminación de los pueblos indígenas.”¹⁹⁴

Asimismo, en otra sentencia la alta corporación colombiana señaló: “... el multiculturalismo constituye una riqueza que debe ser preservada mediante la promoción, investigación, la ciencia y el desarrollo de todas las expresiones y valores culturales; debe asegurarse por ende, el respeto por la cultura y valores espirituales de las comunidades indígenas y ha de resaltarse la importancia que adquiere el nexo de tales valores culturales con el territorio.”¹⁹⁵

Precisamente sobre el cambio de modelo asimilacionista al multiculturalista, la Corte Constitucional Colombiana también ha señalado lo siguiente:

“...con el cambio que se originó a raíz de la Carta de 1991, se le dio un estatus constitucional a los grupos minoritarios, como el de las comunidades indígenas, se cambió el modelo que pretendía y buscaba la asimilación e integración de estos grupos por otro paradigma en el que se reconoce y garantiza el pluralismo, la multiculturalidad y la participación de las minorías. Esta ha sido la manera en que el Constituyente de 1991 reconoció los múltiples y diversos abusos, maltratos, discriminaciones e injusticias históricas que han sufrido estas etnias, como consecuencia de lo cual parece inminente su extinción cultural y física. Así en la Constitución de 1991 se refleja una conciencia histórica y jurídica del valor de las culturas nativas y de las comunidades tradicionales... En consecuencia, esta Corporación ha expresado que el multiculturalismo encuentra fundamento constitucional en las premisas relativas a “(i) que en Colombia existen diversidad de culturas e identidades étnicas, (ii) que todas son merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) que todas son constitutivas de la identidad general del país y (iv) que

¹⁹⁴ CCC, sentencia T-871/2013.

¹⁹⁵ CCC, sentencia T-659/2013.

*todas son titulares –en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo.*¹⁹⁶

Aplicando estos últimos criterios vía *ratione legis* de un sistema jurídico muy semejante al mexicano, podemos concluir con toda certeza que los mismos resultan aplicables a nuestra situación cultural reflejando también el carácter multicultural de nuestro país.

De este modo, multiculturalismo y garantismo se encuentran estrechamente vinculados, configurándose ambos como nuevos límites al poder en los Estados constitucionales, democráticos y de derecho. Ambos reconocen que junto al espacio meramente procedimental, existe un espacio de lo sustancial, de aquello que no es lícito en ninguna democracia decidir, inclusive, por las más apabullantes mayorías, pero tampoco de aquello que ninguna democracia puede no decidir (Vgr., el reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales y culturales de tales minorías).¹⁹⁷

Constitucionalismo multicultural y garantismo son dos caras de la misma moneda, ambos corresponden a un progreso en el desarrollo del constitucionalismo y ambos apuestan por la mayor protección y maximización de los derechos fundamentales. En razón de estas semejanzas, en este trabajo de investigación hemos incorporado diversos elementos del garantismo con los que respaldamos nuestra posición de un constitucionalismo multicultural.

1.5.5. Derechos colectivos y constitucionalismo multicultural

El reconocimiento de derechos colectivos a nivel constitucional no es una novedad, incluso desde 1917 la Constitución mexicana los reconoció en sus artículos 27 (los derechos de los campesinos) y el 123 (los derechos de los trabajadores). Con este reconocimiento, se buscó actualizar el principio de igualdad jurídica al reconocerse que la ley no podía ser igual ante aquellos que eran social y económicamente desiguales.¹⁹⁸

En el caso de México, primeramente en 1992 y luego en 2001 se reconoció constitucionalmente que los pueblos y comunidades indígenas al encontrarse en una

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. "Garantías" En: *Democracia y garantismo*. Ob. Cit. Pág. 66 y 67.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. "Debate nacional sobre derechos indígenas. Lo que San Andrés propone, ¿San Lázaro descompone?" En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 270.

situación precaria y desventajosa, requerían de ciertos derechos especiales a fin de alcanzar una igualdad real o material que les permita alcanzar la igualdad jurídica contenida en la Constitución, además de ello, se reconoció que la garantía para la pervivencia de los grupos étnicos como tales no podía lograrse enteramente a través de los clásicos derechos individuales que, como su nombre lo indica, protegen al individuo, sino que eran necesarios ciertos derechos que tutelaran y garantizarán la pervivencia del colectivo como tal.¹⁹⁹

Es así que aparece la justificación de los derechos colectivos de orden constitucional. Este proceso seguido en México fue una de las tantas experiencias que el constitucionalismo latinoamericano y de otras latitudes, en periodos cronológicos por lo general semejantes, experimentaron y que llevó a las reformulaciones de las normas fundamentales en sus respectivos estados.

Tales derechos colectivos encuentran su fundamento en la condición de “pueblo” o “comunidad” que por regla general delinea la identidad de los grupos étnicos. Son colectivos porque de manera individual no se pueden ejercer y ello no implica que las minorías étnicas no tengan derechos individuales sino que además de ellos,²⁰⁰ por pertenecer a un pueblo étnicamente diferenciado del resto de la población, tienen también el derecho de vivir y desarrollarse como tales, lo que se traduce en la libre determinación; poseer sus propias instituciones económicas, sociales, políticas y culturales; un territorio en donde desarrollarse; el derecho a ser consultados en lo relativo a todas aquellas medidas administrativas, legislativas o de otra índole que puedan afectarles; el derecho a emplear su lengua vernácula en las instituciones públicas; entre muchos otros derechos.

¹⁹⁹ “A veces el igual valor y dignidad de las personas sólo puede asegurarse mediante el reconocimiento y la protección de los derechos individuales como *miembros de un grupo*. La expresión derechos colectivos o derechos de grupo se refiere a los derechos de esos grupos, incluidas las minorías étnicas y religiosas y las poblaciones indígenas, en las que el individuo queda definido por su comunidad étnica, cultural o religiosa.” OHCHR. *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2006. Pág. 4. Online. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>, Consultado el 06/05/14; Asimismo: “Los derechos relacionados con los pueblos indígenas buscan proteger, además de los derechos individuales, sus derechos colectivos, ya que el reconocimiento de tales derechos es necesario para asegurar la existencia, el desarrollo y el bienestar de los pueblos indígenas como colectividades distintivas.” OHCHR. *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR). Febrero, 2008. Pág. 14. Online. Consultado en la página oficial del OHCHR el 12/05/14, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf

²⁰⁰ “Por otra parte, los indígenas también son ciudadanos del Estado que habitan. Gozan de los mismos derechos que los no indígenas, y como tal también gozan de una “ciudadanía diferenciada”. Vale la pena reafirmar que “las diferencias”, y el ejercicio de los derechos colectivos, no atentan contra el principio de igualdad. Precisamente, para respetar cabalmente este principio se deben también respetar las condiciones que los rodean y, en consecuencia, el trato no puede ser totalmente semejante.” RAMÍREZ, Silvina. Ob. Cit. Pág. 59.

Los pueblos indígenas y demás minorías étnicas han reclamado el reconocimiento de derechos de carácter colectivo porque sólo a través de ellos es como puede garantizarse la pervivencia de la comunidad. No obstante lo anterior, estos derechos aún se ven inmersos en la clásica dicotomía individuo/estado que, pese a los diseños institucionales nacionales e internacionales en la materia, se mantiene latente.²⁰¹

Un caso muy interesante en el constitucionalismo contemporáneo puede darnos más luces sobre la materia particular. Se trata del derecho colectivo a la identidad cultural del pueblo Amish, a través del mantenimiento de sus instituciones religiosas y educativas. Como es sabido, el pueblo Amish se caracteriza por una profunda preservación cultural manifestada en su vestimenta, transporte, alimentación, lengua y demás. Así como por un férreo, pero pacífico, mantenimiento de sus instituciones religiosas.

En el caso *Wisconsin V. Yoder*²⁰², tres estudiantes Amish dejaron de asistir a una secundaria en Wisconsin (Estados Unidos) al final del octavo grado toda vez que las creencias religiosas Amish consideran que la educación más allá de este nivel resulta incompatible con su forma de vida tradicional y sencilla, incluso, consideran que esta educación pone en peligro su identidad y la propia existencia colectiva Amish. Para este grupo etno-religioso, la educación universitaria no es necesaria pues no se corresponde con los requerimientos necesarios en la vida comunitaria. Los tribunales locales condenaron la decisión Amish y multaron a los padres. El caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos y, por unanimidad, se pronunció en favor de Yoder (los Amish).

La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció que la *Ley de Asistencia Escolar Obligatoria* resultaba violatoria de la primera enmienda constitucional (libertad

²⁰¹ Nuevamente, nos remitimos a los clásicos debates entre liberalistas y comunitaristas. Muy someramente podemos señalar que para los comunitaristas, los liberalistas incurren en un error al partir de una abstracción en la que se concibe al individuo como una especie de átomo solitario, independiente de su entorno cultural. El liberalismo hace hincapié en el “yo” manteniendo al sujeto al margen de los acontecimientos sociales y de la cultura por lo que el individuo nunca es realmente libre, sólo lo es en un plano abstracto y lejano de lo fáctico. Los principales argumentos desde el liberalismo nos indican que más allá de la pertenencia a cualquier grupo, los individuos tienen la capacidad de cuestionar sus relaciones, hasta el punto, aún de separarse de ellas si así lo prefieren, de aquí parte la libre determinación del individuo para conducirse por la vida. De este modo, cada persona es libre para escoger sus fines y sus objetivos vitales. Los comunitaristas, por el contrario, consideran que toda decisión se toma desde la comunidad a través de las experiencias y el particular contexto cultural. Ver: SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge University Press, Cambridge. 1982, Pág. 150-165; GARGARELLA, Roberto. Ob. Cit. Pág. 126-128.

²⁰² *Wisconsin V. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

religiosa) para el caso de la comunidad Amish. La Corte reconoció que la forma de vida de esta colectividad se sustenta en una serie de profundas convicciones religiosas derivadas de la Biblia, entre las cuales, la educación superior se concibe como una forma de vida mundana que está en conflicto latente con su forma de vida sencilla. Se reconoció que no existe una sola forma de prepararse para la vida, tal y como lo argumentó el Estado de Wisconsin en el sentido de que era necesario preparar a los ciudadanos para participar efectiva y productivamente en el sistema político de los Estados Unidos. Por el contrario, la Corte Suprema reconoció que la educación recibida en la comunidad Amish resultaba muy exitosa en la sociedad estadounidense, pues generaba miembros autosuficientes, renuentes al “bienestar público moderno” en cualquiera de sus formas, respetuosos de la ley en sociedad y con una plena conciencia sobre sus responsabilidades ciudadanas. En suma, no afectaba el bienestar público de nadie e incluso contribuía a él desde la particular cosmovisión Amish.

La Corte, concluyó que la escolaridad obligatoria más allá del octavo grado para los niños Amish conllevaría una amenaza real de socavar a la comunidad y sus prácticas religiosas, tal y como se conservan hoy en día. De no garantizarse esta práctica, la comunidad abandonaría poco a poco sus formas tradicionales de vida y sería asimilada en la sociedad general.

En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció un derecho de la comunidad para preservar sus formas tradicionales de vida a través de sus instituciones educativas propias. Con esta decisión, lo que la Corte Suprema garantizó fue la pervivencia del sujeto colectivo Amish.

De acuerdo con lo anterior, se reconoce que para la supervivencia de las comunidades étnicas se requieren condiciones distintas a las de los demás miembros de la población. Como señalamos, la vida de estas minorías no puede entenderse fuera de su comunidad, fuera de sus formas colectivas de vida. Por ello, la garantía para su pervivencia requiere que les sean reconocidos, además de los derechos individuales, derechos de orden colectivo.²⁰³

²⁰³ El TEPJD ha reconocido que la precaria situación en que se encuentran los pueblos indígenas se debe, entre otras causas, a que “...las garantías individuales de las que goza todo sujeto no han sido suficientes para un adecuado desarrollo individual y colectivo de estos grupos, por lo cual el legislador constituyente ha reconocido los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, los cuales considera son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral...” SUP-JDC 1740/2012.

Es frecuente escuchar diversas voces que ciertamente no se oponen a la existencia de derechos colectivos especiales para las minorías étnicas, más sin embargo se cuestiona la delimitación que de esos derechos se realiza a tales sujetos, cerrándose el espectro de irradiación a otros grupos minoritarios en condición de desventaja. Al respecto, cabe argumentar que estos derechos especiales de las minorías étnicas encuentran su asidero en sus condiciones particulares que los diferencian del resto de la población y de otros colectivos en situación de desventaja.

Como se ha presentado en párrafos anteriores, las minorías étnicas encuentran su razón de existencia en su forma de vida como pueblo, como colectividad; arrastran una historia de constante exclusión en prácticamente todas las esferas de la vida; su condición identitaria no ha sido producto de una decisión voluntaria de los sujetos particularmente considerados –algo que si ocurre con otras minorías en situación de desventaja- sino que se constituyen en lo que se denomina “grupos identitarios” o de “adscrición” por oposición a los “grupos de interés”²⁰⁴; de igual forma existen previsiones internacionales e incluso constitucionales que dan cuenta de ese carácter diferenciado de las minorías étnicas para garantizar su pervivencia como sujetos culturalmente diferenciados y, asegurar asimismo la consecuente pluralidad cultural del Estado, son, como ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, “auténticos componentes de Nación misma.”²⁰⁵

En razón de los anteriores criterios, las minorías étnicas revisten una especial naturaleza que justifica la existencia de derechos colectivos para las mismas. No se trata de negar a las demás minorías derechos de esta índole sino de precisar el sentido y alcance de cada uno de ellos para el colectivo en cuestión. Así, el derecho a la libre determinación, al pluralismo jurídico, a la preservación de la lengua y de sus formas tradicionales de vida, a la consulta y al consentimiento previo, entre otros, son derechos colectivos que atienden a las características singulares que los grupos étnicos comparten.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) mexicano ha entendido en repetidas ocasiones este carácter especial que revisten los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En reiterados criterios, el TEPJF ha señalado:

“...una interpretación sistemática y funcional de las disposiciones contenidas en el artículo 2, apartado A de la Constitución General, en conexión con el sistema

²⁰⁴ GUTMANN, Amy. Ob. Cit. Pág. 27-31.

²⁰⁵ CCC, sentencia C-702/10.

democrático implementado en la Carta Magna y con el sistema de garantías individuales y sociales tuteladas por la misma...conduce a sostener que los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas...no constituyen meras concreciones normativas derivadas del valor intrínseco que el Poder Revisor de la Constitución confiere a diversas expresiones de la idiosincrasia indígena como vértice del carácter pluricultural que distingue a la Nación mexicana, sino que cumplen una función complementadora del reconocimiento igualitario de un sistema de derechos al que una sociedad mínimamente justa no puede renunciar...”²⁰⁶

Asimismo, respecto del especial carácter de derechos colectivos, el TEPJF ha señalado: “...las disposiciones constitucionales e internacionales de mérito parten de la aceptación consistente en que, por diversas causas y razones, las condiciones precarias en las que subsisten los indígenas en nuestro país se deben, entre otros motivos, a que las garantías individuales de las que goza todo sujeto no han sido suficientes para un adecuado desarrollo individual y colectivo de estos grupos... acorde con lo expuesto, los derechos de corte fundamental reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, así como sus integrantes, constituyen medidas que procuran beneficiar directa e indirectamente a estos conglomerados de la sociedad mexicana, a través de una clara diferenciación de trato que redunde en una mayor igualdad, por considerarse que se encuentran en una grave situación de desigualdad y desamparo con el resto de la población...tales beneficios forman parte de dicho ordenamiento, como mecanismos específicos de defensa de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, a la libertad de formas de vida y maneras de vivir, así como a la libertad de creación, mantenimiento y desarrollo de culturas...”²⁰⁷

Sin el reconocimiento de esos derechos especiales la igualdad sustancial no puede lograrse para las minorías étnicas concebidas como sujetos colectivos identitarios y los supuestos derechos que no atienden a su condición de pueblo o comunidad “...se traducen en meras declaraciones retóricas carentes de virtualidad, con lo que se desnaturaliza su función de instrumentos para el pleno desarrollo de la persona y se socava la dignidad de la persona, sustento de todo el andamiaje estatal.”²⁰⁸

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en su jurisprudencia reiterada que como parte del deber genérico de los Estados, en tanto

²⁰⁶ TEPJF. SUP-JDC 11/2007.

²⁰⁷ TEPJF. SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán, Guerrero).

²⁰⁸ Ídem.

garantes de los derechos humanos, deben implementar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de sus derechos humanos. En consecuencia, un Estado no puede tolerar la existencia de circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a la adecuada tutela de sus derechos y el mantenimiento de tales situaciones deriva en una clara violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁰⁹ La CoIDH ha señalado que este deber reviste particular importancia en tratándose de pueblos y comunidades indígenas, en cuyo caso los Estados deben "...tomar en consideración las características que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural".²¹⁰

1.5.6. Multiculturalismo y democracia deliberativa

La política multiculturalista surge ante la exclusión de la que han sido objeto una pléyade de grupos minoritarios, hablemos no sólo de su participación en la vida política del país, sino incluso –y sobre todo- de la exclusión en todos los campos de la vida cotidiana: en lo económico, lo social y ciertamente en lo cultural. El multiculturalismo busca precisamente democratizar todos estos aspectos a fin de que pueda darse una inclusión en los mismos por parte de estos grupos excluidos.

De esta manera, el multiculturalismo no sólo es compatible con el principio constitucional democrático sino que además constituye un prerrequisito para su consolidación y vigencia.²¹¹ A través del multiculturalismo, se contempla la diversidad como una realidad permanente y un elemento esencial de la comunidad política, y se considera a la tolerancia como un valor fundamental.²¹² En este sentido, consideramos que el multiculturalismo es una política adecuada que permitiría la mayor democratización de la sociedad, recordemos que de acuerdo con nuestra Constitución, la democracia es fundamentalmente "un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo."

Una democracia donde una sola de las voces es la que se escucha ciertamente facilita la gobernanza y la toma de decisiones, pero tal sistema no debería tener la connotación de democracia en el más mínimo sentido. La democracia, lo dijo con

²⁰⁹ CoIDH. Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Párr. 34.

²¹⁰ CoIDH. Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Párr. 51.

²¹¹ Diego Valadés, al referirse a uno de los elementos del multiculturalismo que suscita mayores críticas afirma: "al plantearse la autonomía de las comunidades indígenas no se contraviene la estructura ni el desarrollo del sistema constitucional mexicano. Por el contrario, se le enriquece." VALADÉS, Diego. Ob. Cit. Pág. 16.

²¹² KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Ob. Cit. Pág. 17-18.

celebres palabras Winston Churchill es la menos mala de las formas de gobierno, pero también, añadiría, una de las que más trabajo cuesta sostener.

El constitucionalismo contemporáneo asumido por diversos Estados obliga a trabajar en aras de lograr una cada vez más cercana democracia, no digamos ya plena, sino al menos digna de ser catalogada como tal. El multiculturalismo constituye una herramienta de gran apoyo para que las diversas voces que tanto tiempo han sido excluidas, puedan tener cabida.

Como hemos señalado con antelación, es previsible más no justificable el miedo, el temor, la incertidumbre que el colectivo general puede tener por sobre diversas creencias, convicciones morales, religiosas e ideológicas catalogadas, por decir lo menos, “extrañas”, más sin embargo, hemos insistido que es precisamente en ello, en la diferencia, en lo que se sustenta la gran riqueza cultural de un Estado. Con total convicción compartimos que:

“La multiplicación de las diferencias enriquece las perspectivas, porque cada uno de los participantes –cada sujeto y cada grupo- aporta un conocimiento propio, un conocimiento formulado desde la experiencia de una particular condición histórica, cultural, racial, sexual, religiosa, etc. La progresiva ampliación de las perspectivas del diálogo enriquece el sentido crítico de la ciudadanía y promueve la calidad discursiva de la conversación que tiene lugar en el foro público. A más diferencia, más democracia.”²¹³

A esta altura de nuestra “civilización” resulta terriblemente preocupante escuchar voces que consideran el que la democracia debe fundarse en la uniformidad, en una supuesta “voluntad general” de los participantes o en un mítico “consenso general”. La democracia, como señala Andrea Greppi, está destinada por su naturaleza misma a echar raíces estables en la diversidad, en la ausencia de unidad. Sólo en democracia, es posible realizar justicia a todas las voces y a todas las opiniones porque la virtud más preciada de la democracia no está en el consenso, sino en la apertura y en la posibilidad del disenso. Democracia es diferencia.²¹⁴ Jacques Derrida comparte lo anterior señalando que “No cabe democracia sin respeto a la singularidad o a la alteridad irreductible.”²¹⁵

²¹³ GREPPI, Andrea. Ob. Cit. Pág. 132-133.

²¹⁴ *Ibidem*. Pág. 44 y 125.

²¹⁵ DERRIDA, Jacques. *Políticas de la amistad: seguido del oído de Heidegger*. Trad. Patricio Peñalver y Francisco Vidarte. Ed. Trotta, Madrid. 1998. Pág. 40.

En México, el TEPJF ha reconocido el importante papel que la pluralidad cultural desempeña en una democracia. En el caso SUP-JDC 9167/2011 (caso Cherán), el Tribunal señaló: "...una democracia sólo se constituye como tal si la sociedad política que la conforma se encuentra convenientemente diversificada y organizada para ello, por lo que el principio democrático exige que opere como manifestación de la pluralidad de la población, de tal forma que puedan ser articuladas políticamente las distintas visiones y proyectos de Nación..."²¹⁶

La Corte Constitucional Colombiana, en sus espléndidas sentencias, ha señalado que: "...la efectiva participación de distintas cosmovisiones en un ámbito representativo nacional contribuye a materializar el multiculturalismo de la nación mediante la expresión de distintas voces y visiones en las decisiones nacionales."²¹⁷

La misma Corte Constitucional, en una interesante sentencia distinguió la democracia deliberativa de la representativa. Concluyendo que las circunstancias actuales de Colombia hacían imprescindible el fortalecimiento de la primera a través de instituciones como el referéndum, el plebiscito, la revocación de mandato, el presupuesto participativo, entre otras, pero también, a través de la mayor inclusión, representación y participación de las minorías étnicas colombianas.²¹⁸

A través de herramientas como la consulta y el consentimiento previo, libre e informado se materializa la participación de las minorías étnicas en la implementación de las medidas que directamente les afectan. De este modo, el multiculturalismo, además, resulta ser una importante herramienta para la puesta en práctica de una verdadera democracia deliberativa. Pues, en un estado constitucional-multicultural, las decisiones que afectan a todo el Estado son tomadas a través del consenso recíproco y no mediante la imposición de un solo sector de la sociedad.

Con lo anterior, también se hace efectiva la noción de democracia sustancial o material, que no reduce la toma de decisiones a la regla de la mayoría (que en muchos casos deviene en el imperio de la mayoría sobre la minoría) sino que se fundamenta en decisiones tomadas por deliberación consensuada.

Los teóricos de la democracia deliberativa, entre ellos Carlos Santiago Nino y Andrea Greppi, consideran que en contextos caracterizados por la diferencia –entre

²¹⁶ TEPJF. SUP-JDC 9167/2011.

²¹⁷ CCC, sentencia T-778 de 2005.

²¹⁸ CCC, sentencia C-461/2008.

ella la cultural-, el real valor de la democracia no depende tanto de su capacidad para generar un interés o voluntad general de todos, o incluso de la mayoría, sino de su capacidad para poner en marcha el más amplio proceso de intercambio de razones. La democracia, encuentra así su asidero y legitimidad en ese juego de razones argumentativas en el que cada participante puede hacer valer su voz.²¹⁹

Cuando el debate es enriquecido no sólo con la pluralidad de razones sino inclusive, con la pluralidad de puntos de vista desde una cosmovisión diversa, el debate reviste un profundo ejercicio de tolerancia, de comprensión, de empatía, que puede llevar a dirigir los resultados de una determinada medida a un punto más enriquecedor sobre el que ni si quiera se hubiera podido pensar en principio.

Nuevamente, podemos citar un *caso difícil* sobre el que aún hoy en día pueden existir recelos y seguramente la decisión adoptada por el tribunal no sea compartida por muchos. Lo interesante del caso es la apertura democrática que desde la justicia constitucional colombiana se da –la Corte Constitucional- para resolver un asunto sobre el que en principio la respuesta parecía clara pero tras un ejercicio de participación desde las diversas cosmovisiones pudo llegarse a un resultado impensable.

Se trata de la Sentencia T-523/97, el caso versa sobre la aplicación de la sanción del fuste por parte de la comunidad indígena Páez a aquellos sujetos miembros de la comunidad a quienes la asamblea comunitaria, tras un proceso de investigación, había encontrado culpables de crímenes particularmente graves dentro de la comunidad. En este caso, fue interpuesta una acción de tutela por un individuo de la comunidad quien consideró que dicha práctica atentaba contra su integridad física y constituía una sanción de tortura prohibida por la Constitución colombiana.

Una primera y evidente respuesta desde nuestra cosmovisión occidental ciertamente condenaría esta práctica por considerársele contraria a la dignidad humana y fue esta precisamente la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia y por el de alzada. No obstante, el asunto llegó a la Corte Constitucional de Colombia la cual ordenó la realización de dictámenes periciales antropológicos y sociológicos, así como diligencias personales de la Corte para tener intercambios argumentativos con los sabios de la comunidad indígena.

²¹⁹ GREPPI, Andrea. Ob. Cit. Pág. 46.

Derivado de estas diligencias y estudios periciales, la Corte encontró que: “La sanción del fuste, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena Páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado. Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido a esta interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse...”²²⁰

Tras ello, la Corte resolvió que la sanción del fuste no vulneraba el principio de dignidad humana y no constituía una práctica cruel, inhumana o degradante. La Corte encontró que de acuerdo con la cosmovisión de la comunidad indígena Páez, esta particular sanción no se orientaba en ningún modo al objetivo de causar un sufrimiento en el individuo, por el contrario, se trataba de un ritual antiquísimo de purificación toda vez que dentro de la comunidad Páez su Dios creador se identificaba con el rayo y precisamente el fuste hacía la analogía de rayo quien tocando al individuo sancionado restablecía así la armonía rota por sus acciones. De este modo, la sanción pretendía un doble objetivo, la de reintegrar al individuo a la vida colectiva de la comunidad y, por el otro, restablecer el orden del cosmos alterado y que claramente repercutía en la existencia colectiva de la comunidad. Asimismo, de acuerdo con los dictámenes periciales, la sanción anotada no producía daños físicos o mentales de una intensidad tal que pudiera ser asimilada a una forma de tortura ni tampoco implicaba una forma de humillación o exposición del individuo al escarnio público.

Como señalamos, puede que esta decisión no sea compartida por muchos desde nuestra concepción occidental de dignidad humana, más sin embargo, da cuenta de un ejercicio democrático, de entablar un diálogo intercultural con el otro, con el diferente, para llegar a soluciones concordadas y no, como hasta ahora, soluciones adoptadas desde el plano de la imposición de una particular forma de entender la vida. Recalamos, este dialogo puede extenderse a todas las esferas del quehacer público, al judicial, al legislativo, a la administración pública, a los organismos autónomos y demás.

²²⁰ CCC, sentencia T-523/97.

Bilbo Istvan, en 1946, se refería precisamente a la democracia y al reconocimiento de la pluralidad étnica, en los siguientes términos: “En un estado de miedo paralizante que afirma que el progreso de la libertad pone en peligro los intereses de la nación, uno no puede cosechar todos los beneficios ofrecidos por la democracia. Ser demócrata implica, en primer lugar, no tener miedo: no temer a aquellos que poseen opiniones distintas, o hablan lenguas distintas, o pertenecen a otras razas. Los países de Europa Central y Oriental tenían miedo porque no habían madurado por completo como democracias, y no podían convertirse en democracias maduras porque tenían miedo.”²²¹

A más de sesenta años de esta frase, los miedos a la diferencia cultural aún siguen paralizando a nuestras sociedades, manteniéndose, por demás, con base en argumentos carentes de toda razón justificable. El constitucionalismo multicultural, no obstante, comienza a ganar terreno ante estos temores aunque los retos existentes aún son extensos. En esta investigación hemos despejado algunos de esos temores en relación con los derechos humanos, la democracia, los derechos diferenciados, el garantismo y, enseguida, con el argumento esgrimido según el cual el multiculturalismo fragmenta a nuestras sociedades. Veremos, a continuación, si este argumento resulta justificable o, si bien, es uno más de los fantasmas que se ciernen sobre las políticas multiculturales.

1.5.7. Multiculturalismo y solidaridad civil

Una de las razones en las que se afianzó el mito del estado culturalmente homogéneo y de sus consecuentes políticas de construcción nacional fue el de la formación de una cultura común en la que a través de la lengua, la religión, la educación, la política, etcétera, pudiera generarse un sentido de unidad, de pertenencia, en torno a estos aspectos delineados artificialmente como “identitarios”.

Dicha unidad pretendió realizarse mediante la segregación de lo diverso, mediante instrumentos que socavaron la diversidad cultural en aras de privilegiar una determinada cultura societal. En este sentido, una de las críticas que frecuentemente se le hacen al multiculturalismo es que socaba esa supuesta unidad lograda en los Estados-naciones conduciendo a los mismos a la desintegración, llevándose incluso

²²¹ ISTVAN, Bilbo. “The Distress of East European Small States”. En Karoly Nagy (comp.), *Democracy, Revolution, Self-Determination*. Social Science Monographs. Pág. 42. Citado por KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Ob. Cit. Pág. 208.

ese temor a posiciones balcanizantes en las que cada individuo no se preocupa ya por el Estado del que es parte sino del subconjunto cultural (la comunidad) con la que se identifica. De este modo, la solidaridad civil existente en los Estados, arguyen los críticos, es socavada.

La solidaridad civil importa en un Estado porque a través de ella, las personas pueden sentirse involucradas en la suerte de los demás e incluso, estar dispuesta a realizar sacrificios por otras personas. La solidaridad forja lazos comunitarios, de identificación en torno a determinados intereses considerados como elementales en sociedad. Sin embargo, consideramos que la crítica que se hace al multiculturalismo resulta infundada pues parte del erróneo presupuesto de considerar que una cultura común (homogénea) resulta esencial para generar esos lazos de solidaridad que toda comunidad política requiere y, en este sentido –arguyen los críticos- el multiculturalismo no brinda esos lazos de solidaridad.

Sobre el particular, debe de señalarse que el multiculturalismo lejos de provocar la división interna en las sociedades busca generar un consenso mínimo, un consenso intercultural dentro de las diferencias existentes en un Estado. En este sentido, el multiculturalismo requiere para su propia existencia en sociedades complejas la existencia de una “cultura política común” en torno de la cual puedan sentarse las bases, los fundamentos, de ese consenso intercultural mínimo. Estas bases son los principios constitucionales tanto del reconocimiento de la diversidad cultural, como de los límites internos y externos a los que con antelación nos hemos referido.

En un diseño constitucional en el que la diferencia cultural puede tener cabida a través de figuras como: la garantía de representación de minorías étnicas en órganos deliberativos; cuotas escolares de dichas minorías; circunscripciones electorales étnicas; derechos diferenciados en función de grupo y acciones procedimentales para hacerlos valer (Vgr., consulta previa); entre otras, se genera un clima de confianza y unidad capaz de mantener la homeostasis del organismo social.

La crítica que se hace al multiculturalismo en el sentido de desintegrar las sociedades no sólo es injusta sino también engañosa al partir del presupuesto de que en los Estados que niegan al multiculturalismo y que mantienen férreas políticas de construcción nacional, tales divisiones no se dan. Fue precisamente la negación de derechos tan elementales como el uso de la lengua vernácula, la identidad cultural, las

instituciones propias y la negación de la libre determinación de los pueblos lo que originó eventos tan dramáticos como la desintegración yugoslava o el genocidio ruandés. Hoy por hoy, señala Carlos María Cárcova, sólo un enfermo moral podría escoger esta alternativa frente a las sociedades multiculturales.²²²

El multiculturalismo, al igual que como ocurre con la democracia, no sólo no es contrario a la solidaridad civil necesaria en toda sociedad, sino que inclusive la refuerza y garantiza pues en un Estado donde se cultiva la tolerancia y el respeto en la diversidad es claro que la solidaridad civil también se ve fortalecida. Mantener a nuestra sociedad en un estado de pretendida homogeneidad cultural, hemos visto, no sólo resulta tremendamente injusto para quienes no comparten culturalmente esos “cánones” de lo que es identificado como nacional sino que, además, genera ese clima de tensión, de rencor, de enemistad y división contrario a todo sentido de solidaridad.

Richard Rorty nos enseña que en un Estado multicultural en el que desde pequeños los individuos son educados en el respeto a la diferencia, a la alteridad cultural, la diferencia se concibe como algo natural. Los temores se esfuman y los lazos de solidaridad se generan también como parte de la plena identificación con el otro.²²³

Con una educación de este tipo, agrega Joseph Raz, los individuos “...gozarán de la educación dentro de las tradiciones culturales de sus comunidades. Pero todos también serán educados para comprender y respetar las tradiciones de los otros grupos minoritarios de la sociedad. El cultivo del respeto y la tolerancia mutuos, del conocimiento de la historia y las tradiciones del país con todas sus comunidades, brindará un elemento para una cultura común.”²²⁴

²²² CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Ed. Trotta. Madrid, 1998. Pág. 90.

²²³ RORTY, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad.” En: Stephen Shute y Susan Hurley, *De los derechos humanos. Las Conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Ed. Trotta. Madrid, 1998. Pág. 131.

²²⁴ RAZ, Joseph. “Multiculturalismo: una concepción liberal”. Ob. Cit. Pág. 203-204.

Capítulo II.

El derecho a la consulta previa

En este capítulo abordaremos uno de los principales derechos fundamentales del que disponen los pueblos y comunidades indígenas, así como otras minorías con caracteres similares, nos referimos, claro está, al derecho a la consulta previa. Desarrollaremos sus implicaciones, su importancia, fundamentación y caracteres más significativos desde una posición teórica y práctica fundados tanto en doctrina de especialistas en el tema, como en resoluciones jurisdiccionales emblemáticas en el contexto regional latinoamericano que, por cierto, se ha caracterizado por amplios desarrollos en la materia.

2.1. Concepto

La consulta previa es el derecho fundamental, de carácter colectivo, que tienen los pueblos y comunidades indígenas, así como otras minorías étnicas, para poder participar y decidir,²²⁵ de acuerdo con sus usos y costumbres, cada vez que se pretendan tomar decisiones externas que afecten directamente sus formas tradicionales de vida en sus diversos aspectos (territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico, de salud, etcétera) así como de aquellos otros que incidan directamente en su estructura étnica, con el propósito de salvaguardar su integridad como sujeto colectivo y garantizar su derecho a la participación.²²⁶

2.2. Naturaleza Jurídica

La consulta previa es un derecho fundamental, de carácter colectivo, de los pueblos y comunidades indígenas, así como de otras minorías étnicas con caracteres equiparables.²²⁷

²²⁵ OHCHR. *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008. Pág. 17. Asimismo: RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia". En: *La consulta previa: ¿Para qué, cómo y quién decide?* Revista Semillas N° 36/37, Julio 2008. Bogotá. Pág. 1.

²²⁶ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "La consulta previa a pueblos indígenas". En: PARRA DUSSÁN, Carlos y Gloria Amparo Rodríguez. *Comunidades Étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005. Pág. 114.

²²⁷ Este derecho corresponde, en términos generales, a los pueblos indígenas, así como a los pueblos tribales "cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial." Existe un amplio consenso en que bajo este carácter se incluye también a los pueblos afrodescendientes con carácter tribal. Así por ejemplo, en Colombia se reconoce el derecho a la

Es un derecho fundamental²²⁸ porque permite el desarrollo integral de la vida colectiva y porque con él pueden hacerse efectivos otros tantos derechos de los que disponen los pueblos indígenas y que también revisten el carácter de fundamentales. Es un derecho que, en suma, permite la existencia como grupo.²²⁹ Es colectivo en tanto que el sujeto titular del mismo no es un individuo, sino el pueblo o comunidad como tal.

La consulta previa se fundamenta “en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.”²³⁰

El fundamento, en última instancia, del derecho a la consulta previa descansa en un derecho matriz de los pueblos y comunidades indígenas: el derecho a la libre determinación. Este derecho se encuentra tutelado en nuestro país a través de la Carta Fundamental en su artículo 2o, así como en diversos tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y, en la jurisprudencia tanto interna como en la interamericana y universal.

El derecho a la libre determinación permite, entre otras cosas, que pueblos y comunidades indígenas puedan establecer sus propios sistemas de organización, sus autoridades, instituciones políticas, sistemas de administración de justicia, planes de desarrollo, conservar sus lenguas, tradiciones, culturas, formas tradicionales de vida, etc. Es un derecho matriz porque gracias a él pueden tener lugar los distintos derechos que aseguran la existencia de los pueblos y comunidades indígenas.

consulta a los pueblos indígenas, afrocolombianos, gitanos, raizales y palenqueros por compartir todos ellos el carácter tribal reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

²²⁸ En el derecho comparado, la Corte Constitucional Colombiana ha considerado a la consulta previa como un derecho fundamental. En su sentencia SU-039/97 expresó: “La participación de las comunidades indígenas... a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

²²⁹ URTEAGA CROVETTO, Patricia. “Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú”. En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá. Pág. 134.

²³⁰ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia”. Ob. Cit. Pág. 2.

La libre determinación, asimismo, surge como una exigencia universal para poner fin al modelo histórico de imposición de decisiones y políticas, asumido por los Estados asimilacionistas, en contra de aquellos pueblos a los que se consideraba “barbaros” y en cuya barbarie justificaban su “misión sagrada de civilización”. De este modo, dejando atrás esa corta visión, la autodeterminación encuentra su asidero en el igual valor y dignidad de todos los pueblos del planeta. En los mismos términos, la consulta previa encuentra su fundamento en el igual valor intrínseco de todos los pueblos para participar e incidir en aquellas decisiones que puedan afectarles.

Acorde con lo anterior, James Anaya nos indica que la consulta previa “deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular... El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales. Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento. En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.”²³¹

2.3. Fundamento jurídico

En cuanto al derecho positivo de fuente interna, nuestra Carta Magna reconoce en su artículo 2º, apartado B, fracción IX, como una obligación de los tres niveles de gobierno: “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”. Como se advierte, en esta previsión constitucional, la consulta se limita única y exclusivamente a la elaboración del Plan de Desarrollo, ya sea nacional, estatal y, en su caso, municipal.

²³¹ OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, informe de 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34, Online, consultado en la página oficial de Naciones Unidas el 12/05/14. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?m=73&t=9 Pág. 15-16.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha pronunciado en el sentido de reconocer esta limitación del derecho fundamental, de orden procedimental, a la consulta previa. En el emblemático, amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia), nuestro máximo tribunal señaló: “Si bien este derecho a la consulta no se encuentra desarrollado ampliamente en la norma constitucional, es en el ámbito internacional, específicamente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo..., en donde encontramos dimensiones más amplias, las cuales deben ser tomadas en consideración por todas las autoridades, y en específico, por la responsable, dada su obligatoriedad como ya quedó especificado en considerandos previos.”²³²

Asimismo, la “Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente”, prevé diversas disposiciones tendientes a promover la participación de los pueblos y comunidades indígenas. En su artículo 1º, fracción VII, instituye la participación corresponsable de las personas en forma individual y colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente. El artículo 15, fracción XIII de la misma Ley, consigna la necesidad de garantizar el derecho de las comunidades indígenas a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la salvaguarda y uso de la biodiversidad. En el artículo 28, fracción XIII, se prevé que respecto de obras o actividades que correspondan a la competencia federal que puedan causar desequilibrios ecológicos a los ecosistemas, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) notificará a los interesados (Vgr., la comunidad indígena) su determinación para que sometan al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la obra o actividad que corresponda, explicando las razones que lo justifiquen. En el artículo 47 se establece la participación de las comunidades indígenas en el establecimiento, administración y manejo de áreas naturales protegidas. El artículo 58 dispone que en los estudios que justifiquen la declaración de áreas naturales protegidas, SEMARNAT deberá solicitar la opinión de los pueblos indígenas, entre otros sectores. El artículo 79 prevé la participación de los pueblos indígenas en la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna.

El “Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental” no prevé expresa referencia alguna a los pueblos y comunidades indígenas. Sin ser una consulta previa, en el sentido y alcance de este derecho, se prevé, no obstante, un procedimiento de

²³² SCJN. Amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia).

consulta para la realización de evaluaciones de impacto ambiental. Sin embargo, este proceso de consulta sólo tiene lugar a petición de parte y no como una obligación de mutuo propio para la autoridad (artículo 40 del citado reglamento).

En cuanto a la normativa internacional,²³³ son diversos los tratados, firmados y ratificados por México, en materia indígena. A propósito, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 133 Constitucional, tales tratados son obligatorios, forman parte del orden jurídico nacional y, conforme a la contradicción de tesis 293/2011 al ser tratados en materia de derechos humanos, adquieren un carácter de norma constitucional, ello, en armonía con la última reforma constitucional, en materia de derechos humanos (publicada en el DOF el 10 de junio de 2011) en la que se prevé la interpretación más favorable hacia la persona humana sin importar el origen –interno o externo- de la disposición normativa de que se trate.

En el caso del derecho fundamental a la consulta previa, los instrumentos internacionales en los que se encuentra, o con los que se vincula, tal derecho son: El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes²³⁴ (arts. 6, párrafos 1 y 2; 15, párrafo 2; 17, párrafo 2; 22, párrafo 3; 27, párrafo 3; y 28); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 9 y 19 –consulta previa-, así como 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 –consentimiento previo, libre e informado-); el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas; el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos²³⁵ (artículo 27, vinculado con la “Opinión General No 23 sobre derechos de las minorías” del Comité de Derechos

²³³ Habría también que hacer mención de la jurisprudencia internacional como un criterio de interpretación. La jurisprudencia de diversos países es amplia: en Canadá; *Haida Nation First Nation vs British Columbia*. (Minister of Forest). 2004, SCC 73); *Taku River Tlingit First Nation vs British Columbia* (Project Assessment Director). 2004, SCC 74. En Colombia la jurisprudencia es profusa, destacan: Sentencia T-428/1992, caso Troncal del Café; SU-039/ 1997, caso Bloque Samoré; T-652/1998, caso Urrá; C-169/2001, circunscripción electoral de comunidades negras; C-891/2002, sobre consulta del Código de Minas; SU-383/2003, consulta en el caso de fumigaciones de cultivos ilícitos; T-880/2006, proyecto de perforación exploratoria Álamo I ECOPEPETROL; C-030/2008, inexecutable de la Ley 1021 de 2006; C-175/2009 y C-702/2010 sobre inexecutable de tratados internacionales y reformas constitucionales, respectivamente. En el caso de Argentina tenemos los fallos “CO.DE.C.I., de la provincia de Río Negro s/Acción de Amparo de 2005” y “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquen s/ acción de inconstitucionalidad del 25 de octubre de 2010”. En Bolivia, la sentencia 0045/2006 de 2 de junio de 2006. En México son destacables, desde el TEPJF: SUP-JDC -11/2007 (Tanetze de Zaragoza); SUP-JDC 9167/2011 (caso Cherán); SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán, Guerrero); SUP-JDC 1011/2013 (Roberto Garay y otros Vs. Tribunal Estatal Electoral del Poder Judicial de Oaxaca); entre otros. Desde la SCJN se destacan: el amparo en revisión 781/2011 (caso barrancas del cobre); el amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia) y; la controversia constitucional 32/2012 en el que la SCJN declaró la invalidez de la reforma a la Constitución local del Estado de Michoacán de Ocampo por omitir la realización de una consulta obligada.

²³⁴ Aprobado por el senado el 11 de julio de 1990, publicado en el DOF el 24 de enero de 1991 (promulgación), vinculante para México a partir del 5 de septiembre de 1991.

²³⁵ Aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980, publicado en el DOF el 20 de mayo de 1981 (promulgación), Vinculante para México a partir del 23 de junio de 1981.

Humanos²³⁶); el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas²³⁷ (Artículo 8, inciso j); el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe²³⁸ (artículo 1º); la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (capítulo VI, inciso d); entre otros.²³⁹

De los instrumentos internacionales antes señalados, el Convenio 169 de la OIT reviste especial importancia pues en él encontramos el fundamento genérico del deber de consulta, claramente expresado en el inciso a), numeral 1, del artículo 6º del citado Convenio y que indica:

Artículo 6.

1.- *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán:*

a) *Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

b) ...

c) ...

2. ...

Respecto de este instrumento internacional, la SCJN en el amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia), señaló su plena obligatoriedad, indicando que, junto con el artículo 2º Constitucional: "... poseen plena fuerza vinculante al haberse adoptado en la normativa de nuestro país, lo que implica que permeé en todos los ámbitos del sistema jurídico, para crear un enfoque que al analizar el sistema de normas en su totalidad, cumpla con su objetivo, que no es otro que el ejercicio real de sus derechos y la expresión de su identidad individual y colectiva, para superar la desigualdad de oportunidades que tradicionalmente les ha afectado, lo cual se conoce como principio de transversalidad... de tal forma que el Convenio 169 de la

²³⁶ UN. "Observación General No. 23, "Derecho de las minorías, (Artículo 27)". Adoptada en el 50º periodo de sesiones (1994). En: Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Volumen I. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Pág. 249.

²³⁷ Firmado por México el 13 de junio de 1992, aprobado por el Senado el 3 de diciembre de 1992, publicado en el DOF el 13 de enero de 1993 (promulgación). Vinculante para México a partir del 29 de diciembre de 1993.

²³⁸ Firmado por México el 24 de julio de 1992, aprobado por el Senado el 20 de mayo de 1993, publicado en el DOF el 25 de octubre.

de 1993 (Promulgación). Vinculante para México a partir del 4 de agosto de 1993.

²³⁹ UN. *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Ob. Cit. Pág. 11.

Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es de observación obligatoria.”²⁴⁰

Aunado a lo anterior, consideramos pertinente señalar que ha sido un compromiso internacional asumido por México el dar plena efectividad al derecho a la consulta previa a través de una adecuada reglamentación en leyes secundarias. De este modo, ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con motivo de su segunda evaluación ante el Mecanismo de Examen Periódico Universal, México aceptó las siguientes recomendaciones:

Recomendación	País	Estatus
148.166 Garantizar que se celebren consultas plenas y efectivas con los pueblos indígenas sobre las políticas y proyectos económicos y de desarrollo que les afecten	Finlandia	Aceptada
148.168 Seguir colaborando con la Comisión para el Diálogo con los Pueblos Indígenas con objeto de asegurar el respeto de sus derechos humanos, la libre determinación y la autonomía	Bolivia	Aceptada
148.169 Alentar una mayor participación de los pueblos indígenas mediante la formulación de una ley que regule el derecho a la consulta previa	Perú	Aceptada
148.171 Garantizar que se celebren consultas previas con las comunidades indígenas, de conformidad con el Convenio No 169 de la OIT	Noruega	Aceptada
148.172 Reconocer a los afrodescendientes como un grupo étnico y promover sus derechos	Djibouti	Aceptada

Ahora bien, debe señalarse que en el plano del derecho interno, México dispone ya a nivel local de diversas leyes en materia de consulta, así tenemos: la “Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí”; la “Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche”; la “Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango”; la “Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Querétaro”; la “Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas”; el “Reglamento de la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla”; la “Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades Indígenas del Estado de Morelos”; la “Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit”; la “Ley Reglamentaria del Artículo 9 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena”; la “Ley de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz” y; la “Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.”

²⁴⁰ SCJN. Amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia).

Junto con lo anterior, se dispone de un “Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, el cual, aunque ciertamente es bueno y refleja los principios generales en materia de consulta, no deja de ser escueto y no deja de ser un Protocolo (más bien se trata de un manual) sin valor jurídico para las demás autoridades obligadas a realizar las consultas. Se requiere la existencia de una Ley General que por lo menos delinee los aspectos más importantes del derecho a la consulta previa tanto en el ámbito administrativo como en el legislativo que son, los que fundamentalmente afectan a los pueblos y comunidades indígenas.

Mención aparte merece el tópico de la jurisprudencia interamericana en la que también encontramos el fundamento jurídico del derecho a la consulta y su correspondiente obligatoriedad para el Estado. Como es sabido, a partir de la *contradicción de tesis 293/2011* la SCJN ha dejado en claro la plena obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, independientemente de que en las mismas haya o no participado el estado mexicano. En su tesis de jurisprudencia P./J. 21/2014, cuyo rubro es “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, se indica:

“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...”

La Corte Interamericana se ha referido prolíficamente sobre este derecho fundamental en diversas sentencias y, consecuentemente, tales criterios interpretativos corresponden ser observados ineludiblemente por los operadores jurídicos mexicanos. Las sentencias a las que debe prestarse especial atención son las siguientes: comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, sentencia de

31 de agosto de 2001; comunidad Moiwana. Vs. Surinam, sentencia de 15 de junio de 2005; comunidad Yakye Axa. Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005; Yatama Vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005; comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006; Saramaka vs. Surinam, sentencia de 12 de agosto de 2008; comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010 y; Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012. Estas sentencias, se ha dicho, contienen criterios obligatorios para los juzgadores mexicanos en el tópico indígena y, en especial, en cuanto a la consulta previa que les asiste.

En todo este amplio sistema normativo que se ha señalado, encuentra fundamentación jurídica el derecho a la consulta previa. Como se ha visto, la materia es prolifera aunque difusa y no en pocos casos contradictoria (en especial, al confrontar la legislación interna con la normativa y la jurisprudencia internacional) por lo que resulta conveniente una rearticulación normativa que bien pueda homologar criterios bajo una perspectiva garantista. Ello puede materializarse mediante la existencia de una Ley General en materia de consulta y consentimiento previo, libre e informado.

2.4. Implicaciones de la consulta previa

La consulta previa tiene un doble carácter, por un lado se trata de un derecho fundamental (un principio en la posición de Robert Alexy²⁴¹) y por el otro, constituye un instrumento (procedimiento) de autonomía para los grupos étnicos.²⁴²

La Corte Constitucional Colombiana ha reconocido el carácter de derecho fundamental de la consulta señalando en repetidas ocasiones que: “El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a través suyo se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas.”²⁴³

²⁴¹ Entendidos como “mandatos de optimización”. Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. CEPC. Madrid, 2012. Pág. 85-133.

²⁴² MAYA AGUIRRE, Ana Lucía. “El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado Colombiano”. En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá. Pág. 93.

²⁴³ CCC, sentencia SU-039/1997.

En el mismo sentido, en México, el TEPJF ha reconocido el carácter de derecho humano que reviste a la consulta previa. En el caso SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán) señaló: “El derecho a la consulta se trata de un derecho humano colectivo de los pueblos indígenas vinculado con la libre determinación, por lo que constituye un instrumento central para garantizar la realización de un amplio conjunto de derechos reconocidos tanto por el derecho nacional como por el internacional.”²⁴⁴

Ahora bien, al haberse acreditado sin lugar a dudas el carácter de derecho humano que reviste a la consulta previa, le asisten por tanto todas las repercusiones que la naturaleza de derecho humano confiere. Entre ellas, el principio maximizador de interpretación *pro persona*. El TEPJF en el emblemático caso Cherán señaló lo siguiente: “Asimismo, su configuración como derecho fundamental implica que todas las autoridades (jurisdiccionales o no) se encuentran obligadas a: 1) promover, respetar, proteger y garantizar ese derecho; 2) interpretar las normas que conforman el marco jurídico que lo rige con un criterio extensivo y, 3) aplicarlas acorde con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, en término del artículo 1o constitucional.”²⁴⁵

En nuestro país y en la mayoría de los que se asumen como multiculturales, el reconocimiento y la salvaguarda de la identidad cultural diferenciada cobra carácter de principio fundamental de orden constitucional. En México, el artículo 2º de la Constitución Federal reconoce que la nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. El anterior enunciado no sólo posee un carácter descriptivo sino que además incluye un derecho fundamental que es el de la identidad cultural. Así, preservando el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se preserva concomitantemente la composición pluricultural de lo que se conoce como “nación mexicana”²⁴⁶.

La preservación del derecho fundamental –de orden colectivo- a la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y, consecuentemente, la composición pluricultural de la nación, se garantiza a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa que deviene así en un derecho fundamental.

²⁴⁴ TEPJF. SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán, Guerrero).

²⁴⁵ TEPJF SUP-JDC 9167/2011 (Caso Cherán).

²⁴⁶ La SCJN ha reconocido a los pueblos indígenas como “sustento original de la Nación Mexicana” Amparo en revisión 781/2011 (barrancas del cobre).

La consulta previa tiene como objetivo la protección de los grupos étnicos para que, a través de ella, estén en posibilidad de incidir en las decisiones administrativas o legislativas, que puedan afectarles directamente. “De este modo, la consulta previa ofrece la oportunidad para que las comunidades conozcan los proyectos, puedan manifestar sus apreciaciones y considerar de manera argumentada, la conveniencia o inconveniencia de los mismos. Además, permite consolidar las propuestas de desarrollo de los pueblos indígenas” En el fondo, de no respetarse la consulta previa, “lo que casi siempre está en juego, es su autonomía, su vida en comunidad, su territorio y su cultura.”²⁴⁷

Lo anterior no supone, como tantas veces se ha escuchado, que los pueblos y comunidades indígenas se opongan al desarrollo. Todo lo contrario, implica que mediante la consulta previa se respete su derecho a decidir sobre su propia visión de desarrollo y proyecto de vida comunitario,²⁴⁸ en este sentido, lo que fundamentalmente se busca es evitar que una determinada noción de desarrollo sea impuesta sin más a los pueblos indígenas.²⁴⁹ Tampoco supone la oposición al desarrollo e interés nacional, sino que en caso de llevarse a cabo las medidas administrativas, legislativas o de otra índole, se les dé a los grupos étnicos la posibilidad de incidir en tales medidas para reducir sus efectos negativos así como la participación proporcional en los beneficios obtenidos para destinarlos a sus prioridades de desarrollo.²⁵⁰

Por otra parte, la consulta previa constituye un instrumento real de autonomía para los grupos étnicos, en virtud de que a través de ella, los pueblos y comunidades pueden exigir el respeto hacia sus propias instituciones culturales. En virtud de lo anterior, la consulta pasa a ser un instrumento adecuado para garantizar: la preservación de la diversidad cultural; la reproducción del grupo como entidad diferenciable caracterizada por la vida grupal; la conservación de los recursos naturales; la preservación de las formas tradicionales de vida, con sus saberes y

²⁴⁷ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa. ¿Oportunidad o amenaza?” En: *La Consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2010. Pág. 98. Asimismo: RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia”. En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. ILSA. Bogotá. Pág. 56.

²⁴⁸ ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. “Las demandas constitucionales en Guatemala y México”. En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 107.

²⁴⁹ “Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso.” En: OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Ob. Cit. Pág. 17.

²⁵⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Ob. Cit. Pág. 26.

riquezas; la integridad territorial²⁵¹; la propia visión de desarrollo indígena (no basado en la economía de mercado); los planes de vida y; en suma, la supervivencia de los grupos étnicos como tales.²⁵²

Del mismo modo, el derecho a la consulta previa resulta ser el instrumento idóneo para garantizar (y efectivizar) en los pueblos y comunidades indígenas, el derecho fundamental a la participación.²⁵³

La participación es el cimiento del Estado y el sello característico de la democracia, todos los individuos gozan de tal derecho. En el caso de los grupos étnicos se hace necesario un derecho colectivo que permita garantizar el derecho a la participación del pueblo o comunidad como tal (como sujeto colectivo de derecho),²⁵⁴ que asegure su derecho a la protección integral de su identidad cultural diferenciada y que, además, permita efectivizarlo de acuerdo con sus reglas y procedimientos tradicionales.²⁵⁵ El instrumento o mecanismo para garantizar el derecho a la participación efectiva resulta ser la consulta previa.

Como señala el Relator especial para los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas: “En general las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses del público estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado. No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que 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

²⁵¹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “Participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado”. En: *La Consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2010. Pág. 74.

²⁵² El TEPJF ha señalado la importancia de garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta. Ha indicado que se coloca en riesgo de extinción a estas colectividades cuando no se les garantiza su participación en los asuntos que les afectan directamente, desconociéndose así el derecho constitucional a la diferencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Ver: caso Cherán (SUP-JDC 9167/2011).

²⁵³ MAYA AGUIRRE, Ana Lucía. Ob. Cit. Pág. 76.

²⁵⁴ “No basta con concederle a cada ciudadano indígena los derechos políticos previstos constitucionalmente para cualquier ciudadano. Por el contrario, se requieren derechos de participación especiales, dado que uno de sus rasgos más sobresaliente es posibilitar que los pueblos indígenas jueguen un rol principal en la gestión de sus propios asuntos”. En: RAMÍREZ, Silvina. Ob. Cit. Pág. 43.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “Participación de pueblos indígenas y demás grupos étnicos en la gestión ambiental”. En: *La Consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2010. Pág. 84.

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 desfavorecidas.”²⁵⁶

De este modo, la consulta previa resulta ser, además, el vehículo por el que pueblos y comunidades indígenas pueden hacer efectivo su derecho a la participación, estableciendo líneas de trabajo y de articulación con el Estado en todos sus niveles (federal, estatal y municipal), asegurando que sus derechos e intereses sean respetados.²⁵⁷

Es importante precisar que la consulta previa permite un reforzamiento del derecho a la participación, característica por demás inherente a las sociedades pluralistas actuales y que se justifica -tal reforzamiento- en la necesidad de salvaguardar tanto la riqueza cultural como la existencia colectiva de un grupo humano, portador de esa riqueza. Ello, no implica que estos grupos carezcan de las vías generales de participación que asisten a todos los ciudadanos. La consulta es una vía reforzada atenta al especial carácter comunitario e identitario de estas comunidades, sin embargo, los procesos generales de participación también deben garantizarse a estos colectivos, en los mismos términos que al resto de la población.²⁵⁸

Un elemento de gran importancia que además trae consigo la consulta previa, es el permitir que Estado y grupos étnicos puedan entablar un diálogo en el que sean presentadas las mejores opciones para ambos actores, que redunden en beneficios recíprocos, minimizando los efectos negativos y evitando conflictos que de otro modo seguramente se presentarían a temprano, medio o largo plazo.

De esta manera, se aprecia la doble connotación que tiene la consulta previa (por un lado derecho fundamental *per se* y, por el otro, mecanismo –instrumento- de

²⁵⁶ OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Ob. Cit. Pág. 16.

²⁵⁷ KREIMER, Osvaldo y Viviana Figueroa. *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y su relación con normas fundamentales del derecho internacional*. UNICEF. Argentina, 2008. Pág. 54.

²⁵⁸ El artículo 6, numeral I, inciso b) del Convenio 169 de la OIT preceptúa: “b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan...” Sobre estos niveles de participación: la CCC dispone de profusa jurisprudencia, como ejemplos: sentencias C-030/2008 y C-702/2010.

garantía para la participación) así como las múltiples implicaciones que la misma supone. Por esta razón, debe otorgársele en nuestro país, la verdadera importancia que le asiste a la consulta, tanto en su faceta de derecho autónomo, como en la de instrumento para garantizar la existencia misma de los pueblos y comunidades indígenas.

En conclusión, el objeto de la consulta es lograr que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión a adoptar por parte de la autoridad. Decisión que, en la medida de lo posible, debe ser acordada o concertada. En caso de que el acuerdo no sea posible, como se verá en párrafos siguientes, el gobierno tiene la última palabra, pero su decisión debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo. Debe ser objetiva, razonable y proporcional a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena (asumida como un componente de nación misma). En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. Es este, en resumidas cuentas, el objeto de la consulta aunque su proceso, como se verá, resulta por demás complejo y las respuestas unívocas pocas veces se dan. En todo caso, presentaremos directrices a seguir para que en lo general, todo proceso de consulta pueda aplicarse de la mejor manera.

2.5. Transversalidad de la consulta previa

La consulta previa es un derecho fundamental cuyo ejercicio permite hacer efectivos otros tantos con ella vinculados. De este modo, puede notarse la relación que existe entre la consulta previa y otros derechos tales como: la participación, el derecho al territorio, el derecho a la información y libre expresión, la libertad de circulación,²⁵⁹ la libertad religiosa²⁶⁰, el derecho colectivo a la existencia como pueblos, el derecho a la identidad cultural,²⁶¹ el derecho matriz de la libre determinación,²⁶² y otros tantos más.

Como se alcanza a percibir, la consulta previa es la principal herramienta de la que disponen los pueblos y comunidades indígenas para hacer valer sus derechos colectivos. En este sentido, es la herramienta que les permite hacerse parte y ser

²⁵⁹ Vgr., en caso de desplazamientos forzados. MAYA AGUIRRE, Ana Lucía. Ob. Cit. Pág. 87.

²⁶⁰ Vgr., el caso *Wisconsin V. Yoder* (ya señalado) pues una consulta pudo haber evitado los problemas.

²⁶¹ Este derecho puede verse afectado, por ejemplo, con actividades extractivas o de infraestructura en sus territorios. Gloria Amparo. Artículo "Breve reseña de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas colombianas" Ob. Cit. Pág. 203.

²⁶² El cual queda en situación de vulnerabilidad al no contar con la garantía para su ejercicio y protección.

actores tanto de su propia vida como de la vida política, económica, social y cultural del Estado en el que se encuentran.

2.6. En qué casos debe aplicarse la consulta previa

La regla general nos indica que la consulta previa debe de aplicarse, siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, siendo realistas cualquier decisión legislativa o administrativa que adopte el Estado puede afectar de una o de otra manera a estos colectivos, al igual que al resto de la población. Por esta razón, debemos de adoptar un criterio distinto.

La regla más *ad hoc* nos indica que la consulta previa procede “siempre que una decisión del Estado pueda afectar los intereses o condiciones específicas de los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.”²⁶³

De esta manera, la consulta previa se aplica únicamente en aquellos casos que afecten *directamente* los intereses o condiciones específicas de los pueblos o comunidades como tales. En relación a las áreas de aplicación, ninguna queda exenta por lo que procede en el área económica, social, política, cultural, educativa, laboral, de salud, justicia, seguridad, etc. No existe un sistema de *númerus clausus* que nos indique cuando procede la consulta, por el contrario, se sigue un sistema de apertura que permite la procedencia de la consulta siempre que se reúna la condición antes señalada (la afectación directa).

Sin importar el contenido de la medida a adoptar, el Convenio 169 de la OIT nos indica que el deber de consulta procede, siempre que vayan a tomarse medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos o comunidades.²⁶⁴ Tenemos como ejemplos de medidas administrativas: la adopción de decisiones respecto de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas; el otorgamiento de licencias ambientales para obras o proyectos, caso en el cual, los pueblos y las comunidades deberán ser parte en los estudios de impacto ambiental²⁶⁵; en la realización de obras de exploración, explotación o inversión en territorios

²⁶³ OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Ob. Cit. Pág. 16.

²⁶⁴ La SCJN ha recogido este planteamiento, “El deber de consulta del Estado en relación con la explotación de recursos naturales se guía por el artículo 6º del Convenio, según el cual los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” Ver: SCJN. Amparo en revisión 631/2012.

²⁶⁵Art. 7.3 Convenio 169 de la OIT.

indígenas, tanto de recursos renovables como no renovables;²⁶⁶ en la determinación de áreas naturales protegidas; en la elaboración de los Planes de Desarrollo (nacionales, estatales y, en su caso municipales) que pueden contener programas, proyectos y presupuestos que incidan de manera directa y específica en los pueblos indígenas;²⁶⁷ en la erradicación de cultivos ilícitos en las regiones indígenas;²⁶⁸ en el desarrollo y la aplicación tanto de los contenidos como de los servicios educativos que se presten a los pueblos indígenas;²⁶⁹ cuando se pretenda realizar investigaciones de acceso a recursos genéticos y conocimiento tradicional;²⁷⁰ cuando se pretenda realizar procesos de investigación científica o arqueológica en territorios indígenas;²⁷¹ entre muchos otros.

Tratándose de medidas legislativas, debe consultarse a las comunidades cuando estas medidas les afecten directamente, ya sea de forma positiva o negativa. En estos casos, es necesario: i) Poner en conocimiento de las comunidades la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas y; ii) brindarles amplia información sobre su alcance y sobre la manera en como podría afectarlas. En todo caso, deberá de dárseles oportunidades efectivas para que se pronuncien y puedan incidir en el contenido normativo. Además, debe distinguirse entre aquellas normas cuyo efecto es nacional, estatal o municipal.

Para el caso de las medidas legislativas la consulta se predica sólo respecto de aquellas que tengan la posibilidad de afectar *directamente* los intereses de los pueblos o comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas que sí interfieran con esos intereses particulares o bien, cuando se evidencie una omisión legislativa de particular trascendencia que coloque a estas

²⁶⁶ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "La consulta previa a pueblos indígenas". Ob. Cit. Pág. 121.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "Participación de pueblos indígenas y demás grupos étnicos en la gestión ambiental". Ob. Cit. Pág. 88-89.

²⁶⁸ Sobre el particular existen ejemplos en la jurisprudencia comparada, véase la sentencia SU-383 de 2003 de la CCC relativa a la aspersion área de herbicidas en la región de la Amazonia colombiana.

²⁶⁹ "...los programas y servicios educativos para los pueblos indígenas deben elaborarse y aplicarse en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, a fin de abordar e incorporar en ellos sus necesidades especiales, historias, identidades, integridad, valores, creencias, culturas, idiomas y conocimientos..." OHCHR. *Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación*. Informe del mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Informe del 26 de junio de 2009. A/HRC/EMRIP/2009/2. Online, consultado en la página oficial de Naciones Unidas el 15-09-11. Pág. 25. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-33_sp.pdf

²⁷⁰ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "Participación de pueblos indígenas y demás grupos étnicos en la gestión ambiental" Ob. Cit. Pág. 88.

²⁷¹ KREIMER, Osvaldo y Viviana Figueroa. Ob. Cit. Pág. 58.

minorías en un especial estado de vulneración, actualizándose así la afectación directa por omisión.

De cualquier manera, sea o no acredita la afectación directa a los intereses indígenas, la comunidad -como sujeto colectivo- y cada uno de los indígenas -como particulares- tienen el derecho genérico a participar de los procesos legislativos mediante las vías ordinarias (foros, conferencias, mesas de análisis, debates, consultas públicas, etc.). Este último caso comporta el derecho general a la participación que corresponde a todos los ciudadanos por igual y en el que el ejercicio de apertura democrática se conduce por los mecanismos generales previstos institucionalmente.²⁷² Importa precisar que en todo caso, la existencia de estos mecanismos generales de participación no supe el requisito de la consulta en aquellos casos en el que la misma resulta obligatoria.

2.7. El deber de consulta previa tratándose de medidas legislativas

Tratándose de medidas legislativas existe el deber de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas cuando dichas medidas provocan una afectación directa en el colectivo indígena. En este rubro, es importante aclarar diversos cuestionamientos como ¿cuál es el alcance de la expresión “medidas legislativas”? ¿qué implica una afectación directa? ¿en qué casos es procedente la consulta? ¿en qué condiciones de modo, tiempo y lugar debe de celebrarse? ¿cuál es la consecuencia jurídica de la omisión de consulta frente a medidas legislativas?.

2.7.1. La dimensión de la expresión medidas legislativas

En primer término, acudimos a la jurisprudencia comparada para tratar de atribuir significado a la expresión “medidas legislativas” que consagra el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Derivado de nuestro estudio, encontrando que la expresión se refieren no sólo a las leyes en su sentido formal y común, sino que se incluyen también a otro tipo de medidas de carácter legislativo, entre las cuales podemos incluir en México a los “acuerdos parlamentarios”, los “decretos legislativos”, las “proposiciones con puntos de

²⁷² CCC, sentencia C-175/2009.

acuerdo”, y demás “actos legislativos”, derivados de la labor parlamentaria y con incidencia en los procesos de modificación legislativa y aún constitucional.²⁷³

De este modo lo ha entendido la Corte Constitucional Colombiana al señalar que: “Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación que se concibe como un derecho de las mismas. Así las cosas, debe concluirse que la expresión “*medidas legislativas*” utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. De otra manera, la obligación de consulta se vería recortada y la protección internacional disminuida con grave afectación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su identidad cultural. Además, establecido que el derecho de consulta es protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación *pro homine* es la que debe hacerse prevalecer; es decir, aquella exégesis de la expresión “*medidas legislativas*” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho...Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “*medidas legislativas*” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo...”²⁷⁴

2.7.2. La afectación directa

Ahora bien, surge el deber de consulta ante aquellas medidas legislativas susceptibles de afectar directamente los intereses de los pueblos o comunidades indígenas. Aquí, el elemento clave es la expresión “directamente” por lo que, en primer término debe precisarse que tratándose de aquellas medidas legislativas de carácter general, que afecten de manera igualmente uniforme a todos los ciudadanos, incluyendo a los pueblos y comunidades indígenas, no existe *prima facie* el deber de consulta.²⁷⁵

El carácter de *afectación directa* es de primordial importancia, de lo contrario, abríase de consultar frente a cualquier tipo de medida legislativa ya que las leyes, por

²⁷³ CCC, sentencia C-702/10.

²⁷⁴ CCC, sentencia C-702/2010.

²⁷⁵ CCC, sentencia C-175/2009.

su carácter de generales, abstractas e impersonales potencialmente pueden referirse a cualquier persona. Así, una ley, en cualquier ámbito, puede ser aplicable a la generalidad de los ciudadanos, sean indígenas o no, y en el mismo sentido, las leyes que de manera general afectan a todos los ciudadanos, afectan también en mayor o menor medida a los indígenas por lo que en estos casos, el deber de consultar sería abismal y esa, de ningún modo, corresponde ser la intención del Convenio 169 de la OIT ni de las demás disposiciones que consagran el deber de consulta.²⁷⁶

Por principio, debemos señalar que una afectación directa es aquella que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”²⁷⁷ se trata de una afectación a un carácter intrínsecamente vinculado con la definición de la identidad étnica del grupo minoritario y que afecta (positiva o negativamente) ese ethos de la comunidad²⁷⁸ (su lengua, forma de organización política, economía, cosmovisión, religión, etcétera).

La afectación directa, se produce también cuando la medida a emprender se refiere a contenidos netamente vinculados con la materia indígena o con las materias previstas en tratados internacionales sobre este tópico (como el Convenio 169 de la OIT).

Del sentido implicado por la afectación directa, devienen diversos puntos sobre los que conviene establecer precisiones. En primer lugar, procede la consulta sólo ante disposiciones legislativas susceptibles de una afectación directa a los destinatarios con lo que, en principio, ante medidas legislativas de carácter general, que afecten de manera igualmente uniforme a todos los ciudadanos, no existe el deber de consultar. No obstante ello, pueden existir medidas legislativas de carácter general que no necesariamente presupongan una materia vinculada con la cuestión indígena y que, sin embargo, afecten de una manera especialmente relevante, o bien, establezcan una situación de clara desigualdad a los pueblos y comunidades indígenas frente al resto de la población. En este supuesto, aunque la medida es general –para todos los ciudadanos-, no se cumple con el principio de afectación uniforme y ello deviene en una clara afectación directa a los pueblos y comunidades indígenas vía omisión legislativa (toda vez que no se previó en la norma general esta especial situación en la que se coloca al colectivo indígena).

²⁷⁶ CCC, sentencia C-030 de 2008.

²⁷⁷ CCC, sentencia C-030/2008.

²⁷⁸ CCC, sentencia C-175/2009.

En la sentencia C-208/2007 la Corte Constitucional Colombiana condicionó la validez del estatuto de profesionalización docente -una suerte de sistema que regula el acceso, promoción y permanencia de los docentes en el sistema educativo- a la realización de un proceso de consulta con las comunidades indígenas en toda situación administrativa relacionada con la vinculación, administración y formación de los docentes ubicados en territorios indígenas que atiendan a población indígena. La Corte Constitucional arribó a esta conclusión tras constatar que el decreto que expedía tal disposición incurrió en una omisión legislativa, consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas. Con dicha omisión, señaló, fueron desconocidos los derechos fundamentales de las comunidades indígenas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. Asimismo, señaló que fue desconocido el derecho de los grupos indígenas a que los programas y los servicios de educación a ellos destinados se desarrollen con su participación y cooperación.²⁷⁹

Concretamente, respecto de la omisión la CCC señaló: "...a pesar de que el Estatuto de Profesionalización Docente extiende su aplicación a todo el sistema educativo estatal, el mismo guarda absoluto silencio sobre la forma como debe prestarse dicho servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. En otras palabras, el ordenamiento acusado no contiene una regulación especial, ni siquiera en sus aspectos más básicos, sobre la forma de vinculación al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes indígenas. Conforme con ello, debe entenderse que, para todos los efectos, lo referente al ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas, quedó sometido a las reglas y condiciones establecidas para la educación dominante o tradicional, sin que tales comunidades hubieran sido consultadas previamente y sin que ello sea posible en el escenario del derecho a la identidad educativa y cultural, por no resultar compatible tal ordenamiento con las distintas manifestaciones de cultura que identifican a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional."²⁸⁰

²⁷⁹ CCC, sentencia C-208/2007.

²⁸⁰ Ídem.

Continuando con las implicaciones de la afectación directa, en segundo lugar debe señalarse que el deber de consultar resulta ser independiente de que la disposición confiera efectos positivos o negativos para el pueblo o la comunidad. Esto es, aún en aquellos casos en donde la medida legislativa instituyera un derecho o beneficio en favor del colectivo, debe de surtirse el requisito de la consulta²⁸¹. Lo anterior encuentra sustento en que en un estado constitucional y democrático de derecho con base pluralista, no pueden seguir tomándose las decisiones de lo que debe ser considerado correcto o incorrecto para un sector de la población sin antes contar con su participación. Mantener lo contrario, implicaría dar continuidad a un modelo de “integración” en el que no se respeta el derecho de los pueblos a definir su propio proyecto de vida.

Por último, podemos partir de una presunción de afectación directa y profunda hacia los pueblos y comunidades indígenas en las siguientes medidas legislativas: las referentes a la exploración y explotación de recursos naturales, inclusive petrolíferos, en territorios ancestrales indígenas²⁸²; la expedición de una regulación en el ámbito de las materias previstas en el Convenio 169 de la OIT; la expedición de regulaciones con contenido material sobre pueblos indígenas (Vgr: reformas a la Ley de Derechos Lingüísticos, la expedición de una Ley General en materia de consulta, reformas con afectación directa a la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas –CDI-); la implementación de medidas que tiene una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos (Vgr., reformas a la Ley General de Salud en materia de medicina tradicional o a la ley electoral en materia de circunscripciones electorales para minorías étnicas, etcétera).²⁸³

2.7.3. Condiciones de tiempo, modo y lugar

En este rubro, debe de señalarse que el Convenio 169 de la OIT no establece reglas claras, sino que se deja al Estado la oportunidad de implementar las condiciones de

²⁸¹CCC, sentencias C-615/2009 y C-702/2010.

²⁸² En México, de acuerdo con el artículo 27 Constitucional el petróleo y otros recursos naturales y minerales corresponden a la nación, no a los pueblos indígenas. No obstante, ello no es justificación para omitir la consulta. El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT indica: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, 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 o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

²⁸³ CCC, sentencias C-030/2008 y C-175/2009.

tiempo, modo y lugar para la realización de la consulta pero guiado en todo momento por los principios de buena fe, flexibilidad, idoneidad, oportunidad y participación efectiva. En todo caso, el procedimiento debe de ser consensuado y estar orientado a la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas y sobre el particular sólo pueden delinearse reglas generales que en cada caso el Estado deberá de adecuar a las particularidades de las medidas legislativas a adoptar y al pueblo o comunidad a la que se puede afectar.

Dentro de las reglas generales a delinearse se encuentra la relativa al momento de la consulta y la autoridad a la que corresponde implementarla. En el caso de la autoridad, es claro que corresponde al Estado, sin embargo, en países como México se ha previsto en tiempo reciente la posibilidad de que para el caso de las iniciativas, que dan comienzo al proceso legislativo, sean presentadas no necesariamente por entes gubernamentales sino incluso por ciudadanos.

En términos generales, corresponde al gobierno implementar la consulta cuando se trata de proyectos de su iniciativa y, cuando se presentan a consideración de las Cámaras Legislativas proyectos no elaborados por el gobierno, éste debe acudir a las instancias competentes (CDI a nivel federal, INALI o equivalentes a nivel estatal), a efecto de que se planteen alternativas para implementar los procesos de consulta más adecuados.

Es muy importante señalar que en cuanto al “cuándo”, el deber de consulta debe ser implementado con antelación a la radicación (presentación) de la iniciativa de ley ante cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión. Lo anterior, para garantizar el principio de oportunidad²⁸⁴ a los sujetos interesados –y afectados directamente por la medida legislativa-²⁸⁵.

En repetidas ocasiones, la CCC se ha pronunciado en el sentido de que el deber de consulta tiene que surtirse con antelación a la radicación del proyecto de ley ante cualquiera de las Cámaras, toda vez que, presentada la iniciativa, se disminuye exponencialmente “...el grado de incidencia de la participación de las comunidades tradicionales en la determinación del contenido concreto de la medida legislativa que las afecta directamente... Ello debido a que la vigencia de los principios de unidad de

²⁸⁴ Este principio se refiere a que la medida debe de propiciar espacios de participación que permitan una intervención útil y con posibilidades de trascendencia en la medida a adoptar. Aunado a ello, que se disponga de los voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.

²⁸⁵ También así lo ha reconocido la CoIDH, señalando que los pueblos indígenas deberán ser consultados “previamente en todas las fases del proceso de producción normativa” Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.181.

materia, consecutividad e identidad flexible hace que el proyecto de ley constituya un marco de referencia temático, impuesto por el Gobierno a las comunidades y modificable sólo conforme a las estrictas reglas del procedimiento legislativo.”²⁸⁶

La CCC ha indicado que sí la consulta quisiera efectuarse una vez que la medida legislativa ha sido radicada en cualquiera de las Cámaras, ello daría lugar a resultados incompatibles con las características esenciales de la consulta pues la misma se orienta a la participación efectiva de la comunidad ante las medidas que pueden afectarla directamente y una vez radicado el asunto, el procedimiento de consulta previa básicamente se tornaría en un formalismo intrascendente, incompatible con las obligaciones estatales asumidas al momento de reconocer el deber de consulta, entre ellas, el principio base de la buena fe.²⁸⁷

Adicionalmente, el deber de consulta previa no se cumple a través de audiencias públicas, foros, eventos o demás escenarios de participación que se convocan durante el trámite de aprobación de una reforma legislativa o constitucional. Tampoco, queda cumplido el deber de consulta cuando en el trámite legislativo intervienen instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado (Vgr. CDI, INALI, CNDH, legisladores indígenas, etcétera), todo lo anterior porque ello corresponde al deber genérico de participación y apertura democrática en los procesos de elaboración de las leyes en general que pueden afectar a la sociedad también en general. La consulta previa es un requisito procedimental con repercusión sustancial en los procesos legislativos concebido para casos en particular que de ningún modo puede ser sustituido por los mecanismos generales de participación.²⁸⁸

2.7.4. Consecuencias de la omisión de consulta en medidas legislativas

La consulta previa, se ha señalado, tiene una naturaleza jurídica en la que se entremezcla, por un lado, el ser una garantía procedimental y, por el otro, el revestir el carácter de derecho fundamental. Ambos caracteres están orientados a la participación efectiva de los pueblos y comunidades indígenas en las medidas administrativas o legislativas que les afectan y que, en última instancia garantiza el derecho a la integridad cultural, social y económica del sujeto colectivo. Del mismo modo, se ha señalado que la consulta garantiza la preservación de la identidad pluricultural de la

²⁸⁶ CCC, sentencia C-175/2009.

²⁸⁷ Ídem.

²⁸⁸ CCC, Sentencia C-702/2010.

nación mexicana, tutelada por el artículo 2o, párrafo segundo, de la Constitución Federal.

En razón de ello, frente a los casos en los que la consulta resulte ser imperativa, la consecuencia de su omisión acarrea efectos inmediatos en la medida adoptada. En el caso de las medidas legislativas, tenemos que la consulta se constituye en un requisito procesal de las mismas, cuya ausencia, no obstante, se proyecta en el contenido material del acto legislativo. De este modo, ante la ausencia de una consulta obligada, nos encontramos frente a un vicio procedimental con repercusiones sustanciales –toda vez que la comunidad no pudo incidir en el fondo de la medida- y, consecuentemente, las repercusiones de este “defecto procedimental sustantivo”²⁸⁹ habrán de ser diversas.

Así, en cada caso deberá determinarse cuál es el efecto que la ausencia de la consulta comporta, pudiéndose declarar que la no realización de la misma conlleva: la inconstitucionalidad del acto; la subsistencia del mismo pero condicionado a una posterior consulta; la subsistencia de la medida legislativa, condicionado cada acto administrativo de aplicación a la realización de una consulta; la existencia de un vacío legal –una laguna- en la legislación para el caso de aquellas medidas dirigidas a toda la población que, sin embargo, tienen una afectación sustancial en los pueblos indígenas; entre otros supuestos.²⁹⁰ En cada caso particular, se tendrá que realizar el estudio correspondiente que determine el grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a los pueblos y comunidades indígenas.

La Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-175/2009 precisó que, en la determinación de las consecuencias de la omisión del deber de consulta previa debe de tenerse en cuenta: “(i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes”.²⁹¹

²⁸⁹ CCC, sentencia C-702/2010.

²⁹⁰ CCC, sentencia C-030/2008.

²⁹¹ CCC, sentencia C-175/2009.

Del mismo modo, necesariamente debe de valorarse la gravedad de la afectación de la medida legislativa de acuerdo con el significado que para los pueblos indígenas tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. Por tanto, el análisis del impacto indefectiblemente tiene que considerar las características específicas de la comunidad concreta y de su comprensión del mundo frente a la medida legislativa que la afecta.²⁹²

Otro punto que debe observarse, aunque ligado con los anteriores, es el hecho de que en aquellos casos en los que la consulta resulta ser obligada y sin embargo no se realiza, nos encontramos ante el supuesto de una violación a un derecho humano, acarreando tal situación, todas las consecuencias jurídicas que resultan de una violación de este género, entre ellas: el deber de investigar y sancionar la violación al derecho humano conculcado; lo obligación de otorgar garantías de no repetición; la obligación de procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación integral de los daños producidos por la violación.²⁹³

Respecto de la “reparación integral” importa también señalar que la misma implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización por los daños causados. La reparación integral, asimismo, supone una vocación transformadora, de tal forma que la misma tenga un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo por lo que no es admisible una restitución a la misma situación estructural de desventaja social.²⁹⁴ Por ende, en el caso de violaciones al deber de consulta, la reparación no debe conducir a un regreso a la situación de desventaja estructural para el pueblo o comunidad indígena, sino a una corrección de la misma.

Finalmente, hemos visto que la consulta previa tiene la naturaleza de derecho humano y, como tal, le asisten todos los caracteres previstos por nuestro artículo 1º Constitucional. De igual forma, es sabido que todo derecho humano se caracteriza por ser indisponible por lo que ni siquiera es una alternativa sujeta a discusión el realizarse o no la consulta ante aquellos supuestos en los que deviene obligada. En todo caso, si la autoridad insiste en no realizar la consulta, aun cuando tiene el deber de hacerla, las repercusiones de su proceder serán en extremo gravosas, tal como se ha visto al vulnerarse un derecho de orden fundamental.

²⁹² Ídem.

²⁹³ CoIDH. Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párr. 166.

²⁹⁴ CoIDH. Caso González y otras (campo algodonero) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Párr. 450.

2.7.5. El trámite de consulta ante tratados internacionales

Tanto la aplicación de tratados internacionales (ya sea normas self-executing o non self-executing) como el proceso de elaboración de los mismos, no quedan exentos del deber de consulta en aquellos casos en los que su incidencia sea directa en los pueblos y/o comunidades indígenas. En este supuesto, la consulta previa se convierte en un requisito fundamental, sin el cual, el tratado puede incluso ser declarado nulo.²⁹⁵

Sin embargo, atento a la especial naturaleza de los tratados y las reglas diversas –a las de las leyes ordinarias- que se siguen en los procesos para su adopción, el deber de consulta asume diversas especificidades.

Debe recordarse que, en los trámites de consulta no existe una regla clara aplicable para todos los Estados o en todas las situaciones, ello corresponde a cada país atento a sus circunstancias particulares. Más sin embargo, guiados bajo la directiva de la buena fe que impone el Convenio 169 de la OIT cabe fundadamente argumentar que la obligación de consulta debe de implementarse previamente a la adopción del tratado internacional tanto por parte del Presidente de la República como del Senado.²⁹⁶

Para el caso de los tratados bilaterales, sabemos que previó a la firma del instrumento por el Presidente de la República (o por su representante con plenos poderes) y su sometimiento al Senado para su ratificación, tiene lugar una fase de negociación del instrumento (artículos 7 a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969).

En esta fase de negociación “...los representantes de las Partes acuerdan unos objetivos generales por cumplir, delimitan el objeto y el alcance del tratado internacional, precisan deberes y obligaciones entre los contratantes, indican la duración del compromiso, prevén mecanismos de solución de controversias, deciden la inclusión de cláusulas de salvaguardia, y en últimas, redactan el clausulado. Posteriormente, suscriben o firman el texto acordado, quedando así claro el articulado del instrumento internacional. De tal suerte que, en materia de conclusión de tratados

²⁹⁵ Así ha ocurrido en diversas ocasiones en Colombia, véase las sentencias C-615/2009 y C-1051/2012, ambas de la CCC. Además, recuérdese que conforme al art. 46 de la Convención de Viena sobre celebración de tratados de 1969, “La violación manifiesta a una norma de importancia fundamental en el derecho interno, se constituye en una causa de nulidad de un tratado.”

²⁹⁶ CCC, sentencia C-615/2009.

internacionales, las fases de negociación y suscripción o aprobación, ocupan un lugar protagónico.”²⁹⁷

En razón de lo anterior, queda claro que es en esta fase en donde el deber de consulta debe surtirse pues con sustento en el principio de buena fe esta etapa configura el escenario por excelencia en el que las distintas partes pueden ser escuchadas y llegarse a acuerdos que beneficien a todos los sujetos implicados. De este modo, en atención a las preocupaciones expresadas por los pueblos y comunidades, el Estado puede colocar sobre la mesa de negociación con el otro u otros países esos temas a efecto de que se puedan explorar vías alternas o bien, se minimicen al máximo los efectos negativos que puedan tenerse.²⁹⁸

En este supuesto, puede advertirse que ocurre lo mismo que en tratándose de las iniciativas de ley radicadas ya en el Congreso de la Unión. Así, cuando el tratado internacional ha sido ya firmado por el Presidente de la República y corresponde sólo el trámite de ratificación por el Senado, la posibilidad de modificación del texto es nula y la vía a renegociaciones en el tratado también queda sujeta a una muy improbable ocasión. En consecuencia, el trámite de la consulta deja de ser una vía efectiva de participación e incidencia, pasando a ser sólo un trámite formal cuya posibilidad de trascendencia al texto normativo se encuentra de antemano descartada.

Lo anterior corresponde por regla general al caso de los tratados bilaterales. En el caso de los tratados multilaterales el proceso de negociación y adopción resulta diverso. Por lo común, un organismo directamente encomendado por los Estados suele elaborar diversos proyectos que son puestos a consideración de los Estados. El referido organismo suele organizarse a través de grupos de trabajo, mesas de análisis, conferencias internacionales, etcétera.

Asimismo, durante los procesos de elaboración y adopción del texto del tratado, no son raros los casos en los que las conferencias internacionales o los grupos de trabajo encomendados laboran durante varios años en la adopción del texto por lo que el proceso reviste especial complejidad.

En estos casos, cuando el Estado advierta que alguna disposición puede tener una afectación directa en los pueblos y comunidades indígenas, el deber de consulta debe materializarse precisamente en esos foros de análisis o grupos de trabajo a

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Ídem.

efecto de que las minorías étnicas aporten sus observaciones al respecto. Ciertamente, al ser tratados en donde una pluralidad de países confluye, puede ser que no sea compartida por todos la pluralidad de ideas por lo que, en todo caso, el Estado podrá manifestar su posición y adelantar las reservas correspondientes al texto normativo.

2.7.6. El caso de las reformas a la Constitución

En México, en diversas ocasiones se han presentado reformas Constitucionales en las que se ha planteado su posible inconstitucionalidad en términos formales y sustantivos. Sin embargo, la posición de nuestro Máximo Tribunal ha sido que por vía de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad carece de competencia al no ser uno de los sujetos con legitimación activa para conocer de la misma. En el caso del juicio de amparo, el texto constitucional no descarta la procedencia del mismo ante reformas a la Norma Fundamental que pudiesen vulnerar derechos humanos, más sin embargo, la Ley de Amparo si lo hace (artículo 61, fracción I), colocando esta situación al Estado mexicano en una clara vulneración del derecho fundamental a la protección judicial dada la ausencia de una garantía efectiva que tutele una vulneración a los derechos humanos con motivo de una reforma constitucional.

En este apartado, llamamos a una reflexión más profunda sobre el tema que se aparte de criterios dogmáticos y que pueda reconducirse a una interpretación maximizadora de los derechos fundamentales. De este modo, traemos el caso de Colombia cuya legislación constitucional y legislativa es sumamente similar a la de México y en donde, sin embargo, se ha procedido al estudio de reformas a la Constitución que al no cumplir los tramites procedimentales competentes, han sido declaradas “inexequibles”.

En materia de consulta a comunidades indígenas, tenemos un caso en materia electoral.²⁹⁹ En este, fue declarado “inexequible” el “Acto Legislativo 01 de 2009, por el que se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política”. El caso se refiere a una reforma constitucional en materia electoral que, entre otras modificaciones, incidía en la circunscripción especial reservada a las minorías étnicas, condicionando el acceso de los candidatos a la misma al requisito de inscripción en un

²⁹⁹ Nota: Sólo en un caso ha sido declarado inexequible un acto reformativo de la Constitución, más sin embargo, la CCC ha reiterado en su jurisprudencia que el deber de consulta, ante procesos de reforma a la Constitución, que afectan directamente a las minorías étnicas, debe de ser cumplido con la advertencia de una posible inconstitucionalidad del propio acto por violación a los procesos de reforma constitucional. Véanse las sentencias: C-702/2010 y C-317/2012.

partido político con personería jurídica. La CCC resolvió que la norma afectaba de manera directa a las comunidades étnicas, por lo que debió haberse surtido el trámite de la consulta previa y su omisión: “se erige en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, por lo cual una disposición superior afectada por tal vicio puede ser demandada por taciones de trámite en su aprobación, y habiéndose verificado que en el caso del inciso 8º del artículo 108 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2009 dicha consulta no se surtió, procede la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma”³⁰⁰

A diferencia de México, en Colombia su Constitución habilita expresamente a la Corte Constitucional, en tratándose de reformas a la Constitución, a conocer de “vicios de procedimiento en su formación” (artículo 241, parágrafo 1). En México, hemos señalado, que la SCJN ha desechado la posibilidad de conocer de reformas a la Constitución por vía de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales, no así en lo que hace al juicio de amparo reconociendo tenuemente su procedencia ante reformas constitucionales en las que no se ha seguido el procedimiento seguido en el artículo 135 Constitucional.³⁰¹ Sin embargo, la expedición de la nueva Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013 en el DOF si previó una disposición expresa para evitar la procedencia del juicio tratándose de adiciones o reformas a la Constitución Federal (artículo 61, fracción I).

³⁰⁰ CCC. Sentencia C-702/2010.

³⁰¹ Véase la siguiente tesis: “*Procedimiento de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No es manifiesta ni indudable la improcedencia del juicio de amparo promovido en su contra. Cuando el Congreso de la unión y las Legislaturas Locales actúan en su carácter de Poder Reformador de la Constitución, deben respetar las normas del procedimiento de reforma contenidas en el artículo 135 constitucional, lo cual implica que es jurídicamente posible que dicho poder emita alguna reforma con desapego a tal procedimiento. Cuando esto sucede y algún particular promueve juicio de amparo contra dicho acto, los Jueces de Distrito no pueden, sin más, considerar que en esos casos se actualiza de manera manifiesta e indudable la improcedencia del juicio, ya que de la mera remisión de la fracción XVIII del artículo 73 del Ley de Amparo, a los artículos 103 constitucional y 1o., fracción I, de la propia Ley de Amparo, no puede obtenerse un enunciado normativo que contenga la improcedencia del amparo contra una reforma constitucional. Lo anterior lleva a concluir que ese fundamento no es válido para desechar de plano la demanda relativa contra un procedimiento de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*” Tesis: P. LXXVI/2009. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009. 9ª época. Pág. 15. Tesis aislada, Constitucional. Las dudas aún latentes en el Poder Judicial Federal pueden advertirse en esta otra tesis jurisprudencial: “*Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución Federal. No es susceptible de control jurisdiccional. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de los votos de las Legislaturas locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.*” Tesis: P./J.39/2002. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, septiembre de 2002. Pág. 1136. 9ª época. Pág. 1136. Tesis jurisprudencial (Constitucional).

Sin prejuzgar la constitucionalidad de la disposición anterior y, reconociendo las dudas aún presentes en este tema tanto dentro de la academia como en el propio poder judicial de la federación, no pasaremos al estudio directo en el caso de nuestro país. Presentaremos el caso colombiano y las argumentaciones formuladas por su Corte Constitucional, llamando solamente a una debida reflexión despojada de criterios políticos, nacionalistas, exegéticos y similares con los que se pretende mantener reliquias historicistas no compatibles en ningún modo con un Estado constitucional y democrático de derecho fundado sobre el máximo imperativo de protección y respeto a los derechos humanos.

Al momento de pasar a abordar la competencia para conocer del caso, la Corte Constitucional Colombiana señaló que su competencia se limitaba únicamente a analizar los vicios en el proceso de conformación de una reforma a la Constitución, de acuerdo con las reglas que para tal procedimiento prevé la propia Constitución y en el que, ciertamente, no se prevé de una manera directa la consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas en medidas legislativas que les afecten directamente. No obstante, señaló que tal requisito si se prevé en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y, tal disposición, configura una norma integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 Constitucional.³⁰²

La CCC continuó desarrollando la figura de “medidas legislativas” prevista en el Convenio 169 de la OIT, concluyendo que la misma no se limita a las leyes en sentido formal, sino que incluía otras figuras, como los “actos legislativos” o los “actos reformatorios de la constitución” En este segundo caso, la CCC encontró que su jurisprudencia en materia de consulta por actos legislativos ha estado siempre sustentada en las propias razones y motivaciones constitucionales (la protección de la diversidad étnica y cultural, el derecho a la participación de los pueblos indígenas y la incorporación de tratados internacionales con rango de bloque de constitucionalidad) por lo que no existía argumento alguno para que las propias razones constitucionales no se aplicaran a los procesos de reforma constitucional. La CCC señaló:

“La Sala encuentra que dicha jurisprudencia resulta igualmente aplicable a este supuesto fáctico, toda vez que las consideraciones vertidas por la Corte en el grupo de sentencias que conforman esta línea jurisprudencial se orientan a señalar las razones constitucionales que justifican el derecho a la consulta de las comunidades étnicas. La titularidad activa y pasiva del derecho-deber correspondiente, las circunstancias de

³⁰² Que a la letra dice: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

modo y oportunidad en la que debe de llevarse a cabo, el principio de buena fe que debe presidirla, etc., respecto de ellos es menester que el especial derecho de participación de las comunidades indígenas y afrocolombianas se haga efectivo al momento de adoptar las reformas constitucionales que directamente les conciernen...”

En la misma Sentencia, refiriéndose a la consulta como principio constitucional la Corte señaló “Ciertamente, los derechos fundamentales, y como se vio la consulta a las comunidades étnicas lo es, en cuanto principios constitucionales implican para el operador jurídico un *mandato de optimización*, es decir, exigen que el derecho en cuestión sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.”³⁰³

Por si fuera poco, la CCC aplicó en este caso el siguiente razonamiento: “Adicionalmente, cabe decir que si para la expedición de normas como las leyes, cuyo rango jerárquico en la escala normativa es menor que el de las disposiciones constitucionales, la jurisprudencia ha definido que se exige la realización de la consulta a las comunidades étnicas concernidas, *a fortiori ratione* dicha exigencia se aplica también para la expedición por el Congreso de los actos legislativos. La superioridad jerárquica de estas disposiciones, su carácter condicionante de la validez jurídica de aquellas que las desarrollan y su mayor grado de abstracción y generalidad, hacen que tengan mayor potencialidad de afectar a las comunidades étnicas de todo el país, por lo cual su aprobación reclama con mayor urgencia la consulta previa.”³⁰⁴

Asimismo, fundada en los principios maximizadores de los derechos humanos, la Corte indicó: “Así las cosas, debe concluirse que la expresión “medidas legislativas” utilizada por el mencionado artículo 6º del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. De otra manera, la obligación de consulta se vería recortada y la protección internacional disminuida con grave afectación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su identidad cultural. Además establecido que el derecho de consulta es protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación *pro homine* es la que debe hacerse prevalecer; es decir, aquella exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho...”³⁰⁵

³⁰³ CCC. Sentencia C-702/2010.

³⁰⁴ Ídem.

³⁰⁵ Ídem.

Es fácil advertir que la Corte Constitucional Colombiana ha asumido plenamente la convicción de que un Estado multicultural, como lo es Colombia, no pueden seguir defendiendo con la misma fuerza –o intransigencia, según se vea– con que antaño eran defendidos fundamentos míticos de soberanía, estatalidad, democracia y demás. Sin abandonar estos conceptos, la Corte Constitucional los ha reinterpretado adaptándolos a las nuevas exigencias que un modelo de Estado plural supone. Así, la Corte se ha erigido como un verdadero guardián de la Constitución entendiendo que aquella no se reduce al simple contenido exegético/normativo sino que supone un conjunto de principios, reglas y valores fundamentales bajo los que se reconduce todo proceder público dirigido en última instancia a la máxima tutela del ser humano. Una posición como esta, en modo alguno atenta contra el principio de supremacía constitucional, sino por el contrario, lo reafirma dándole a la Constitución el lugar que verdaderamente merece, al entenderla como un conjunto de disposiciones principalistas en la que lo más importante es el ser humano, sin importar que para su protección tenga que acudir a disposiciones no necesariamente elaboradas en el ámbito interno, aunque si incorporadas al mismo, por vía de la propia Constitución.

2.8. Proceso general de consulta

Se ha desarrollado ya el proceso de consulta tratándose de medidas legislativas. En esta ocasión, haremos lo propio para el caso de las medidas administrativas. Previo a ello, debemos advertir que ambos tipos de medidas comparten en lo general los caracteres del proceso de consulta por lo que lo aquí desarrollado debe entenderse también como aplicable al trámite de medidas legislativas. Por esta razón, hemos llamado a esta sección “proceso general de consulta” que, aunque aplicable a ambos tipos de medidas, en esta ocasión lo referiremos en especial para el caso de lo administrativo.

Al igual que en el caso de las medidas legislativas, la regla general es que no existe un único procedimiento para consultar a los pueblos y comunidades indígenas, todo depende de la naturaleza de la medida propuesta, así como de las circunstancias y las especificaciones culturales de cada pueblo y/o comunidad,³⁰⁶ por tanto, se trata de un procedimiento flexible.³⁰⁷

³⁰⁶ OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Ob. Cit. Pág. 23.

³⁰⁷ TEPJF, caso SUP-JDC 1740/2012 (Acatlán, Guerrero); CoIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 202. Asimismo, la CCC ha señalado en múltiples ocasiones “...no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de

No obstante, la flexibilidad no es absoluta porque de serlo, la consulta perdería su finalidad prestándose a los abusos y arbitrariedades. Por tanto, son necesarias ciertas reglas mínimas a aplicarse en los procesos de consulta. Algunas de ellas son:

- La consulta debe ser hecha bajo el principio de buena fe.
- La consulta debe ser previa.
- La consulta debe ser libre.
- La consulta debe tener como fin llegar a un acuerdo.
- Debe ser hecha cuando la comunidad se encuentra debidamente informada.
- Debe respetar los sistemas de autoridad y representación indígena.
- La consulta debe respetar los tiempos y características culturales.³⁰⁸

A continuación, analizaremos cada una de estas reglas generales.

2.8.1. Buena fe

La buena fe en la realización de la consulta, significa que debe existir un ambiente de confianza, seguridad, claridad y respeto mutuo de las partes durante todo el proceso.³⁰⁹

En el caso de la parte indígena, la desconfianza y falta de credibilidad para con el Estado es de lo más frecuente lo cual, es del todo natural dada la historia traumática que han tenido a lo largo de la historia en su relación con el Estado.³¹⁰ Por estas razones, el Estado debe de esforzarse al máximo a fin de lograr crear ese clima de seguridad y confianza durante el proceso.

procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas.” CCC, sentencia T-129/2011.

³⁰⁸La SCJN ha señalado como requisitos mínimos a observarse en el trámite de la consulta los siguientes: debe ser previa; culturalmente adecuada; informada; de buena fe; con la finalidad de llegar a un acuerdo, con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios. Adicionalmente, la SCJN reconoció que el deber de consulta no se surte a través de simples reuniones para dar información, ni mediante la comunicación de información a través de diversos medios de difusión. La consulta debe ser adecuada, conforme a los parámetros del Convenio 169 de la OIT. Ver: SCJN. Amparo en revisión 631/2012. En sentido similar, el TEPJF ha reconocido estos requisitos mínimos a observarse en el proceso de la consulta (SUP-JDC 9167/2011, caso Cherán) y adicionalmente, ha señalado que la consulta debe ser: un proceso endógeno, libre, pacífico, informado, democrático, equitativo, socialmente responsable y autogestionado (SUP-JDC 1740/2012, caso Acatlán).

³⁰⁹ CoIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 186.

³¹⁰ RAMÍREZ, Silvina. Ob. Cit. Pág. 29.

Este clima puede lograrse mediante el suministro de información a las comunidades en forma previa, clara e integral (transparente y completa). No debe de ocultársele nada a la comunidad y debe ponerse sobre la mesa de negociación las cosas muy claras.³¹¹

Al logro de este clima de confianza contribuyen ciertas acciones: el respeto hacia las autoridades tradicionales indígenas así como a las instituciones, rituales y prácticas culturales; la ausencia de toda coacción, manipulación o intimidación externa de cualquier tipo;³¹² la determinación del procedimiento a seguir por consenso de ambas partes; la certeza de que las opiniones vertidas serán tomadas en cuenta y; la garantía de asistencia financiera, técnica y logística que necesiten para el desarrollo de la consulta, entre otras.

2.8.2. Procedimiento previo

Quizás parezca una redundancia el decir que la consulta previa debe de ser “previa”. No obstante, es necesario recalcarlo firmemente porque a los operadores del procedimiento de consulta muchas veces “se les olvida”.

El decir que la consulta es previa implica que debe realizarse antes de tomar la decisión que puede afectar a las comunidades. Debe tratarse de obtener el consentimiento de los pueblos o comunidades con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades, además, para ello debe de tenerse en cuenta que los pueblos tienen sus propios tiempos.

Consultar antes de decidir es fundamental para que el trámite de concertación y consenso con las comunidades no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida, lo cual, a todas luces sería nulo. Al igual que las medidas legislativas, en los actos administrativos, antes de que los mismos sean autorizados debe surtir el trámite de la consulta y no cuando dichos actos han sido ya aprobados por la autoridad, en cuyo caso, la consulta se constituye en un simple proceso para convalidar una medida adoptada de antemano.³¹³

³¹¹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa a pueblos indígenas” Ob. Cit. Pág. 123.

³¹² OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Ob. Cit. Pág. 19.

³¹³ CCC, sentencia C-175/2009.

2.8.3. La consulta debe ser libre

Este principio de la consulta se encuentra íntimamente relacionado con el de la buena fe y la información. Supone que durante todo el proceso de consulta se garantice la ausencia de “interferencias extrañas” susceptibles de ejercer presión, coerción o cualquier forma de intimidación. Mediante la garantía de este principio se asegura que el consentimiento que otorguen los pueblos indígenas o los acuerdos que se logren concretar, sean expresados libremente.

Como hemos indicado, la consulta previa garantiza la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas respecto de toda medida administrativa o legislativa que pueda afectarlas directamente. Supone la posibilidad de que el colectivo pueda libremente manifestar como conduce su proyecto de vida. Para que lo anterior pueda lograrse, en los procesos de consulta debe cuidarse que tanto el Estado como las empresas o terceros se abstengan de implementar medidas que de forma directa o indirecta coloquen en una situación de intimidación o presión a la comunidad. Sólo así puede lograrse un acuerdo o consentimiento realmente libre.

2.8.4. Las consultas deban tener como fin llegar a un acuerdo

La consulta no debe de ser una farsa, ni un mero trámite procedimental. No implica sólo escenarios de información, simples reuniones o audiencias con las comunidades étnicas. Tampoco es un procedimiento de simple concertación o una reunión donde la comunidad simplemente se dedica a escuchar a los dueños de los proyectos, la consulta debe tener como finalidad el lograr el consentimiento de los pueblos o comunidades indígenas que, en su caso, permita llegar a un entendimiento mutuo para adoptar decisiones por consenso que beneficien a ambas partes.

El procedimiento de consulta no debe ser para obtener la conformidad a una decisión previamente tomada, “sino para que haya una negociación suficientemente amplia y flexible que haga evidente el interés de los consultantes (agentes públicos) de obtener el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.”³¹⁴

Ahora bien, lo anterior no implica que la obtención del consentimiento sea un requisito absoluto en todos los casos, sino que el Estado haga un esfuerzo de buena fe para llegar a un acuerdo. De igual modo, los pueblos indígenas deben de procurar

³¹⁴ KREIMER, Osvaldo y Viviana Figueroa. Ob. Cit. Pág. 58.

de buena fe alcanzar el consenso sobre las medidas propuestas y evitar posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se sustenten en intereses públicos legítimos.³¹⁵ Como señala la Dra. Gloria Amparo Rodríguez: “Una consulta previa exitosa garantiza el desarrollo del proyecto y la prevención de futuros conflictos.”³¹⁶

De igual manera, al estar orientada la consulta para el logro de un acuerdo, en ella no se admiten posturas adversariales o de confrontación, se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias³¹⁷. La consulta, por tanto, debe detener un carácter pacífico tendiente al logro de acuerdos. Este carácter pacífico, se logra respetando los demás principios que delinear el proceso de consulta, en especial, la buena fe.

2.8.5. Debe ser hecha cuando la comunidad se encuentra debidamente informada

Para que los pueblos y comunidades indígenas puedan tomar una decisión al momento de consultárseles, previamente deben encontrarse informados sobre el proyecto en consideración, para ello es fundamental que reciban información objetiva, clara y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta. La información debe ser suministrada en un idioma que puedan comprender plenamente.³¹⁸ Asimismo, es esencial la realización de estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que puedan conocerse todas las consecuencias. En esos estudios, claramente debe participar la comunidad.³¹⁹

La información suministrada deberá abarcar, por lo menos, los siguientes aspectos: a) la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b) la razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c) la duración de lo que antecede; d) los lugares que se verán afectados; e) una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; f) el personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto.³²⁰

³¹⁵ OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Ob. Cit. Pág. 23.

³¹⁶ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa a pueblos indígenas”. Ob. Cit. Pág. 133.

³¹⁷ CCC, sentencia T-129/2011.

³¹⁸ UN. *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Ob. Cit. Pág.32-33.

³¹⁹ OHCHR. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Ob. Cit. Pág. 20.

³²⁰ KREIMER, Osvaldo y Viviana Figueroa. Ob. Cit. Pág. 57.

Adicionalmente, debe de recalcarse que la mera proporción de información a los colectivos indígenas no equivale a la realización de la consulta. El TEPJF ha recalcado que la realización de una consulta “implica necesariamente el establecimiento de un diálogo entre las partes signadas de comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe y con el deseo de llegar a un acuerdo común, por lo que no se trata simplemente de informar a las comunidades y pueblos el contenido de la medida legislativa o administrativa que se pretende adoptar, sino permitirles de forma genuina y objetiva su participación en la construcción de la misma.”³²¹

2.8.6. Debe respetar los sistemas de autoridad y representación indígena

La Consulta debe de ser realizada de acuerdo con las instituciones tradicionales de cada pueblo, a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen.³²² Es de señalar que cada pueblo cuenta con sus propios sistemas de autoridad, a través de las cuales se ejerce el control social y se resuelven los conflictos. Las consultas deben de realizarse con las autoridades que, de acuerdo con el propio pueblo o comunidad, son las habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de la colectividad. Consecuentemente, antes de iniciar las consultas es necesario identificar y verificar que las organizaciones o instituciones con las que se tiene previsto tratar cumplan con estos requisitos.

Por otro lado, la inclusión de una perspectiva de género y la participación de las mujeres indígenas son fundamentales, así como la participación de los niños (respetándose el interés superior del menor) y los jóvenes, según corresponda.³²³ Una consulta en la que por decisión de las autoridades tradicionales no se permite la participación bajo una perspectiva de género e inclusiva de todas las voces, no encuentra cabida en un Estado constitucional y democrático de derecho.³²⁴

2.8.7. La consulta debe respetar los tiempos y características culturales

La consulta debe tener en cuenta las particularidades de los pueblos y comunidades indígenas. La SCJN ha indicado que la consulta debe cumplirse de

³²¹ TEPJF. SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán, Guerrero).

³²² RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa a pueblos indígenas” Ob. Cit. Pág. 128.

³²³ UN. *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Ob. Cit. Pág.11.

³²⁴ TEPJF. SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán, Guerrero).

acuerdo con las costumbres y tradiciones de cada pueblo o comunidad, lo cual implica, la adopción de procedimientos culturalmente adecuados bajo los métodos tradicionales de toma de decisiones de los colectivos indígenas.³²⁵ En consecuencia, ningún proceso de consulta puede ser igual para todos los pueblos y comunidades indígenas.

Asimismo, una variable especial a tenerse en cuenta son los tiempos indígenas que cada pueblo y/o comunidad requiere para tomar una decisión. Los tiempos en la cosmovisión indígena son distintos de los que posee la sociedad occidental, tales tiempos dependen de sus propios calendarios a partir de los cuales organizan sus actividades o tareas al interior de la comunidad. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta las dificultades en las comunicaciones dado que dichas comunidades comúnmente se encuentran localizadas en zonas alejadas y de difícil acceso (cómo selvas y bosques).

En cuanto a los tiempos indígenas y características culturales a observarse en la consulta, la Corte Constitucional Colombiana ha observado que responden a cada identidad colectiva indígena y que, consecuentemente, ningún proceso de consulta podrá ser igual entre los diferentes pueblos. Así por ejemplo, en la sentencia T-129/2011 la CCC cita diversos casos. Para los indígenas “koqui” las decisiones son tomadas por medio de diversos procedimientos de adivinación y ofrendas, eventos que pueden durar algunos días, determinadas semanas o incluso varios años. En cuanto a las características culturales, la Corte observó que en casos como los del pueblo indígena Kuankuano de la Sierra Nevada de Santa Marta, los Mamos o sacerdotes indígenas son la máxima autoridad del pueblo y, sin embargo, no son autoridades representativas sino únicamente adivinatorias por lo que el proceso de consulta no debe llevarse a través de ellos. En el caso del pueblo indígena wayúu, esta comunidad consulta en todo el sentido de la palabra a la almohada, el “chinchorro” o la hamaca pues la interpretación de los sueños constituye un factor decisivo para la toma de una decisión y para el análisis de los impactos.³²⁶

2.8.8. Otros elementos a tener en cuenta

La realización de la consulta previa debe de ser realizada por el Estado.³²⁷ Frecuentemente, la consulta es realizada por la empresa privada que pretende realizar

³²⁵ SCJN. Amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia).

³²⁶ CCC, sentencia T-129/2011.

³²⁷ Así lo ha señalado el TEPJF, véase el caso SUP-JDC 1740/2012 (Acatlán, Guerrero).

las actividades que pueden afectar a los pueblos indígenas. El deber y responsabilidad de realizar las consultas corresponde al Estado y es una obligación que no puede delegar en una empresa privada.³²⁸

Es recomendable que durante todo el proceso de consulta, los pueblos y comunidades indígenas cuenten con el acompañamiento de instituciones como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Organizaciones de la Sociedad Civil de reconocido prestigio y, preferentemente instituciones u observadores internacionales con una mayor imparcialidad respecto del asunto interno que da lugar al trámite de la consulta.³²⁹

Debe de determinarse con precisión dónde se encuentran los pueblos y comunidades indígenas. Es necesario que las instituciones gubernamentales competentes cuenten con la información exacta acerca de la existencia de territorios donde habitan estos pueblos y comunidades en las diferentes zonas del país. De esta manera, al momento de tomarse medidas legislativas o administrativas se sabrá si resulta directamente afectado un pueblo o comunidad indígena y, en consecuencia, se habrá de implementar la consulta previa. En todo caso deberá de considerarse no sólo el territorio indígena sino además, el área de influencia que pueda tener la medida administrativa, legislativa o de otra índole a aplicar.³³⁰

En el procedimiento de consulta se debe contar con traductores expertos que permitan el diálogo entre las partes. Resulta conveniente que los interlocutores directos sean los propios indígenas y los representantes Estatales, no obstante, en caso de que la comunicación entre ambos sea imposible, podrá recurrirse a un traductor siempre que este identificado con la cultura del grupo indígena y siempre que sea aceptado por ambas partes.³³¹

Asimismo, debe cuidarse de que durante todo el proceso de consulta y preconsulta la población afectada esté al tanto de la misma por lo que debe ser

³²⁸ CoIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 187.

³²⁹ Con sus equiparables instituciones nacionales, así lo ha previsto la CCC en la sentencia T-129/2011.

³³⁰ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. "El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia". Ob. Cit. Pág. 64.

³³¹ CoIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 201.

implementado un proceso de difusión exhaustivo de todas y cada una de las etapas del proceso de consulta.³³²

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de la CoIDH³³³ existirán tantas consultas como tantas medidas administrativas o procedimientos legislativos existan que incidan o puedan incidir en los intereses o derechos indígenas. De este modo, la realización de una consulta durante el proceso legislativo no exime el deber de realizarla en cada uno de los actos administrativos en que se implemente y, en el caso de estos últimos, debe realizarse una consulta para cada acto administrativo (Vgr., en el caso de recursos naturales, una consulta para el estudio de impacto ambiental, otro para la fase de exploración, otro para la explotación, etcétera).

En caso de que los pueblos y/o comunidades indígenas brinden su consentimiento para la medida a aplicar, tienen todo el derecho a participar en los beneficios del proyecto por lo que deberán recibir una compensación justa y el derecho a participación en los beneficios que se deriven del proyecto.³³⁴ Esta situación debe de ser prevista desde el primero momento a efecto de evitar conflictos posteriores.

Es importante que los funcionarios públicos tengan una conducta imparcial y objetiva. Además, deberían ser agentes especializados que conozcan sobre los derechos de los pueblos indígenas así como de temas relacionados con la protección étnica y cultural del país.³³⁵

Es necesario que la comunidad tenga claro que la consulta ofrece la generación de espacios de discusión y concertación previos a la toma de decisiones y permite la aproximación de las partes o actores involucrados con el proyecto a fin de llegar a acuerdos que beneficien a ambas partes.³³⁶

Los dueños del proyecto deber facilitar el acceso a la información previa, objetiva, transparente y oportuna, así como proporcionar los mecanismos para el uso eficiente de la misma, dado que en su mayoría, las comunidades –y la población del

³³² TEPJF. SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán, Guerrero).

³³³ CoIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 167.

³³⁴ CoIDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párr. 138.

³³⁵ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa. ¿Oportunidad o amenaza?” Ob. Cit. Pág. 102.

³³⁶ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa a pueblos indígenas” Ob. Cit. Pág. 139.

Estado, en general- no saben qué hacer ni cómo interpretar información muy especializada.³³⁷

2.8.9. Fases del proceso

Podemos distinguir tres fases o etapas en el proceso de consulta previa: 1.- La fase de información o “pre-consulta”; 2.- La fase de consulta y; 3.- La fase de sistematización y seguimiento.³³⁸

1.- Fase de información o “pre-consulta”. Se sientan las bases del procedimiento a seguir en el caso particular, se prevé de común acuerdo el “como” se realizará el proceso consultivo atendiendo a las especificidades culturales de la comunidad. En esta fase es importante dotar ampliamente de información al pueblo o comunidad indígena sobre el proyecto a realizarse, en especial, sobre los impactos que puede tener a fin de que con la debida antelación puedan identificar los aspectos positivos y negativos del mismo. Asimismo, en esta fase se identifican las personas que representarán a las partes durante el proceso: los representantes de la comunidad, de la empresa –en su caso- y del Gobierno. Se determina conjuntamente los planes de trabajo, la metodología, tiempos, el lugar de las reuniones y, en su caso, las compensaciones así como la participación en los beneficios del proyecto.³³⁹ Debe tenerse presente que, durante todo el proceso de consulta, los pueblos y comunidades podrán solicitar al dueño del proyecto y al Estado, información y aclaración sobre los temas de la acción a emprender.

2.- Fase de realización de la consulta. En esta fase se realiza propiamente la consulta. Puede ser en una o en diversas reuniones en las cuales se discutirán los proyectos, los impactos o afectaciones y las formas de prevenirlos, solucionarlos o mitigarlos. Para dar comienzo se convoca a una reunión de instalación, en esa misma reunión se desarrollan los temas a tratar o bien, se convoca a reuniones posteriores. Esta fase culmina con una reunión de protocolización en la que se fijan los acuerdos o conclusiones obtenidas.³⁴⁰

³³⁷ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa a pueblos indígenas” Ob. Cit. Pág. 139.

³³⁸ La CCC ha indicado: “Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.” Sentencia T-129/2011.

³³⁹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “Participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado”. Ob. Cit. Pág. 76-77.

³⁴⁰ HCHR. *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada*. Ob. Cit. Pág. 56.

3.- Fase de sistematización y seguimiento. En esta etapa se vigilan y se da seguimiento a los compromisos asumidos. Implica la plena participación de todos los actores, en especial de los pueblos y comunidades, a fin de vigilar las medidas de mitigación de efectos negativos.³⁴¹

2.8.10. Decisión y alcance de la consulta

En caso de existir acuerdo entre las partes, se elabora el acta respectiva y se firma. Si no existe acuerdo, se dará por concluida la reunión dejando en el acta constancia expresa de ello y la autoridad competente tomará la decisión final.

En caso de haber acuerdo,³⁴² se deberá fijar: las condiciones para la realización de la obra; las medidas de mitigación, control y compensación para garantizar la identidad cultural; se deberán establecer los planes de seguimiento y control; se debe dejar clara la forma en cómo se dará para las comunidades la participación en los beneficios del proyecto así como los compromisos diversos a emprenderse, señalándose tiempos y responsables directos.³⁴³

La consulta previa constituye un requisito para que la medida a adoptar sea válida lo cual, no obstante, no significa que un resultado negativo en la consulta tenga por efecto el veto de la medida a implementar. Quién toma la decisión al final del proceso es la autoridad. Lo anterior ha sido considerado incluso por la Organización Internacional del Trabajo para la que: “Ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afectan a todo el país [...] El artículo 7º (del Convenio 169) exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo...”³⁴⁴

³⁴¹ *Ibidem*. Pág. 57.

³⁴² La ColDH sostuvo en el caso *Saramaka vs. Suriname* (párrafos 127 y 129), que en caso de no haber acuerdo, el Estado no obstante podrá llevar a cabo la medida a adoptar pero previamente a ello deberá cumplir 4 condiciones: 1.- Que la medida a llevar a cabo se encuentre previamente establecida por ley; 2.- Que sea necesaria; 3.- Que sean proporcionales y; 4) que tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Pero además, el Estado deberá cumplir con tres garantías: 1.- Asegurar la participación efectiva de la comunidad en toda la acción que se va a emprender; 2.- La participación de la comunidad en los beneficios que se generen y; 3.- Que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio hasta en tanto se realice un estudio de impacto ambiental.

³⁴³ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. “La consulta previa a pueblos indígenas” Ob. Cit. Pág. 141.

³⁴⁴ OIT. *Guía para la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT*. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza. 1999. Pág. 14-15.

Sin duda alguna, es esta una limitación a la consulta previa que se ha tratado de enmendar a través de una figura semejante pero con la característica de ser vinculante: el consentimiento previo, libre e informado.

Volviendo al tema de la consulta previa, en caso de que no sea posible llegar a un acuerdo y, la autoridad tome la decisión de llevar a efecto la medida respectiva, tal decisión en todo caso no debe de ser arbitraria sino que debe ser objetiva, razonable, motivada y proporcional a la finalidad que se pretende obtener la cual debe de ser un interés público mayor que amerite la prevalencia por sobre la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. Además, si quién finalmente toma la decisión es el Estado, corresponde al mismo mitigar, corregir o restaurar los efectos negativos que las medidas implementadas puedan producir en detrimento de la comunidad.³⁴⁵

Junto con lo anterior, en caso de llevarse a cabo la acción, aún sin el consentimiento del pueblo o comunidad, el Estado deberá asegurar “el máximo respeto posible a las prioridades de desarrollo de los pueblos, priorizar —en caso de proyectos de desarrollo— el mejoramiento de sus condiciones de vida, garantizar los beneficios o las ganancias, así como las indemnizaciones que correspondieran, y, explicar cómo dicha medida no va a afectar la integridad biológica o cultural de dicho pueblo, adoptando, en todo caso, las medidas necesarias de minimización de riesgos correspondientes.”³⁴⁶

Hemos dicho que la medida a emprender por el estado aún ante la negativa de la comunidad deberá estar desprovista de arbitrariedad y ser en todo caso proporcional al objetivo que se pretende alcanzar. El principio de proporcionalidad que debe observar el Estado en estos casos es sumamente complejo pues nos encontramos ante la colisión de principios y evidentemente, en cada caso deberá de analizarse y emprenderse la mejor medida que produzca la menor afectación en los derechos fundamentales en litigio.

Como sabemos, el principio de proporcionalidad lato sensu comprende los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (stricto sensu).

La idoneidad se refiere a que la medida a emprender sea la conducente para conseguir el valor o la finalidad protegida mediante la restricción del valor en

³⁴⁵ En el derecho comparado, así fue considerado por la CCC en su sentencia SU-039/97.

³⁴⁶ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Ob. Cit. Pág. 29.

conflicto.³⁴⁷ La necesidad se refiere a una selección de medios configurada ante la existencia de dos o más alternativas idóneas para conseguir el objetivo y, en cuyo caso, habrá de optarse por aquella medida más benigna con el derecho fundamental que será afectado.³⁴⁸ Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la ponderación cuya ley nos indica que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” Para el logro de este tercer subprincipio, Alexy nos enseña que primeramente deberá definirse el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios. En segundo lugar, habrase de definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, deberá definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del otro.³⁴⁹

Como se ve, aún en caso de que la autoridad administrativa o legislativa pretenda continuar con la medida que afectará directamente a los pueblos o comunidades étnicas, deberá dicha autoridad de argumentar consistentemente el emprendimiento de la medida, a riesgo que de no hacerlo sea declarada inválida.

Antes de concluir el presente acápite consideramos importante señalar un tema adicional frecuentemente vinculado con la decisión y el alcance de la consulta. Frecuentemente suele utilizarse el argumento mayoritario para determinar el sentido de la decisión a emprenderse por el Estado. Frente a megaproyectos de inversión y de otro tipo, no es ajeno el argumento según el cual la medida a emprenderse “conllevará enormes beneficios económicos” a un amplio sector de la población, que se contribuirá al desarrollo nacional y a la mayor competitividad del país.

Sin entrar a discutir las bondades y beneficios que en cada megaproyecto pueda tenerse, debe de recordarse que en el campo de los derechos humanos el argumento mayoritario sencillamente no tiene cabida. Ha sido ampliamente reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia interamericana –de obligatorio cumplimiento para México- e internacional, así como por la doctrina especializada en la materia que la regla de la mayoría resulta profundamente peligrosa cuando se entremezcla con los fundamentos de los derechos humanos, en especial, cuando de lo que se discute son restricciones a los mismos. En estos casos, la regla de la razón y de la argumentación es la que supera en todo

³⁴⁷ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *Recurso de consideración. Expediente: SUP-REC-41/2013*. Resolución del 26 de junio de 2013. Asimismo ALEXY, Robert. Ob. Cit. Pág.525.

³⁴⁸ ALEXY, Robert. Ob. Cit. Pág. 526; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SX-JDC-954/2012*. Sentencia del 18 de abril de 2012.

³⁴⁹ Ídem. Pág. 529.

momento a la simple regla mayoritaria pues los derechos humanos, como se ha precisado, se encuentran al margen de las decisiones de la mayoría, aún de las que se toman por unanimidad.³⁵⁰

En consecuencia, el “mayor beneficio” que una obra puede reportar para la colectividad no es en ningún caso un argumento válido para la restricción de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades étnicas, más aún, cuando lo que se encuentra en peligro es la supervivencia del propio sujeto colectivo como tal. Fue este precisamente el argumento que la Corte Constitucional Colombiana aplicó en su Sentencia T-129/2011 –en la que el suscrito participó- para tutelar el derecho colectivo a la identidad cultural y a la vida del sujeto colectivo como tal frente a megaproyectos de inversión en territorios indígenas colombianos. En uno de sus argumentos, la Corte señaló:

“No se puede anteponer en abstracto el “interés general” y la visión mayoritaria que se tenga del “desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos... lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.”³⁵¹

En la misma sentencia, la Corte señaló que en caso de no obtenerse el consentimiento del pueblo o la comunidad y, aun así, se decidiera emprender la medida administrativa o legislativa pero, no obstante, todo análisis ponderado condujera a un inevitable riesgo para la supervivencia y continuidad del sujeto colectivo, el Estado debería abstenerse de llevar a cabo la medida. La Corte señaló:

“Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.”³⁵²

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. “Garantías” Ob. Cit. Pág. 66 y 67.

³⁵¹ CCC. Sentencia T-129/2011.

³⁵² Ídem.

Capítulo III

El derecho al consentimiento previo, libre e informado

En esta sección desarrollaremos un derecho fundamental colectivo de los pueblos y comunidades indígenas que tiene la característica de poseer un especial reforzamiento atento a las condiciones particulares frente a las que el mismo se actualiza, nos referimos al consentimiento previo, libre e informado. Al igual que con la consulta previa, realizaremos un estudio sobre el mismo a fin de determinar su contenido, alcance y las condiciones para su implementación en realidades como la mexicana, tal estudio está imbuido de importantes precedentes jurisdiccionales y de normativa vinculante que justifica la existencia de este derecho.

3.1. Concepto

El Consentimiento previo, libre e informado es un derecho fundamental, de carácter colectivo, que poseen los pueblos y comunidades indígenas, así como otras minorías étnicas semejantes, por el cual garantizan su derecho a la participación frente a aquellas medidas adoptadas por el Estado con una especial capacidad de incidencia en la estructura étnica del pueblo o la comunidad. Este derecho se caracteriza porque supone la necesaria obtención de un consentimiento a partir del cual el Estado puede implementar la medida prevista con incidencia en la estructura étnica del colectivo.

3.2. Naturaleza jurídica

El Consentimiento previo, libre e informado es un derecho fundamental, de carácter colectivo, que asiste a los pueblos y comunidades indígenas, así como a otras minorías étnicas con caracteres similares.

El consentimiento previo, adquiere la connotación de derecho fundamental en atención a la especial finalidad con la que este derecho ha sido ideado y que es, precisamente, la tutela reforzada hacia los pueblos y comunidades indígenas ante aquellas medidas con especial grado de incidencia en la estructura étnica del colectivo.

Es importante distinguir en este punto dos manifestaciones del consentimiento previo, libre e informado. Por una parte, hemos señalado dentro del capítulo de consulta previa que la misma debe de estar orientada a la obtención del consentimiento del pueblo o la comunidad. En este sentido, el consentimiento no es

sino la finalidad última a la que todo proceso de consulta debe de estar orientado y aquí, claro está, no se configura el consentimiento como un derecho autónomo del de la consulta. Por otro lado, la normativa internacional, así como la jurisprudencia interamericana han delineado que en ciertos casos de especial relevancia, no basta con el simple deber de consultar sino que es necesaria la obtención del consentimiento previo, libre e informado del pueblo o comunidad. De esta manera, el consentimiento previo "...constituye un verdadero derecho de los pueblos indígenas."³⁵³

Así, podemos distinguir el logro del consentimiento previo, libre e informado como la finalidad a la que debe estar orientado todo proceso de consulta. Y por otro lado, el derecho fundamental al consentimiento previo, libre e informado que emerge de determinadas medidas caracterizadas por su especial grado de incidencia en la composición étnica de los pueblos o comunidades indígenas.

3.3. Fundamento jurídico

El derecho fundamental al consentimiento previo, libre e informado encuentra su fundamentación jurídica en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia Interamericana (obligatoria para México).

En el caso del Convenio 169 de la OIT, su artículo 16, numeral 2, dispone que en tratándose del traslado de los pueblos indígenas, el mismo sólo podrá efectuarse bajo su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. De este modo, toda medida estatal que implique el traslado de una comunidad, implica la necesaria obtención del consentimiento de la comunidad.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas amplía el catálogo de presupuestos bajo los cuales resulta procedente el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Respecto del valor jurídico de este instrumento internacional, es importante señalar que a diferencia del Convenio 169 de la OIT, cuya fuerza es plenamente vinculante para el Estado mexicano, la Declaración carece de ese carácter vinculante. Sin lugar a dudas, ciertamente ello es una gran

³⁵³ GALVIS Patiño, María Clara y Ramírez Rincón Ángela María. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Ed. Due Process of Law Fundation. Washington, 2013. D.C. Pág. 208.

limitación, más sin embargo, no deja de ser un instrumento que el Estado tiene el deber de observar.

La SCJN en el amparo en revisión 781/2011 (caso barrancas del cobre) señaló que con respecto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "...al ser una Declaración emanada de un organismo internacional, como es la ONU, es un instrumento de *carácter aspiracional*, que marca la tendencia hacia donde las Partes que lo suscriben consideran debe orientarse el derecho internacional. Si bien la Declaración no es jurídicamente vinculante para los Estados que se adhirieron a su texto, existe un compromiso moral con su contenido; esto es, solamente sirve como criterio orientador."³⁵⁴

En cuanto a los supuestos de procedencia del consentimiento previo, libre e informado, la citada Declaración indica que el mismo debe obtenerse tratándose de: desplazamientos o traslados³⁵⁵ y en el caso de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en los territorios indígenas.³⁵⁶

En el ámbito de la jurisprudencia interamericana encontramos también el fundamento jurídico del consentimiento previo, libre e informado. La Corte de San José ha desarrollado este importante derecho, en especial, en el caso "Saramaka Vs. Surinam" sentando precedentes que, como ha sido señalado en su oportunidad, son plenamente vinculantes para el Estado mexicano.

Este caso fue resuelto en noviembre de 2007 y se refiere a la construcción de una hidroeléctrica en territorio de la comunidad tribal (no indígena) Saramaka. Lo anterior ocurrió durante la década de los años 60 y, como resultado de la construcción de la hidroeléctrica, tuvo lugar la inundación de los territorios de la comunidad, obligándola a desplazarse. La Corte constató que desde ese entonces a la fecha de resolución del caso, la relación entre la comunidad y el Estado de Surinam estuvo caracterizada por la ausencia de una política que contribuyera a mejorar sus condiciones de vida, a garantizarles su derecho colectivo a la propiedad, a

³⁵⁴ SCJN, amparo en revisión 781/2011 (caso barrancas del cobre).

³⁵⁵ "Artículo 10: Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso."

³⁵⁶ "Artículo 29.2: Los estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado..."

reconocerseles personalidad jurídica como pueblo y al acceso a garantías judiciales adecuadas para reclamar sus derechos ancestrales.

En este caso, la CoIDH declaró culpable al Estado de Surinam por no garantizar a la comunidad Saramaka su derecho a la propiedad tradicional y por violar sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la protección judicial. Para arribar a estas conclusiones, entre otras consideraciones, la Corte desarrolló el deber de consulta previa y lo distinguió del derecho al consentimiento previo, libre e informado.

En cuanto al consentimiento, la Corte Interamericana señaló que este derecho se actualiza ante los planes de desarrollo o de inversión a gran escala, en los cuales, no basta con la realización de la consulta sino que resulta imprescindible la obtención del consentimiento.³⁵⁷

A esta conclusión llegó la Corte de San José valiéndose del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el *soft law* internacional que, por vía de su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha transformado en *hard law*, al menos para nuestro país.

La Corte indicó que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, había señalado que: "...siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia."³⁵⁸ En consecuencia, "[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la

³⁵⁷ CoIDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párr. 134.

³⁵⁸ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión)*, ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, Pág. 2. Citado por la CoIDH.

protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo."³⁵⁹

Asimismo, la CoIDH se valió de observaciones del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) en las que se señalaba: “[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”³⁶⁰

A partir de estos elementos, la Corte Interamericana determinó que “...adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.”³⁶¹

Con posterioridad, la CoIDH reiteró este criterios en la sentencia interpretativa del caso Saramaka, donde señaló: “El Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objeto de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a

³⁵⁹ Ídem. Párr. 66. También citado por la CoIDH.

³⁶⁰Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, Párr. 16. Citado por la CoIDH.

³⁶¹ CoIDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párr. 137.

los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.”³⁶²

De este razonamiento, la Corte de San José ha sentado el precedente de que en tratándose de aquellos planes de desarrollo o de inversión a gran escala, incluyéndose los de extracción de recursos naturales, no basta con la realización de una consulta, sino que se requiere la obtención del consentimiento por parte del pueblo o la comunidad afectada, dada la especial envergadura que dichos proyectos tienen en su estructura étnica.

En el *soft law* citado por la CoIDH, y que deviene en *hard law* vía la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se desarrollan diversas consideraciones en relación con el consentimiento previo, libre e informado, siendo también un criterio de fundamentación jurídica de este derecho. En el caso del Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, a que se refiere la CoIDH, en ese mismo informe se indica: “Todo proyecto o estrategia de desarrollo a largo plazo que afecte a zonas indígenas debe contar con la plena participación de las comunidades indígenas, siempre que sea posible, en las fases de diseño, ejecución y evaluación. El consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos.”³⁶³

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reiterado estos criterios, señalando que el consentimiento previo, libre e informado es procedente respecto de: planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales (reiteración de criterios del Relator de la ONU); en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales prive a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia (reiteración de jurisprudencia de la CoIDH) y; en el caso del depósito o almacenamiento de

³⁶² CoIDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Párr. 17.

³⁶³ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión)*, ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003. Consultado en la página oficial del Centro de Información de las Naciones Unidas el 10/06/2014, Párr. 73. Disponible en: http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/p_ind.doc

materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas (reiteración de criterios del Relator de la ONU).³⁶⁴

En el caso de la jurisprudencia de la SCJN ha sido reconocido también, aunque tenuemente, el derecho al consentimiento previo, libre e informado. En el emblemático amparo en revisión 631/2012 la Suprema Corte señaló: "...esta Primera Sala estima conveniente resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento, pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento..."³⁶⁵

De este modo tenemos un sólido sustento jurídico (y, en algunos casos interpretativo) del derecho al consentimiento previo, libre e informado así como de su valor, en términos jurídicos y de vinculación, para el caso de nuestro país.

3.4. Implicaciones

El elemento característico del derecho al consentimiento previo, libre e informado es que el mismo resulta ser obligado para el Estado, de tal manera que de no lograrse la obtención de ese consentimiento la medida a implementarse por parte de la autoridad no puede tener lugar. Lo anterior se traduce en una suerte de veto a los actos de la autoridad, un veto reconocido jurídicamente tanto por el orden interno –como se ha visto en la sección precedente- como por el internacional.

Esta situación, el veto, claramente comporta diversas implicaciones difíciles de compaginar en múltiples Estados y, como es de esperarse, este derecho no ha sido precisamente muy bien recibido al interior de los Estados. No obstante ello, con el consentimiento previo, libre e informado se actualiza en su máxima expresión el principio del multiculturalismo que caracteriza a las sociedades complejas pues a través de la obtención del consentimiento para determinadas medidas estatales, se deja en claro que las decisiones gubernamentales que incidan trascendentalmente en la composición étnica de los pueblos y comunidades indígenas no pueden ser tomadas unilateralmente, sino en consenso –obligado- con los sujetos afectados.

Además, cuando se pone sobre la mesa de análisis el derecho al consentimiento previo, libre e informado, en la mayor parte de las veces las alarmas y

³⁶⁴ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Párr. 334.

³⁶⁵ SCJN. Amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia).

temores que giran entorno de él son en extremo injustificados. Este derecho, como se verá, se encuentra limitado a sólo unos cuantos supuestos y responde más bien a una suerte de protección –reforzada- ante situaciones en las que realmente se coloca en peligro la existencia del sujeto colectivo.

Como señalamos en el capítulo referente al multiculturalismo, en un Estado constitucional y democrático de derecho actual se hace imprescindible que todas las voces puedan tener cabida, así como sus diversos proyectos de vida sin que ninguna concepción predeterminada sea impuesta por igual. Sólo cabe un único principio con una supremacía por sobre los demás y es el de la pluralidad. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas, su proyecto de vida gira en torno a la comunidad, incluso, se asume la idea de “pueblo” o “comunidad” con un carácter vital no diferenciable del individuo en cuanto tal. En una concepción occidental ello es sumamente difícil de entender pero no por ello debe negársele el igual valor, consideración y consecuentemente, su tutela efectiva.

El consentimiento previo, libre e informado se ha ideado como una garantía reforzada cuando la vida del sujeto colectivo se encuentra en una situación de inminente peligro, tal cual ocurre ante los casos de megaproyectos de desarrollo en territorios indígenas, desplazamientos obligados, la introducción de substancias peligrosas al interior del territorio, etcétera. En estos supuestos existe el peligro real e inminente de que la existencia como forma colectiva de vida deje de tener lugar.

El Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha indicado que: “la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas.”³⁶⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los

³⁶⁶ ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Párr. 47. Consultado en la página oficial del Relator el 10/06/2014, disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/annual-reports/report-to-the-human-rights-council-a-hrc-12-34-14-july-2009>

derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos.”³⁶⁷

La CIDH ha entendido maravillosamente el sentido del derecho al consentimiento previo, libre e informado. Además, ha traído a colación un elemento sobre el que hemos reflexionado ya en el caso de la consulta previa y que en este apartado, también nos proporciona elementos de reflexión. Este elemento es el principio de proporcionalidad.

Señalamos con antelación que ante la existencia de una colisión de derechos fundamentales se hace necesario ponderar dado el carácter de principios –mandatos de optimización- que caracteriza a estos derechos. Así, frecuentemente ante el derecho fundamental al consentimiento previo, libre e informado suele plantearse cara a cara el derecho al desarrollo económico, social e industrial de la región o, incluso, del país en general a través de la explotación de los recursos naturales ubicados en territorios indígenas. El dilema, muchas veces falso, se configura como una elección entre desarrollo o preservación de las culturas indígenas. Este dilema, en la inmensa mayoría de casos resulta ser falso pues suele construirse como una decisión irresoluble, no susceptible de reconducirse a un término medio o acuerdo capaz de optimizar los principios en aparente litigio.

Al igual que con la consulta previa, los pueblos y comunidades indígenas no se oponen *per se* al desarrollo económico de su región y del país en general. Lo que han planteado desde el periodo colonial hasta nuestros días es una legítima demanda de justicia para ser escuchados, para que puedan participar en los asuntos que les afecten y para que puedan ser parte constitutiva de la democracia en los mismos términos que cualquier otro ciudadano. Los pueblos y comunidades indígenas sencillamente plantean demandas de justicia e igualdad para que pueda superarse una situación en la que más de 14 millones de personas, hoy por hoy, en nuestro país son en los hechos ciudadanos de tercera en la que ni si quiera pueden participar en los asuntos que directamente les afectan.

³⁶⁷ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Párr. 333. Consultado en la página oficial de la CIDH el 10/06/2014

La consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado, son herramientas que garantizan el derecho a la participación de los pueblos y comunidades indígenas para que puedan incidir en las medidas gubernamentales que directamente les afecten. El proceso para la implementación de estos derechos, garantiza que entre Estado y colectivos indígenas pueda darse un diálogo intercultural en el que, por un lado, el Estado pueda presentar el proyecto; proporcionar toda la información con la que demuestre sus beneficios; señalar las condiciones tiempo, modo y lugar en las que se implementará el proyecto; así como las medidas que adoptará para minimizar los efectos negativos. Por el otro lado, estos derechos abren la puerta para que los colectivos indígenas puedan externar sus preocupaciones; informarse plenamente sobre el alcance del proyecto y los beneficios que puede traer a la comunidad; despejar rumores y temores infundados muchas veces reproducidos por la equivocada información o carencia absoluta de la misma; plantearle al Estado medidas alternativas para no afectar determinados sitios sagrados y otros aspectos de su cosmovisión; así como para fijar desde un principio la participación de la comunidad en los beneficios derivados del proyecto.

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado: "...la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma."³⁶⁸

Como hemos señalado, no se admite en estos procesos la mala fe, la creación de un clima de tensión o enfrentamiento, así como el mantenimiento de posiciones autoritarias y carentes de toda posibilidad de diálogo. Al Estado corresponde fundamentalmente garantizar ese clima de confianza entre las partes por lo que debe de esforzarse al máximo para que el proceso de consulta y de consentimiento previo, libre e informado pueda tener inicio y reconducirse a un acuerdo que beneficie a todas las partes. Asimismo, el pueblo o la comunidad, no debe concebir estos derechos como una suerte de convalidación para que la actividad estatal pueda llevarse a efecto sino como una herramienta para incidir directamente en la medida y que pueda también beneficiar a la comunidad. Si el Estado tiene de antemano tomada la decisión

³⁶⁸ CCC, sentencia T-129/2011.

y el proceso de consulta o consentimiento es sólo una barrera a superar sin capacidad alguna de incidencia, se incumple el proceso de consulta o consentimiento, no pudiendo llevarse a cabo la medida ideada por el Estado.

Entendido de este modo el consentimiento previo, libre e informado, la hipótesis de un virtual veto a la medida gubernamental se configura como la excepción antes que la regla general a operarse. Ahora bien, cuando a pesar de haberse realizado adecuadamente el proceso que garantiza el consentimiento previo, libre e informado y, no obstante ello, se mantiene una firme posición de completa negativa a la medida, nos encontramos en una situación cercana al veto.

La CIDH ha indicado que el deber de obtener el consentimiento responde a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos. En última instancia, el derecho matriz al que es reconducida la propiedad indígena y demás derechos es al de la vida como sujeto colectivo. Las hipótesis que actualizan el derecho al consentimiento previo, libre e informado, son situaciones en las que manifiestamente se coloca en riesgo la existencia de la vida colectiva. Cuando el consentimiento no se ha logrado obtener, nos encontramos realmente ante el dilema en el que es preciso afectar el contenido de un derecho para garantizar otro cuya valía es estimada en el caso concreto más preciada, justificando así la no satisfacción del principio contrario.³⁶⁹

En el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce la existencia de un “coto vedado”³⁷⁰ constituido por una serie de derechos y garantías cuyo ejercicio no puede ser restringido o suspendido aún en las más terribles situaciones de excepción al interior de los Estados. Uno de estos derechos, el más importante, es la vida. Así está reconocido en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 4o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados al orden jurídico nacional.

En consecuencia, el poder de veto del consentimiento previo, libre e informado deriva de la protección reforzada con la que se garantiza el derecho a la vida del sujeto colectivo indígena. De este modo, cuando no ha podido obtenerse el consentimiento de la comunidad y la medida a emprenderse coloca en una situación manifiesta de riesgo la existencia colectiva de vida, frente al derecho al desarrollo o crecimiento económico debe prevalecer el derecho a la existencia colectiva de vida.

³⁶⁹ ALEXY, Robert. Ob. Cit. Pág. 529.

³⁷⁰ GARZÓN Valdés, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 644.

3.5. Supuestos de procedencia

A diferencia de la consulta previa (que procede ante cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas), el consentimiento previo, libre e informado se encuentra reservado a aquellas medidas con trascendental grado de incidencia en la estructura étnica de los pueblos y comunidades indígenas. Hasta el momento, vía instrumentos internacionales y jurisprudencia interamericana, se reconoce la procedencia de este derecho ante los siguientes supuestos.

- Ante medidas que puedan implicar un desplazamiento por la fuerza, el traslado de las tierras que tradicionalmente han ocupado o la reubicación de los pueblos indígenas.
- Cuando se pretenda el depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorios indígenas.
- En tratándose de la implementación de planes de desarrollo o de inversión a gran escala.
- En tratándose de la extracción de recursos naturales en territorios indígenas.

3.5.1. Medidas de desplazamiento

Este primer supuesto del consentimiento previo, libre e informado deviene del Convenio 169 de la OIT, concretamente, de su artículo 16 (numeral 2) al que antes hemos aludido, así como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 10).

En esta hipótesis se prevé la necesaria obtención del consentimiento de la comunidad como una garantía reforzada para evitar que estos colectivos puedan ser objeto de desplazamientos forzados (cuando ellos se dan como resultado de la connivencia o tolerancia del Estado) u otras medidas no consensadas con las que se pretende el traslado o reubicación de los colectivos indígenas.

Este reforzamiento se da, atento a la especial importancia que reviste el derecho fundamental a la propiedad y a permanecer en los lugares que tradicionalmente han habitado por generaciones. La ColDH en diversas ocasiones ha reconocido este especial carácter del derecho a la propiedad en el caso de los pueblos y comunidades indígenas, así, desde su primera sentencia en esta materia la Corte

Interamericana señaló: "...Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras."³⁷¹

En este sentido, cuando una medida estatal tiene por objeto trasladar o reubicar a una comunidad indígena de las tierras que tradicionalmente han ocupado o bien, cuando la misma puede ser resultado de un desplazamiento forzado no evitado por el Estado, en estos casos se actualiza el derecho al consentimiento previo, libre e informado toda vez que se materializa una situación de especial gravedad que coloca a la comunidad, como sujeto colectivo, en una inminente situación de peligro.

3.5.2. Depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos

Este supuesto de procedencia se encuentra previsto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 29.2) así como en observaciones planteadas por organismos especializados de Naciones Unidas, como el Relator especial en materia indígena.

Al respecto, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ni los informes del Relator Especial sobre Los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas nos brindan un parámetro para determinar cuándo un material es peligroso.

A pesar de no darnos parámetros, en nuestro derecho de fuente nacional encontramos diversas disposiciones normativas en las que se señala qué es un material peligroso. En la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente se entiende por dicho material: "elementos, sustancias, compuestos, residuos o mezclas de ellos que, independientemente de su estado físico, representen un riesgo para el ambiente, la salud o los recursos naturales, por sus características

³⁷¹ CoIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párr. 149.

corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables o biológico-infecciosas (Art. 2º, Fr. XXIII).

En la Ley General de Salud se emplea la expresión “sustancia peligrosa” para referirse a “Aquel elemento o compuesto, o la mezcla química de ambos, que tiene características de corrosividad, reactividad, inflamabilidad, explosividad, toxicidad, biológico-infecciosas, carcinogenicidad, teratogenicidad o mutagenicidad...” (Art. 278, Fr. III).

A su vez, el “Reglamento para el transporte terrestre de materiales y residuos peligrosos” dispone que material peligroso son “Aquellas sustancias peligrosas, sus remanentes, sus envases, embalajes y demás componentes que conformen la carga que será transportada por las unidades” (Art. 2). Por sustancia peligrosa, el reglamento entiende “Todo aquel elemento, compuesto, material o mezcla de ellos que independientemente de su estado físico, represente un riesgo potencial para la salud, el ambiente, la seguridad de los usuarios y la propiedad de terceros, también se consideran bajo esta definición los agentes biológicos causantes de enfermedades.” (Art. 2).

Aunque no existe una sola definición en nuestro ordenamiento jurídico, las disposiciones antes señaladas coinciden en el aspecto de que un material peligroso coloca en riesgo el medio ambiente o la salud y, consecuentemente, a la vida. En tal carácter, se actualiza el derecho de la comunidad al consentimiento previo, libre e informado ante el depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorios indígenas.

3.5.3. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala

En este caso, encontramos que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, surge el deber de obtener el consentimiento previo, libre e informado, tratándose de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener un impacto profundo en la integridad de las tierras y recursos naturales de los pueblos o comunidades indígenas.³⁷²

Este supuesto de procedencia es de especial trascendencia, toda vez que en él podemos incluir medidas, tanto administrativas como legislativas, directamente

³⁷² CoIDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párr. 137.

encaminadas al desarrollo económico del Estado. En estos supuestos, posiblemente nos encontramos ante una situación de colisión entre normas fundamentales que garantizan, por un lado, la protección de la diversidad cultural nación y, por el otro, el desarrollo o crecimiento económico del Estado.

En el apartado de la consulta previa, hemos señalado que tratándose de derechos humanos, el argumento mayoritario resulta improcedente por lo que para determinarse la prelación que habrá de darse a los derechos en conflicto, habrase de acudir a una argumentación cualitativa del caso en cuestión.

La hipótesis prevista en este supuesto incluye eventos tan importantes como: la expedición de medidas legislativas en materia petrolífera, carbonífera, energética, de telecomunicaciones, y demás directamente encaminadas al desarrollo -o la inversión-, con capacidad de afectar directamente los territorios en que habitan pueblos o comunidades indígenas. Así, como cada uno de los actos administrativos mediante los que se efectivizan las medidas legislativas antes señaladas.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha señalado que por “gran proyecto de desarrollo” se entiende: “un proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad de la misma, la explotación a gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, y al construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares.”³⁷³

En estos casos, no basta con la realización del proceso de consulta, sino que debe obtenerse el consentimiento del pueblo o la comunidad para la realización de estas medidas. En consecuencia, existe un trámite reforzado en el que el Estado deberá potencializar los principios exigidos por la consulta previa a efecto de lograr obtener ese consentimiento.

En la hipótesis aquí prevista, el elemento central es el “impacto profundo” que la medida pueda tener en el pueblo o comunidad. Como se ha señalado, el

³⁷³ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen*). Ob. Cit. Pág. 2.

consentimiento previo se justifica en la necesidad de proteger al sujeto colectivo ante medidas reales e inminentes que coloquen en una situación de riesgo la propia existencia como colectividad. En tal supuesto, la mera existencia de un plan de desarrollo o inversión a gran escala no actualiza *per se* la obligación de obtener el consentimiento, para que éste emerja es necesario constatar que tal medida tendrá un impacto profundo en el pueblo o comunidad. No obstante, existe una clara presunción de que proyectos de desarrollo o inversión a gran escala a implementarse en territorios indígenas, o con impactos en los mismos, tienen un impacto profundo por lo que la carga de la prueba (el acreditar que tal impacto no se da) corresponde al Estado.

3.5.4. Extracción de recursos naturales en territorios indígenas

Este supuesto de procedencia se encuentra tutelado por vía del *soft law* por lo que, en principio, carece de fuerza obligatoria. Ello es “en principio” porque puede vincularse este supuesto con el de “planes de desarrollo o inversión a gran escala”, en cuyo supuesto si adquiere la fuerza de obligatoriedad. Todo dependerá del caso concreto y la manera en como pueda argumentarse que la extracción de recursos naturales coloca en una situación de riesgo la existencia como forma colectiva de vida y que tal medida se inserta dentro de un plan de desarrollo o inversión a gran escala.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, ha señalado que: “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala dos ejemplos de situaciones en que el consentimiento es exigible más allá de ser un objetivo de la consulta: el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas... El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos.”³⁷⁴

En anteriores ocasiones, el Relator había señalado que: “La cuestión de la explotación de los recursos extractivos y los derechos humanos supone una relación entre los pueblos indígenas, los gobiernos y el sector privado que debe basarse en el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios

³⁷⁴ Citado en CCC, sentencia T/129-2011.

y recursos naturales... En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado.”³⁷⁵

3.6. Proceso y alcance

El proceso a seguirse para la garantía del derecho al consentimiento previo, libre e informado es el mismo que el establecido para la consulta, con la diferencia de que la decisión del pueblo o la comunidad resulta vinculante para el Estado. De tal manera que, si el colectivo no consiente en la medida a implementarse por el Estado, la misma no podrá realizarse. En consecuencia, el Estado deberá esforzarse al máximo a fin de lograr obtener el consentimiento, para ello, resultará esencial que las reglas y principios observados para la consulta sean maximizados.

Por lo demás, se aplican las mismas reglas ideadas para el caso de la consulta en tratándose de medidas legislativas y administrativas: las condiciones de tiempo, modo y lugar; la realización del proceso bajo los principios de buena fe, antelación, finalidad de acuerdo, información, respeto a los sistemas de autoridad y representación, así como de los tiempos y características culturales; la implementación de fase de “pre-consulta”, consulta y seguimiento; etc.

En lo que hace a la afectación directa existe una variante para el caso del consentimiento previo, libre e informado. Mientras en el caso de la consulta se requiere una afectación directa respecto de cualquier medida administrativa o legislativa, en el caso del consentimiento previo, libre e informado se requiere de un “impacto profundo” derivado de los supuestos de procedencia antes señalados del consentimiento.

En cuanto al alcance, hemos señalado y justificado el poder de veto que reviste al consentimiento previo, libre e informado cuando el proceso se ha implementado respetando todos los principios y reglas indicados. En este apartado, consecuentemente, realizaremos un pequeño esbozo de cómo se regula el consentimiento previo, libre e informado en otras latitudes, así como la jurisprudencia

³⁷⁵ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen). Ob. Cit. Párr. 66.

comparada con la que se justifican nuestros argumentos y con los que pueden también desarrollarse.

En el caso de Filipinas, tenemos que su “Ley de derechos de los pueblos indígenas” (de 1997) reconoce el derecho de los pueblos y comunidades al consentimiento previo, libre e informado, en tratándose de: a) la prospección, el desarrollo y la explotación de recursos naturales; b) la investigación y la bioprospección; c) los desplazamientos y los reasentamientos; d) las exploraciones arqueológicas; e) la ordenación comunitaria de los bosques y; f) el acceso del ejército.³⁷⁶

En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su sentencia 2003/2010-R, de 25 de octubre de 2010, reconoció que el consentimiento previo, libre e informado, se torna un derecho de los pueblos en tres supuestos: 1. Tratándose de las tierras que ocupan y su reubicación; 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas y; 3. Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. En estos casos, el Tribunal reconoció que los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto.³⁷⁷

La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado sobre este derecho en diversas sentencias, en especial, en la sentencia T-769 de 2009 y en la T-129/2011. En la primera de ellas, la CCC indicó que: “...cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las

³⁷⁶ *Ibidem*. Párr. 16.

³⁷⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia SC 2003/2010-R. El Tribunal indicó: “Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado, entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad; respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y *modus vivendi*”

comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea..”³⁷⁸

Como se advierte, la corte colombiana reconoció que es el profundo daño ocasionado por los planes de desarrollo o de inversión a gran escala lo que justifica la necesaria obtención del consentimiento de la comunidad para que puedan implementarse esas medidas. No obstante, en el reconocimiento de este derecho la Corte Constitucional, en su sentencia T/129-2011, llevo al análisis los cuestionamientos más emblemáticos que suelen formularsele: ¿El consentimiento libre e informado se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a los proyectos de intervención? ¿El consentimiento sólo debe buscarse en los planes de desarrollo o de inversión a gran escala?

En cuanto al primer cuestionamiento, la CCC concluyo, tras un profuso análisis que dicho poder de vetar decisiones gubernamentales era efectivo. No obstante, para adquirir ese carácter, ha de seguirse un procedimiento en el que tendrán que valorarse diversos elementos, en especial, el grado de afectación que la medida a implementar puede provocar en la comunidad. En consecuencia, frente a cada caso concreto deberá determinarse cómo afectará la medida a la población y cuál, o cuales, serán las alternativas menos lesivas que por vía del consenso entre las partes pueda lograrse para mitigar la afectación.

La CCC indicó que cuando lo que está en juego es “el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a autodeterminarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida... no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación...”

La Corte indicó que este proceder debe seguirse frente a aquellos proyectos cuya magnitud tienen la potencialidad de desfigurar o desaparecer los modos de vida de estos colectivos, lo cual se verifica en los eventos que: impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxico en las tierras étnicas y; representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

³⁷⁸ CCC, sentencia T-769/2009.

Ante los supuestos anteriores, la Corte indicó que deberá buscarse el consentimiento de la comunidad para que tales medidas puedan realizarse. En este proceso para obtener el consentimiento, deberán explorarse, con la participación indígena, todas las alternativas menos lesivas para la comunidad con el propósito de que la medida de alto impacto produzca las menores lesiones posibles a la estructura comunitaria. Sin embargo, ante el supuesto de que exploradas todas las alternativas resultará probado que todas son perjudiciales y que la medida a implementar conllevará el aniquilamiento o desaparición del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro persona.³⁷⁹

En el caso del segundo cuestionamiento que la Corte se formuló, respondió que el consentimiento no sólo debe de buscarse tratándose de los planes de desarrollo o inversión a gran escala, sino en toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la posibilidad de afectar territorios étnicos, en cuyo caso deberá agotarse no sólo el trámite de la consulta previa, sin que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento de un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas.³⁸⁰

En esta sentencia, la CCC indicó que además del consentimiento previo, libre e informado, al colectivo indígena deberán respetárseles sus garantías a la participación, incluyéndose, la relativa a compartir de forma razonable los beneficios del proyecto, razonamiento que por cierto encuentra sustento en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

Como se advierte, en el tema del consentimiento previo, libre e informado existen significativos avances tanto desde el plano normativo como desde el interpretativo vía jurisdiccional. Para México es significativo el reconocimiento que de este derecho ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues para nuestro país su jurisprudencia reviste un valor de plena vinculación jurídica independientemente de que haya o no sido parte del caso contencioso.

La CoIDH ha reconocido la necesidad de obtener el consentimiento tratándose de grandes proyectos de desarrollo o inversión que afecten directamente la estructura del colectivo étnico lo cual plantea diversas reflexiones en países que como México

³⁷⁹ CCC, sentencia T-129/2011.

³⁸⁰ Ídem.

han tomado en los últimos tiempos decisiones de trascendental envergadura en materia de telecomunicaciones, energía, explotación de recursos naturales –incluido el petróleo- y otras tantas decisiones de gran impacto económico. En estos supuestos, el consentimiento previo, libre e informado plantea reacciones adversas que no siempre se han resuelto de la mejor manera colocando al mismo en una situación muchas veces de falsa adversidad ante principios como el desarrollo económico. En este capítulo hemos argumentado que tal dilema ha sido falsamente construido y que el consentimiento previo no debe plantearse en términos de confrontación, de ver quién veta a quien, sino como una oportunidad de dialogo en la que puedan obtenerse los mayores beneficios para ambas partes sin colocar en situación de riesgo la existencia del sujeto colectivo y la riqueza cultural de los Estados.

Capítulo IV

Elementos a observarse en una Ley General en materia de consulta y consentimiento previo, libre e informado a pueblos y comunidades indígenas

En su oportunidad, indicamos cuál es el conjunto normativo por el que se encuentra regulado el derecho a la consulta previa y también el referente al consentimiento previo, libre e informado. En el primero de estos derechos, las disposiciones normativas que lo reconocen y tutelan son bastas. De este modo, tenemos tanto tratados internacionales, leyes federales, leyes de las entidades federativas, reglamentos administrativos, así como criterios jurisprudenciales derivados de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, sin duda alguna, criterios de diversos tribunales locales. Por el contrario, en el caso del consentimiento previo, libre e informado la constante que lo caracteriza es el poco desarrollo normativo en nuestro país.

En el caso de la consulta, el mar de normas que inundan nuestro ordenamiento genera tensiones internas pues si bien, es de reconocerse la cada vez mayor importancia que se le da a este derecho, también es preocupante los disímiles criterios con los que es desarrollado. De este modo, se han presentado en diversas ocasiones iniciativas al Congreso de la Unión dirigidas a la expedición de una Ley General que pueda establecer una suerte de base o piso mínimo para el desarrollo de este derecho.³⁸¹

Como se sabe, las Leyes Generales son expedidas por el Congreso de la Unión con el objeto de distribuir competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades federativas puedan darse sus propias

³⁸¹ Entre otras iniciativas tenemos: La iniciativa con proyecto de decreto por el que se crea la Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, presentada por los Senadores Ángel Benjamín Robles Montoya y Armando Ríos Piter, el 26/03/2014 (aún en proceso de dictamen); La iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley Federal de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas, presentada por el diputado Teófilo Manuel García Corpus el 17/02/2011 (desechada); la iniciativa que expide la "Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas", presentada por el mismo diputado Teófilo Manuel García Corpus el 06/12/2011 (desechada); la iniciativa que expide la Ley Federal de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, y adiciona el título sexto a la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por la diputada María Felicitas Parra Becerra y suscrita por diversas diputadas integrantes del Grupo Parlamentario del PAN, el 07/02/2012 (desechada); entre otras.

normas tomando en cuenta su realidad social.³⁸² En consecuencia, son el ámbito por excelencia en el que pueden regularse derechos como la consulta y el consentimiento previo, atento así a la propia realidad social de cada entidad federativa.

Una vez señalado lo anterior, cabría precisar cuál debe ser ese contenido mínimo a observarse en una Ley General. En principio, dentro de las disposiciones generales deberá de señalarse el objeto de la ley, esto es, la protección de la identidad cultural mexicana (artículo 2, párrafo 2, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) a través de la tutela del derecho fundamental a la participación frente a toda aquella medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos o comunidades indígenas. Del mismo modo, se indicará el carácter de la Ley, para no ser objeto de una posible inconstitucionalidad deberá señalarse que es reglamentaria del apartado B) del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es importante señalar que si bien este derecho asiste a los pueblos y comunidades indígenas, no es exclusivo de ellos porque puede ampliarse a otros grupos tribales o con carácter étnicos similares, tal como la población afrodescendiente (último párrafo artículo 2, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Asimismo, deberá indicarse en esta sección cuales son los principios bajo los cuales debe llevarse a cabo todo proceso de consulta y que son, como hemos señalado con antelación: pro persona, buena fe; flexibilidad; idoneidad; oportunidad; participación efectiva; adecuada (conforme a los procesos culturalmente adecuados); debe ser previa; informada; estar orientada al acuerdo; ser pacífica; libre y; democrática.

Es necesario establecer un catálogo de definiciones en el que desarrollemos el sentido y alcance de expresiones como: afectación directa; medida administrativa; medida legislativa; pueblo y comunidad indígena; consulta previa; consentimiento previo, libre e informado; flexibilidad y límite de este principio; entre otras. Es importante señalar que en el caso de la consulta y el consentimiento se trata de derechos fundamentales por lo que con este carácter deberán ser integrados en el cuerpo legal.

³⁸² Véase la Tesis: P.J.5/2010. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Febrero de 2010. 9ª época. Pág. 2322. Jurisprudencial (Constitucional). Rubro: "Leyes locales en materias concurrentes. En ellas se pueden aumentar las prohibiciones o los deberes impuestos por las Leyes Generales".

En un capítulo o sección diversa habrá de desarrollarse el derecho de consulta previa indicando los casos en que es procedente, cuándo se da la afectación directa, deberá distinguirse el caso de reformas a leyes estatales, federales, incluso constitucionales y el trámite referido a los tratados internacionales de acuerdo con las reglas que en su oportunidad hemos señalado en cada caso. Lo propio habrá de indicarse para el caso de las medidas administrativas susceptibles de afectación directa. No debe olvidarse en esta sección el caso particular de aquellas medidas que, aunque dirigidas a toda la población con efectos generales, colocan a estas minorías en un especial grado de vulneración, actualizando así la afectación directa por omisión (administrativa o legislativa). Igualmente, no deberá olvidarse que el trámite de la consulta se predica respecto de toda medida administrativa o legislativa, sin importar que la misma confiera efectos positivos (derechos) o negativos (obligaciones) para el pueblo o la comunidad. Es recomendable, de igual forma, distinguir en la Ley General, en un título o capítulo diverso, las medidas legislativas de las administrativas junto con los caracteres más importantes de cada uno conforme se ha señalado en el capítulo respectivo.

Del mismo modo, deberá indicarse los posibles efectos que la no realización de la consulta podrá comportar en aquellos casos en que resulte obligada y que, podrán ser: la inconstitucionalidad del acto; la subsistencia del mismo pero condicionado a una posterior consulta; la subsistencia de la medida, condicionando cada acto posterior a la realización de la consulta; la existencia de un vacío legal –una laguna– en la legislación para el caso de aquellas medidas dirigidas a toda la población que, sin embargo, tienen una afectación substancial en los pueblos indígenas; entre otras. Todas estas medidas deberán preverse en la Ley General para aplicarse al caso concreto. Recordemos que, la consulta constituye un requisito procesal, cuya ausencia, no obstante, se proyecta en el contenido material del acto legislativo administrativo por lo que los efectos de no realizar la consulta serán diversos en cada caso.

La Ley General también deberá prever aquel supuesto en el que el proceso de consulta sí ha tenido lugar, respetándose cada una de sus etapas y sus reglas de observancia y, no obstante, no ha podido alcanzarse un acuerdo. En este sentido, la última palabra la tendrá la autoridad pero su decisión deberá de ser objetiva, razonable y proporcional (con los tres sub-principios aludidos anteriormente) a la finalidad que se pretende obtener la cual debe de ser un interés público mayor que amerite la prevalencia por sobre la protección de la identidad social, cultural y económica de la

comunidad indígena. Además, en todo caso deberán arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros y, de cualquier forma, deberá garantizarse al pueblo o la comunidad la participación en los beneficios que la medida administrativa o legislativa redunde (la participación en los beneficios es independiente de que se llegue a un acuerdo o no para la realización de la medida administrativa o legislativa).

En el caso del procedimiento, deberá indicarse que los titulares del derecho a la consulta son los pueblos o las comunidades indígenas y que tales derechos pueden ejercitarse a través de sus autoridades tradicionales o sus instituciones representativas. Para las autoridades gubernamentales se deberá establecer la carga de presunción de cuándo una medida a implementarse por ellos puede resultar en una afectación directa hacia los pueblos o comunidades indígenas, de acuerdo con las reglas de presunción señaladas en secciones anteriores. En estos casos, las autoridades deberán implementar el proceso de consulta, en caso contrario y cuando la afectación directa sea evidente incurrirán en responsabilidad administrativa, así como en responsabilidad derivada de la vulneración a un derecho fundamental. Los pueblos y comunidades indígenas podrán, de cualquier modo presentar ante la autoridad encargada de implementar la acción su aviso de requerimiento de consulta.

Consecuentemente, deberá indicarse en esta Ley General que son responsables de que se realice la consulta a los pueblos y comunidades indígenas, todas las autoridades en sus respectivos ámbitos de competencia, cuando con su proceder puedan afectar directamente a tales colectivos.

Pueden explorarse vías alternas, desde la institucionalización de un organismo directamente encomendado a la realización de las consultas, por ejemplo, dependientemente de CNDH o la CDI, o bien, a través de la propia dependencia a quien compete la realización de la medida administrativa o legislativa, en este último caso, deberá contarse invariablemente con la participación de observadores nacionales y, si es posible, internacionales que verifiquen el que el proceso de consulta se surta de acuerdo con sus principios generales.

Una vez determinado lo anterior, deberán fijarse de común acuerdo las reglas para el proceso de pre-consulta, consulta y seguimiento.

En un capítulo diverso se deberá desarrollar el derecho al consentimiento previo, libre e informado, indicando que su procedimiento se sigue bajo la regla general de la consulta previa pero que necesariamente deberá obtenerse tal consentimiento tratándose de: medidas que impliquen un desplazamiento, traslado o reubicación; ante el depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorios indígenas; ante la implementación de planes de desarrollo o de inversión a gran escala y; en tratándose de la extracción de recursos naturales en territorios indígenas o con impacto en los mismos. En todo caso, deberá acreditarse además, la existencia de un “Impacto profundo” de la medida a implementarse en la comunidad.

Será necesario prever una disposición presupuestaria a efecto de que en el Presupuesto de Egresos de la Federación se prevean los recursos necesarios para llevar a cabo las consultas, del igual modo, los Congresos de las Entidades Federativas deberán prever esta situación presupuestaria.

En las disposiciones finales se debe colocar que los derechos aquí señalados corresponden, además de los pueblos y comunidades indígenas, a los pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.³⁸³

Asimismo, en esta última sección sería conveniente precisar algunos puntos importantes en la consulta y el consentimiento previo, tales como:

- Que la consulta y el consentimiento previo, libre e informado son vías reforzadas del derecho a la participación atentas al especial carácter comunitario e identitario de los pueblos y comunidades indígenas. Lo anterior, no implica que sólo a través de las mismas garanticen su derecho a la participación sino que los procesos generales de participación también deberán garantizarse a estos colectivos, en los mismos términos que al resto de la población.
- Que el deber de consulta no se surte a través de simples reuniones para dar información, ni mediante la comunicación de información a través de diversos medios de comunicación. Tampoco queda surtido cuando intervienen instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado (Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Instituto

³⁸³ Artículo 1, numeral 1, inciso a), Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Nacional de Lenguas Indígenas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, legisladores indígenas, etcétera).

- Que el deber de consulta y, en su caso, de obtención del consentimiento previo, libre e informado corresponde al Estado. No puede delegar esta obligación en entes privados.
- Que durante todo el proceso de consulta deberá contarse con traductores expertos que permitan el diálogo entre las partes. Lo ideal será que los interlocutores directos sean los propios indígenas y los representantes Estatales, no obstante, en caso de que la comunicación sea imposible, podrá recurrirse a un traductor siempre que este identificado con la cultura del grupo indígena y siempre que sea aceptado por ambas partes.
- Que la emisión de una Ley General sobre consulta y consentimiento previo, libre e informado a pueblos y comunidades indígenas debe predicar con el ejemplo para así evitar aquello por lo que la propia ley es expedida: la adopción de decisiones no por consenso sino por imposición. En este sentido, deberán realizarse las consultas necesarias a efecto de que la Ley General a expedirse sea previamente consultada a los pueblos y comunidades indígenas del país, labor en la que puede aplicarse el Protocolo ideado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y contarse con el auxilio de observadores nacionales e internacionales.

Reflexiones finales

En este trabajo de investigación hemos dado cuenta del fenómeno contemporáneo del multiculturalismo indicando qué es lo que supone y qué es lo implica para aquellos Estados que han optado por este modelo. Consecuentemente, hemos sentado los prolegómenos básicos que un constitucionalismo multicultural implica para una reinención del Estado y de sus principales instituciones políticas, tales como la democracia, la igualdad sustantiva, la constitución como conjunto de disposiciones principalistas, etcétera. Consecuentemente, como alguna vez lo señalamos, aclaramos algunas dudas, generamos otras tantas, derribamos algunos mitos y propusimos propuestas alternativas para sociedades complejas como la mexicana.

En su oportunidad, también señalamos que una Constitución es la más bella forma en como una sociedad se mira ante sí. Es lo que es pero también lo quiere o quisiera llegar a ser. Al leer una Constitución leemos la historia, los avatares, los triunfos y fracasos de una sociedad junto con la proyección que de si se tiene ante el presente y el futuro por-venir. A lo largo del tiempo constitucional han existido momentos en los que las diversas sociedades del orbe han considerado que ciertas características comunes eran dignas de seguir, de ahí, primeramente la existencia de Constituciones, luego la de incorporación de derechos de libertad en aquellas, más tarde derechos de justicia social y ahora de reconocimiento y acomodo a las diferencias culturales.

Es este último aspecto el que queremos resaltar con especial atención. Los Estados contemporáneos han reconocido la existencia de una base pluralista que ha acompañado a la llamada “sociedad mayor” de esos Estados desde los comienzos del propio Estado-nación. De este modo, hoy se reconoce que en la inmensa mayoría de ellos conviven junto con una “sociedad mayor” diversas minorías nacionales, étnicas, lingüísticas e incluso religiosas con características culturales propias y distintivas. En el caso de América, podemos decir que desde Alaska hasta tierra de fuego no existe un sólo Estado en el que no existan pueblos indígenas acompañados de otras minorías. Lo mismo puede decirse de Europa, África, Asia y de Oceanía con sus respectivas minorías nacionales.

El auto-reconocerse como un Estado pluralista tiene grandes y profundas repercusiones. Una de ellas, es el reconocimiento de la existencia interna de grupos sociales portadores de intereses, ideologías y proyectos diferenciados pero en ningún

caso tan fuertes para hacerse exclusivos o dominantes y ser la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado. De este modo, las sociedades actuales poseen un cierto grado de relativismo y asignan a sus constituciones la tarea de establecer las condiciones de posibilidad para la vida en común. Una Constitución democrática en una sociedad pluralista es sencillamente el compromiso de la posibilidad para la vida en común.³⁸⁴

La afirmación en los textos constitucionales de la pluralidad cultural de los Estados, así como el reconocimiento de derechos especiales de las minorías, tanto individuales como colectivos, la garantía para hacerlos valer, la incorporación de acciones afirmativas para lograr una igualdad no sólo jurídica sino también fáctica, la mayor amplitud de la democracia al incorporar instrumentos de participación para las minorías, etc., son constantes seguidas en múltiples Estados que han adoptado el multiculturalismo como modelo de Estado a seguir. Las evidencias que podemos recoger en la mayoría de las democracias modernas, así como la experiencia regional e internacional al respecto, nos permiten afirmar que nos encontramos en una nueva etapa del constitucionalismo.

Se trata de un constitucionalismo que busca la convivencia en la diversidad; un constitucionalismo que reconoce en las diversas culturas la riqueza más grande de un Estado; un constitucionalismo en el que la democracia deliberativa se fortalece a través del diálogo y la convivencia con lo diferente; un constitucionalismo que aspira a imbuir todo el orden nacional mediante principios de justicia material; en suma, un constitucionalismo multicultural.

El tránsito de un modelo estatista fundado en la asimilación o la integración forzada a un Estado que reconoce el igual valor y dignidad de todas las culturas, sin importar lo “extrañas” o “exóticas” que pudieran resultarnos, claramente no es un proceso sencillo y nadie dijo que lo fuera. No desconocemos que, en principio, habrá más complicaciones que las que el modelo actual de Estado ofrece, más sin embargo, el más elemental imperativo de justicia implica repensar la forma en cómo nuestros Estados han sido erigidos e implica, del mismo modo, darle el real sentido y alcance a la democracia que esperamos construir, una democracia en donde todos puedan participar de la política nacional desde su particular condición histórica y cultural y no, desde trincheras artificiosas construidas bajo vasos homogeneizantes en los que la libertad de unos se paga con el avasallamiento cultural de otros. Una democracia

³⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Ob. Cit. Pág. 9-10.

seria, deliberativa, con un contenido amplio de debate y discusión puede lograrse donde la diversidad de temas y perspectivas culturales sobre una misma cuestión puede darse. Cuando no existe lo anterior, resulta una ardua y complicada tarea el tratar de justificar una mínima concepción democrática ajena a una base plural interna.

La consulta previa, así como el consentimiento previo, libre e informado constituyen las herramientas idóneas a partir de las cuales puede incrementarse la base participativa de la sociedad dando cabida a los pueblos indígenas y demás minorías étnicas a un proceso de participación real en el que las decisiones sobre medidas que puedan afectarlos directamente sean tomadas, de entrada, a través de su participación y en ciertos casos, mediante su necesario consentimiento. Ello no sólo constituye una medida de justicia social sino un mínimo reconocimiento de que las decisiones en un Estado multicultural no son más tomadas por la vía de la imposición sino mediante el dialogo y el consenso.

Jürgen Habermas nos enseña que en una sociedad nadie es libre mientras la libertad de unos tenga que pagarse al precio de la opresión de otros.³⁸⁵ En un estado multicultural, como lo es México, es tiempo de que los pueblos y comunidades indígenas, así como otras minorías étnicas en su condición, puedan realmente ser libres superando la condición de extrema desigualdad social en la que se encuentran. Derechos fundamentales como los desarrollados en esta investigación ofrecen esa posibilidad. Los tiempos parecen favorables, como hemos advertido, más sin embargo también preocupa en extrema medida las recientes medidas administrativas y legislativas implementadas en países como México en los que el embate de grandes proyectos de desarrollo coloca a los colectivos indígenas en una situación de extrema vulnerabilidad.

Recalcamos, no se trata de plantear el muchas veces erróneo dilema entre desarrollo regional o incluso nacional por un lado y, protección de la riqueza cultural materializada en la existencia colectiva de los pueblos indígenas como componentes mismos de nación. Este dilema, hemos visto, en la más de las veces se asienta bajo presupuestos erróneos. De lo que se trata es de que a través del dialogo, la consulta, el consenso y los acuerdos pueda optarse por la mejor solución para cada posible afectación que pueda darse a los colectivos indígenas. Es esta la dirección bajo la que todo estado multiculturalista debe proceder, viendo al otro, al diferente, como un igual a pesar de los distintos contextos culturales de los que puedan partirse.

³⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. "Paradigmas del derecho" Ob. Cit. Pág. 502.

Fuentes consultadas

- ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ed. Lozada. Buenos Aires, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. CEPC. Madrid, 2012
- ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Trad. Luís Rodríguez Piñero Royo, Pablo Ortiz Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero. Ed. Trotta. Madrid, 2005.
- ÁVILA Salcedo, Luis F. *La seguridad social y el Instituto Mexicano del Seguro Social*. Porrúa. México, 2007.
- BARRY, Brian. *La justicia como imparcialidad*. Trad. José Pedro Tosaus Abadía. Ed. Paidós, Barcelona, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *En busca de la política*. Trad. Mirta Rosenberg. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. México, 2002.
- BERLIN, Isaiah. *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*. Trad. María Antonia Neira Bigorra. Fondo de Cultura Económica. México, 2004.
- BRACHETTI, Ángela. *Paraguay, Biografía de un país*. Ed. Gráficas Urania. Málaga, 2005.
- BURGOS, Elizabeth. *Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia*. Siglo XXI editores. 14ª ed. México, 1997.
- CARBONELL Miguel y Pedro Salazar. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Ed. Trotta-IIJ UNAM. Madrid, 2005.
- CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Ed. Trotta. Madrid, 1998.
- CHÁVEZ Padrón, Martha. *El derecho agrario en México*. Porrúa, 19a. ed. México, 2010
- CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Párr. 333. Consultado en la página oficial de la CIDH el 10/06/2014. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>
- CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*. Siglo XXI editores. México, 1994.
- Comisión de Derechos Humanos. *Informe anual a la Comisión de Derechos Humanos. "Los derechos humanos y las cuestiones indígenas"*. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen. E/CN.2005/88, 6 de enero de 2005
- CONCHA CRUZ, Alejandro. *Historia escolar de Chile*. Ed. Bibliográfica Internacional. 7ª ed. Santiago de Chile, 2003.
- CUENA Boy, Francisco José. "Especialidades procesales de los indios y su sustrato romanístico" En: *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 11, 2007.

- CUNILL, Caroline. "El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del Siglo XVI". En: *Cuadernos intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*. Año 8, Número 9 (2011), San José de Costa Rica.
- DE LA CUEVA, Mario. *Teoría de la Constitución*. Porrúa. México, 1982.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y Mauricio García Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 2004.
- , "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos" *Revista Análisis Político*. No. 31. Mayo/Agosto 1997. IEPRI, Universidad Nacional de Colombia.
- , *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. CLACSO. Buenos Aires, 2006.
- , *Una epistemología del sur*. CLACSO-Siglo XXI editores. México, 2009.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Trad. Raimundo Viejo Viñas. Ed. Akal. Madrid, 2007.
- De VATTEL, Emerich. *El derecho de gentes, ó Principios de la ley natural, aplicados á la conducta, y á los negocios de las naciones y de los soberanos*. Libro Segundo. De la Nación considerada en sus relaciones con las demás. Trad. Lucas Miguel Otarena. Ed. Casa de Masson e hijo. Paris, 1824.
- DERRIDA, Jacques. *Políticas de la amistad: seguido del oído de Heidegger*. Trad. Patricio Peñalver y Francisco Vidarte. Ed. Trotta, Madrid. 1998.
- FABILA, Manuel. *Cinco siglos de legislación agraria en México*. Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México (CEHAM). México, 1981.
- FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. Trad. Julieta Campos. Fondo de Cultura Económica. México. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*. Ed. Trotta. Madrid, 2008
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y et., al. Ed. Trotta. 9ª ed. Madrid. 2009.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Trotta, 7ª ed. Madrid, 2010.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Trotta. 4ª ed. Madrid, 2009.
- , *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. I*. Trad., de Perfecto Andrés Ibáñez y et., al. Ed. Trotta. Madrid, 2011.
- FLORIS Margadant, Guillermo. *Introducción a la historia del derecho mexicano*. Ed. Esfinge. 18ª ed. México, 2006.
- GALVIS Patiño, María Clara y Ramírez Rincón Ángela María. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Ed. Due Process of Law Foundation. Washington, D.C, 2013.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Alianza Editorial. Madrid, 1987.
- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Ed. Paidós. Barcelona, 1999.

- GARZÓN Valdés, Ernesto. "Representación y democracia" En: *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. "Nueva Constitución y nuevo derecho indígena". En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit.
- GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Ed. Trotta. Madrid, 2006.
- GUTMANN, Amy. *La identidad en democracia*. Trad. Estela Otero. Ed. Katz, Buenos Aires, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad., de Manuel Jiménez Redondo. Ed. Trotta, 6ª ed. Madrid, 2010.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Abeledo Perrot. 3ª ed. Buenos Aires, 2012.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. 2ª ed. Buenos Aires, 1992.
- INEGI. *Principales resultados del Censo de Población y Vivienda 2010*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Pág. 67. Consultado en la página oficial del INEGI el 02/02/2014, 01:03 horas. Disponible en: <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/productos/default.aspx?c=265&s=inegi&upc=702825002042&pf=Prod&ef=&f=2&cl=0&tg=320&pg=0&ct=101010101>
- IIDH *Campaña educativa sobre derechos humanos y derecho indígena. Módulos temáticos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2ª ed. San José de Costa Rica, 2007.
- JARY, David y Julia Jary. *The Harper Collins Dictionary of Sociology*. Harper Collins Publishers. Auburn, Washington, 1991.
- KANT, Immanuel. "La paz perpetua" En: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres-Crítica de la razón Práctica-La paz perpetua*. Ed. Porrúa. 9ª ed. México, 1996.
- KREIMER, Osvaldo y Viviana Figueroa. *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y su relación con normas fundamentales del derecho internacional*. UNICEF. Argentina, 2008.
- KYMLICKA, Will y Christine Straehle. *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*. Trad. De Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 2001.
- KYMLICKA, Will. "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal". En: DEL ÁGUILA, Rafael y et., al. *La democracia en sus textos*. Alianza Editorial. Madrid, 2001.
- , *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Trad. Carme Castells Auleda. Ed. Paidós. Barcelona, 1996.
- , *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Trad. Tomás Fernández Auz y Beatriz Eguibar. Ed. Paidós. Barcelona, 2003.
- , Will. *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Trad. Francisco Beltrán. Ed. Paidós. Barcelona, 2009.

- LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Ed. Gernika, 7ª ed. México, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Ed. Ariel. 2ª ed. Barcelona, 1983.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. "Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México". En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. *Constitución y derechos indígenas*. IJ-UNAM. México, 2002.
- MALDONADO SMITH, Mario. "Noción de derechos humanos" En: Revista académica. Facultad de Derecho de la Universidad La Salle. Año X, No. 19, Julio 2012. México.
- , *El derecho a la educación en la niñez y adolescencia indígena de México. Análisis de un proceso histórico. Avances y retos*. México, 2011. Disponible online, consultado el 03/02/2014: <http://www.slideshare.net/Mariomaldonadosmith/educacion-indigena-en-mexico>
- MARÍN, Guillermo. *Historia verdadera del México profundo*. Instituto de Estudios Superiores de Oaxaca (IESO), Oaxaca, 1997.
- MARSHALL, Berman. *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Trad. Andrea Morales Vidal. Siglo XXI Editores. 17 ed. México. 2008.
- MAYA AGUIRRE, Ana Lucía. "El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado Colombiano". En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá.
- MILLER, David. *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*. Trad. Ángel Rivero. Ed. Paidós. Barcelona, 1997.
- MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Trad. Demetrio Castro Alfin. Ed. Istmo. Madrid, 2002.
- NAHMAD SITTON, Salomón. "Autonomía indígena y la soberanía nacional. El caso de la ley indígena de Oaxaca". En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit.
- OHCHR. *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR). Febrero, 2008.
- , *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008.
- , *Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación*. Informe del mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Informe del 26 de junio de 2009. A/HRC/EMRIP/2009/2. Online, consultado en la página oficial de Naciones Unidas el 15-09-11. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-33_sp.pdf
- , *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2006.
- , *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Relator Especial sobre la

- situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, informe de 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34, Online, consultado en la página oficial de Naciones Unidas el 12/05/14. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?m=73&t=9
- OIT. *Guía para la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT*. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza. 1999.
- ONU. “*Observación General No. 23, “Derecho de las minorías, (Artículo 27)”*”. Adoptada en el 50º periodo de sesiones (1994). En: Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Volumen I. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.
- , *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión)*, ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003. Consultado en la página oficial del Centro de Información de las Naciones Unidas el 10/06/2014, disponible en: http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/p_ind.doc
- , Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Párr. 47. Consultado en la página oficial del Relator el 10/06/2014, disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/annual-reports/report-to-the-human-rights-council-a-hrc-12-34-14-july-2009>
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. “Las demandas constitucionales en Guatemala y México”. En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit.
- ORTÍZ Dolores, Coronel. *Zapotecos de los Valles Centrales de Oaxaca*. CDI. México, 2007.
- OSBORNE, Raquel. “¿Son las mujeres una minoría?” En: Revista *Isegoría*. Núm. 14. CSIC. Madrid, 1996.
- PHILLIPS, Anne “¿Qué tiene de malo la democracia liberal?” En: *Género y teoría política*. Trad. Isabel Vericat. UNAM. México, 1996.
- PIGNA, Felipe. *Los mitos de la historia argentina 1. De los pueblos originarios y la conquista de América a la independencia*. Ed. Planeta. Buenos Aires, 2009.
- , *Los mitos de la historia argentina 2. De San Martín a el Granero del Mundo*. Ed. Planeta. Buenos Aires, 2005.
- RAMÍREZ, Silvina. *La guerra silenciosa: despojo y resistencia. Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Ed. Capital Intelectual. Buenos Aires, 2006.
- RAZ, Joseph. “La autodeterminación de los pueblos” En: *La ética en el ámbito público*. Trad. María Luz Melon. Ed. Gedisa. Barcelona, 2001.
- , “Multiculturalismo: una concepción liberal” En: *La ética en el ámbito público*.
- RENAN, Ernest. *¿Qué es una nación?* UNAM. Pág. 11-12 Consultado online el 29/03/14, disponible en: http://enp4.unam.mx/amc/libro_munioz_cota/libro/cap4/lec01_renanqueesunanacion.pdf
- RODRIGUEZ, Gloria Amparo. “Breve reseña de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas colombianas”. En PARDO SCHLESINGER, Cristina y Carlos Parra

- Durán (editores). *Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2006.
- , "El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia". En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá.
- , "La consulta previa a pueblos indígenas". En: PARRA DUSSÁN, Carlos y Gloria Amparo Rodríguez. *Comunidades Étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia*. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2005.
- , "La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia". En: *La consulta previa: ¿Para qué, cómo y quién decide?* Revista *Semillas* N°. 36/37, Julio 2008. Bogotá.
- , "La consulta previa. ¿Oportunidad o amenaza?" En: *La Consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2010.
- , "Participación de pueblos indígenas y demás grupos étnicos en la gestión ambiental". En: *La Consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2010.
- , Gloria Amparo. "Participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado". En: *La Consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2010.
- RORTY, Richard. "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad." En: Stephen Shute y Susan Hurley, *De los derechos humanos. Las Conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Ed. Trotta. Madrid, 1998.
- ROSAS, Fernando. *Breve historia general de los peruanos*. Ed. El Lector. Arequipa, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Trad. Vera Waksman. Ed. Prometeo. Buenos Aires, 2008.
- SÁNCHEZ Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*. Porrúa. 9ª ed. México, 2004.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge University Press, Cambridge. 1982
- SARMIENTO, Domingo Faustino. *Civilización y barbarie: vida de Juan Facundo Quiroga*. Porrúa, 8ª ed. México, 1991.
- SARTORI, Giovanni. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Ed. Taurus. México, 2008.
- SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Trad. Gabriel Franco. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.
- SOLORZANO Y PEREYRA, Juan De. *Política indiana*. Secretaría de Programación y Presupuesto (SPP). Edición facsimilar tomada de la de 1776 (Madrid). México, 1979.
- STUART MILL, John. *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Ed. Gernika, 3ª ed. México, 2006.

- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. IJ-UNAM. 2ª ed. México, 1986.
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Trad. Mónica Utrilla De Neira y et., al. Fondo de Cultura Económica. 2ª ed. México, 2009
- TODOROV, Tzvetan. *La conquista de América. El problema del otro*. Trad. Flora Botton Burlá. Siglo XXI editores. 2ª ed. México, 1998.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia. "Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú". En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá.
- VALADÉS, Diego. "Los derechos de los indígenas y la renovación Constitucional en México". En: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit.
- VAN Cott, Donna Lee. *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*. University of Pittsburgh Press. Pittsburgh, USA. 2000.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del derecho*. Oxford University Press. México, 2007. Pág. 3-4.
- VICAT, Mariana. *Caciques indígenas argentinos*. Ed. Libertador. Buenos Aires, 2008.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella y et., al. FCE de España, 2ª ed. Madrid, 2002.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento". En: *El derecho a la consulta previa en América Latina: Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista *El otro derecho*. N° 40, Junio 2009. ILSA. Bogotá.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Tomo IV. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Ed. Einaudi, 19ª reimpresión. Torino, 2014
- , Gustavo. *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Ed. Einaudi. Torino, 2009.
- ZARCO, Francisco. *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente [1856-1857]*. El Colegio de México-FCE. México, 1956.