

0003-5
SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN

Asunto: Acción de Inconstitucionalidad.

2020-AGO 3 AM 10 19

Promovente: María del Rosario Piedra Ibarra, Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

ACUSE
JUDICIAL

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

María del Rosario Piedra Ibarra, Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso g) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro del plazo establecido, promuevo acción de inconstitucionalidad en contra de diversas disposiciones de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca, publicada el 22 de febrero de 2020 en el Periódico Oficial del Gobierno de la citada entidad federativa.

Señalo como domicilio legal para oír y recibir todo tipo de notificaciones el ubicado en Periférico Sur 3453, Anexo B, séptimo piso, colonia San Jerónimo Lídice, demarcación territorial Magdalena Contreras, C. P. 10200, Ciudad de México.

Designo como delegadas y delegado, en términos del artículo 59, en relación con el 11, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a Luciana Montaña Pomposo, Cecilia Velasco Aguirre, Claudia Fernández Jiménez, Graciela Fuentes Romero y Arturo Barraza, con cédulas profesionales números 4602032, 10730015, 2070028, 08727841 y 553309, respectivamente, que las y lo acreditan como licenciadas y licenciado en Derecho; asimismo, conforme al artículo 4º de la invocada Ley Reglamentaria, autorizo para oír y recibir notificaciones a las licenciadas y los licenciados Giovanna Gómez Oropeza, Marisol Mirafuentes de la Rosa, Kenia Pérez González, César Balcázar Bonilla y Román Gutiérrez Olivares; así como a María Guadalupe Vega Cardona.

Índice.	
I. Nombre de la promovente.....	4
II. Órganos legislativo y ejecutivo que emitieron y promulgaron las normas generales impugnadas.....	4
III. Normas generales cuya invalidez se reclama y el medio oficial en que se publicaron.....	4
IV. Preceptos constitucionales y convencionales que se estiman violados:.....	7
V. Derechos fundamentales que se estiman violados.....	7
VI. Competencia.....	8
VII. Oportunidad en la promoción.....	8
VIII. Legitimación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover la acción de inconstitucionalidad.....	10
IX. Introducción.....	11
X. Conceptos de invalidez.....	12
PRIMERO. 12	
A. Consideraciones generales sobre el derecho a la consulta indígena.....	15
B. Desnaturalización del derecho a la consulta: análisis de las normas impugnadas a la luz de los parámetros nacionales e internacionales en la materia.....	24
1. Normas que establecen tipos y finalidades de la consulta.....	25
a) Tipos de consulta.....	25
b) Vinculatoriedad de la consulta.....	34
c) Posibilidad de renunciar y de acordar la realización de la consulta.....	40
2. Normas que acotan la procedencia de la consulta.....	48
a) La susceptibilidad de afectación debe ser negativa.....	48
b) Supuestos de improcedencia de la consulta.....	54
SEGUNDO 57	
A. Acción por omisión relativa en competencias de ejercicio obligatorio.....	58
B. Derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, así como su relación con la seguridad jurídica y las formalidades esenciales del procedimiento.....	62
C. Inconstitucionalidad de las normas impugnadas.....	71
TERCERO. 82	
A. Parámetro constitucional en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos.....	83
B. Inconstitucionalidad de la norma impugnada.....	86
XI. Cuestiones relativas a los efectos.....	91



CNDH
M É X I C O

A efecto de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 61 de la ley que regula este procedimiento manifiesto:

I. Nombre de la promovente.

María del Rosario Piedra Ibarra, en mi calidad de Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

II. Órganos legislativo y ejecutivo que emitieron y promulgaron las normas generales impugnadas.

A. Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

B. Gobernador del Estado de Oaxaca.

III. Normas generales cuya invalidez se reclama y el medio oficial en que se publicaron.

Artículos 3º, primer párrafo, 4, fracción XIV, en la porción normativa "negativas", 8, 9 -salvo su último párrafo-, 35, 50, 61, último párrafo, 65, segundo párrafo, 68, última parte, 74, último párrafo, 75, 79 y el Título Sexto denominado "De las Medidas Precautorias y Medios de Impugnación" -que comprende del numeral 69 al 77- por omisiones relativas en facultades de ejercicio obligatorio, de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca, publicada mediante Decreto 1291 de dicha entidad federativa el 22 de febrero de 2020, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 3. La Consulta previa, libre e informada, tendrá como finalidad llegar a un acuerdo, obtener el consentimiento o, en su caso, emitir opiniones y propuestas, según corresponda a la medida sometida a consulta. (...)."

"Artículo 4. Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

XIV. Susceptibilidad de afectación: La posibilidad y probabilidad de que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, su vida, organización, o entorno puedan sufrir alteraciones negativas derivadas de una medida legislativa o administrativa. Para la procedencia de la consulta previa, libre e informada, no se requiere que se actualicen las afectaciones. (...)."

"Artículo 8. La consulta no será procedente en los siguientes casos:

I. Las acciones emergentes de combate a epidemias;

II. Las acciones emergentes por desastres naturales; y

III. Las Leyes Fiscales."

"Artículo 9. Es materia de consentimiento previo, libre e informado:

- I. Cuando excepcionalmente sea necesario el traslado y la reubicación de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas fuera de sus tierras;
- II. La posible privación de cualquier tipo de bien cultural, intelectual, religioso y espiritual;
- III. Cualquier tipo de confiscación, toma, ocupación, utilización o daño efectuado en tierras y territorios que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas;
- IV. El almacenamiento, confinamiento o la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas; y
- V. Cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos naturales, en el ámbito de competencia estatal y municipal.

(...)"

"Artículo 35. Para determinar el tipo de consulta y procedimiento, se deberá tomar como base el objetivo y la materia de la medida legislativa o administrativa específica de la consulta, así como las particularidades de los pueblos y comunidades que correspondan.

Los tipos de consulta pueden ser:

- I. Consulta para lograr un acuerdo;
- II. Consulta para obtener, en su caso, el consentimiento libre, previo e informado; y
- III. Consulta de opinión y construcción de propuestas."

"Artículo 50. El resultado de la consulta será vinculante para la Autoridad responsable y todas las autoridades que directa o indirectamente estén vinculados con la medida consultada. Dichos resultados pueden ser:

- I. Aceptación lisa y llana.
- II. Aceptación con condiciones. En este caso, los pueblos y comunidades consultadas establecen las condiciones en las que tal medida se llevaría a cabo para garantizar sus derechos, incluyendo medidas de reparación, indemnización, mitigación y una distribución justa y equitativa de los beneficios.
- III. No aceptación lisa y llana.
- IV. No aceptación con posibilidad de presentar otra opción o modificaciones a la medida. En este caso, no obstante, la no aceptación, el Sujeto Consultado deja abierta la posibilidad de explorar otras opciones para la realización de una medida similar, misma que sería nuevamente sometido a consulta; y
- V. Opiniones y propuestas sobre el objeto de la consulta."

"Artículo 61. (...)

(...)

El objetivo de este proceso de consulta es obtener del Sujeto Consultado las opiniones y propuestas sobre la medida legislativa consultada."

"Artículo 65. (...)

Estos procesos de consulta tendrán como finalidad alcanzar acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, respecto de la medida propuesta."

"Artículo 68. Concluido el proceso de consulta, los resultados se harán públicos dentro de los cinco días naturales siguientes. La decisión de las comunidades de no otorgar su consentimiento, será vinculante para la Autoridad Responsable".

"TÍTULO SEXTO

DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

CAPÍTULO I

De las Medidas Precautorias

Artículo 69. En aplicación de la presente Ley y con la finalidad de salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos, en especial, sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, la Sala de Justicia Indígena, podrán (sic) emitir medidas precautorias que correspondan.

Para tal efecto, bastará la solicitud oral o escrita en la que se exprese información relacionada con la medida y se acredite de manera indiciaria el derecho vulnerado o susceptible de ser afectado, sin que sea necesario el otorgamiento de garantía alguna. En todos los casos la Sala de Justicia Indígena resolverá atendiendo a la apariencia del buen derecho.

Artículo 70. Tratándose de medidas legislativas, la medida precautoria tendrá como efecto, suspender el proceso legislativo de que se trate hasta que se realice el proceso de consulta a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

Artículo 71. Para el cumplimiento de las medidas precautorias, la Sala de Justicia Indígena, tendrán (sic) la facultad de imponer los medios de apremio que estime necesarios.

Para tal efecto, se podrá requerir el cumplimiento de la medida precautoria al superior jerárquico de la autoridad de que se trate.

Todas las autoridades estatales y municipales, aún aquellas no vinculadas directamente con la medida administrativa o legislativa, están obligadas a proveer los medios necesarios para el debido cumplimiento de la medida precautoria que al efecto se decrete.

El incumplimiento de la medida precautoria, dará lugar a las responsabilidades administrativas y penales de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales en la materia. Asimismo, podrá dar lugar a la destitución del cargo o comisión.

Artículo 72. Cuando, un particular tuviere o debiera tener intervención en la ejecución de la medida, el efecto de la suspensión será que la autoridad responsable ordene a dicho particular la inmediata suspensión de la ejecución, efectos o consecuencias de dicho acto o, en su caso, que tome las medidas pertinentes para el cumplimiento estricto de lo ordenado por la Sala de Justicia Indígena.

Artículo 73. La autoridad responsable y cualquier otra autoridad que conforme a sus atribuciones deba cumplir con la medida precautoria, acreditarán el debido cumplimiento mediante un informe circunstanciado que al efecto deberán rendir en un plazo de 48 horas.

CAPÍTULO II

Del Juicio Ante la Sala de Justicia Indígena

Artículo 74. Los Pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, podrán impugnar ante la Sala de Justicia Indígena del Tribunal Superior de Justicia del Estado, las determinaciones que emita la Secretaría por el que decida que no es procedente la Consulta previa, libre e informada. En estos casos, ordenará la suspensión de la ejecución de la medida, en los términos previstos por la presente Ley, hasta que se emita la resolución que corresponda.*

Así mismo los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas podrán impugnar la decisión que ordene realizar la consulta, si la comunidad decidió no aceptar dicho proceso y lo comunicó a la Secretaría. En este caso, el proceso de consulta se suspenderá hasta que se emita la resolución que corresponda.

Artículo 75. Las decisiones de la Secretaría y de los Sujetos de Consulta por la que acuerden que deba llevarse a cabo la Consulta previa, libre e informada, no será susceptible de impugnación por la Autoridad responsable o terceros interesados.75

Artículo 76. Las inconformidades que se generen durante el desahogo del proceso de consulta, se harán valer al finalizar dicho proceso, al impugnarse el resultado de la consulta. Será competente para resolver dichas inconformidades la Sala de Justicia Indígena en términos de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.

Artículo 77. En la aplicación de las presentes disposiciones, la Sala de Justicia Indígena deberá atender lo dispuesto por las reglas de interpretación de esta Ley, salvaguardando los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas."

"Artículo 79. El incumplimiento o la violación a la suspensión de la medida, por parte de la Autoridad Responsable o de particulares, se considerará como falta grave, en términos de lo previsto en el artículo 63 (sic) Ley General de Responsabilidades Administrativas, con independencia de otros recursos o medios de defensa legal que promovieran los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, que tengan la finalidad de que les sean reparados los daños y perjuicios que con dicho incumplimiento o violación se les haya ocasionado."

IV. Preceptos constitucionales y convencionales que se estiman violados:

- Artículos 1º, 2º, 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Artículos 4, 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Artículos 14, 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

V. Derechos fundamentales que se estiman violados.

- Derecho a la consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe de los pueblos y comunidades indígenas.
- Derecho de seguridad jurídica.
- Derecho de acceso a la justicia.

- Derecho a la tutela judicial efectiva.
- Formalidades esenciales del procedimiento.
- Principio de legalidad.

VI. Competencia.

Esa Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y 1 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, toda vez que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos mencionados en el apartado III del presente escrito.

VII. Oportunidad en la promoción.

El artículo 105, fracción II, segundo párrafo, de la Constitución General de la República, así como el diverso 60¹ de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del precepto constitucional indicado, disponen que el plazo para la presentación de la demanda de acción de inconstitucionalidad es de treinta días naturales, contados a partir del día siguiente al de la publicación de la norma impugnada.

No obstante, el dispositivo legal en cita establece que, en caso de que el último día para la presentación de la demanda fuese inhábil, la misma puede interponerse al día hábil siguiente.

En el caso, la norma cuya inconstitucionalidad se demanda se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca el 22 de febrero de 2020, por lo que el plazo para promover el presente medio de control constitucional corrió del domingo 23 del mismo mes y año al lunes 23 de marzo de la presente anualidad.

Sin embargo, para el cómputo del plazo correspondiente debe tomarse en consideración que el 17 de marzo de 2020 el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia

¹ "Artículo 60. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. (...)."

de la Nación emitió el Acuerdo General Número 3/2020,² en cuyo Punto Primero determinó suspender todas sus actividades jurisdiccionales en el periodo comprendido del 18 de marzo al 19 de abril de 2020,³ por lo que esos días se declararon inhábiles, en la inteligencia de que no corrieron términos durante esa temporalidad.

Tal decisión se tomó como medida urgente ante las causas de fuerza mayor provocadas por el riesgo que implica para la salud y la integridad de la población en general la propagación y gravedad de la pandemia provocada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), como una emergencia de salud pública de interés internacional, declarada como tal el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud.

Con posterioridad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el Acuerdo General 6/2020 el 13 de abril del 2020, por el que se prorrogó la suspensión de actividades jurisdiccionales y, por ende, se declararon inhábiles los días del periodo comprendido del 20 de abril al 5 de mayo del 2020, y se habilitaron los días que resulten necesarios para proveer sobre la admisión y suspensión de controversias constitucionales urgentes, así como para la celebración a distancia de las sesiones del Pleno y de las Salas de ese Alto Tribunal.⁴

Asimismo, el 27 de abril del año en curso se expidió el diverso Acuerdo General Plenario 7/2020,⁵ por virtud del cual se prorrogó la suspensión de actividades

² Publicado el 18 de marzo de 2020 en el Diario Oficial de la Federación, en términos del Punto Primero, inciso m), del Acuerdo General número 18/2013, de diecinueve de noviembre de dos mil trece, del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los días hábiles e inhábiles respecto de los asuntos de su competencia, así como de los de descanso para su personal, disponible en:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2020-03/3-2020%20%28COVID-19%29%20FIRMA.pdf

³ Con la salvedad de proveer lo conducente respecto de las suspensiones de carácter urgente en el caso de las controversias constitucionales que se promuevan en el lapso señalado, de conformidad con lo establecido en el Punto Segundo del aludido Acuerdo General 3/2020 del Pleno de ese Máximo Tribunal.

⁴ Acuerdo General Plenario 6/2020 del trece de abril de dos mil veinte del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2020-04/6-2020%20%28PR%C3%93RROGA%20SUSP.%20ACT.%20LIRISD.%29%20FIRMA.pdf

⁵ Acuerdo General Plenario 7/2020 del veintisiete de abril de dos mil veinte del Tribunal Pleno de esa Suprema Corte, disponible en:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2020-04/7-2020%20%28PR%C3%93RROGA%20SUSP.%20ACT.%20LIRISD.%20AL%2031%20MAYO%202020%29%20FIRMA.pdf

jurisdiccionales y, por ende, se declararon inhábiles los días del periodo comprendido del 6 al 31 de mayo de 2020, y se habilitaron los días que resultaren necesarios para proveer sobre admisiones y suspensiones en controversias constitucionales, así como para realizar diversas actuaciones judiciales relacionadas con las sesiones públicas del Pleno y las Salas de ese Alto Tribunal.

Finalmente, el 26 de mayo del año en curso se emitió el diverso Acuerdo General Plenario 10/2020, por virtud del cual se prorrogó la suspensión de actividades jurisdiccionales y, por ende, se declararon inhábiles los días del periodo comprendido del 1 al 30 de junio de 2020, y se habilitaron los días que resultaren necesarios para proveer sobre admisiones y suspensiones en controversias constitucionales, y para promover, únicamente por vía electrónica, los escritos iniciales de todos los asuntos de competencia de ese Alto Tribunal, mediante el uso de la FIREL o de la e.firma, así como para realizar diversas actuaciones judiciales relacionadas con los asuntos del Pleno y las Salas de ese Tribunal Constitucional, en el entendido de que durante este lapso no transcurrieron plazos procesales generales.⁶

Como se mencionó anteriormente, el trigésimo día natural siguiente a aquél en que fueron difundidas las normas que se impugnan ocurrió el lunes 23 de marzo del año en curso, esto es, dentro del periodo declarado en los citados Acuerdos Generales Plenarios como inhábil, durante el cual no transcurrieron términos.

Por lo tanto, esta Institución Nacional estima que la acción de inconstitucionalidad que se promueve el día de hoy, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe considerarse oportuna.

VIII. Legitimación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover la acción de inconstitucionalidad.

El artículo 105, fracción II, inciso g),⁷ de la Constitución Política de los Estados

⁶ Acuerdo General Plenario 10/2020 del veintiséis de mayo de dos mil veinte de esa Corte Constitucional, visible en:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2020-05/10-2020%20%28PR%C3%93RROGA%20SUSP.%20ACT.%20JURISD.%20AL.%2030%20JUNIO%202020%29%20FIRMA.pdf

⁷ "Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: (...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Unidos Mexicanos, dispone que esta Comisión Nacional está facultada para plantear la posible inconstitucionalidad de normas generales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México es parte, respecto de legislaciones federales y de las entidades federativas.

De conformidad con dicho precepto constitucional, acudo ante ese Alto Tribunal en mi calidad de Presidenta de este Organismo Autónomo, en los términos del artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, aplicable en materia de acciones de inconstitucionalidad, conforme al diverso 59 del mismo ordenamiento legal. Dicha facultad se encuentra prevista en el artículo 15, fracción XI^ª, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

IX. Introducción.

Los problemas que actualmente enfrenta nuestro país requieren para su atención una transformación de sus instituciones públicas. Por ello, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) busca acercarse a quienes más lo necesitan y recuperar así la confianza de las personas.

La tarea de la CNDH es y siempre será velar por la defensa de los derechos humanos de todas las personas. En ese sentido, está comprometida a vigilar que se respeten los tratados internacionales, la Constitución y las leyes emanadas de la misma.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: (...)

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas; (...)."

ª "Artículo 15. El Presidente de la Comisión Nacional tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

(...)

XI. Promover las acciones de inconstitucionalidad, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, y

(...)."

Nuestra Norma Fundamental dotó a esta Institución para promover ante esa Suprema Corte de Justicia de la Nación acciones de inconstitucionalidad como garantía constitucional que sirve para velar por un marco jurídico que proteja los derechos humanos y evitar su vulneración por las leyes emitidas por los Congresos federal y/o locales.

El ejercicio de esta atribución no busca, en ningún caso, confrontar o atacar a las instituciones ni mucho menos debilitar nuestro sistema jurídico sino, por el contrario, su objetivo es consolidar y preservar nuestro Estado de Derecho, defendiendo la Constitución y los derechos humanos por ella reconocidos. De esta manera, la finalidad pretendida es generar un marco normativo que haga efectivo el respeto a los derechos y garantías fundamentales.

Así, la presente acción de inconstitucionalidad se encuadra en un contexto de colaboración institucional, previsto en la Norma Suprema con la finalidad de contribuir a que se cuente con un régimen normativo que sea compatible con el parámetro de regularidad constitucional en materia de derechos humanos.

X. Conceptos de invalidez.

PRIMERO. Los artículos 3º, primer párrafo, 4, fracción XIV, en la porción normativa "negativa", 8, 9 -salvo su último párrafo-, 35, 50, 61, último párrafo, 65, segundo párrafo, 68, última parte, 74, último párrafo, y 75, de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca, establecen un sistema que desnaturaliza el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas, reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Lo anterior, ya que la forma en que se encuentran configurados algunos aspectos del derecho a la consulta indígena, esto es, el establecimiento de diferentes tipos, vinculatoriedad, posibilidad de no aceptar su celebración, así como supuestos de improcedencia de la misma, son contrarios a los parámetros nacionales e internacionales en la materia.

Las personas que se autoadscriben como pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, gozan de todos los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los tratados internacionales.

Adicionalmente, gozan derechos fundamentales reconocidos específicamente a su favor. Tal es el caso del derecho a la consulta, el cual resulta fundamental, en tanto que permite que se garanticen y protejan, de forma interdependiente, otras prerrogativas del sector indígena y afroamericano, como lo es la preservación del derecho a la libre autodeterminación, a decidir su propio desarrollo de manera sustentable, el respeto a la tenencia de su propiedad ancestral y al uso y disfrute de sus recursos naturales inherentes, así como de la biodiversidad relacionada, a la identidad cultural, entre otros muchos aspectos.

Este derecho de carácter colectivo del cual son titulares los pueblos y comunidades originarias constituye un auténtico instrumento de participación y de defensa para lograr la reivindicación de su libre determinación.

El objeto del derecho es que dichos grupos se encuentren en posibilidad de otorgar su consentimiento previo, libre e informado y, con ello, lleguen a acuerdos con las autoridades correspondientes, o bien, manifiesten su voluntad adoptando medidas conjuntamente y de buena fe con el estado. De esta manera se les permite participar directamente en la confección de medidas que les atañen directamente, para así superar la exclusión histórica a las que han estado sujetos.

Por ello, resulta necesario que exista una regulación apropiada que proteja y garantice que la ejerzan efectivamente y puedan intervenir en las mejores condiciones en esos procedimientos.

Así, es imperioso que las leyes que los congresos expidan en materia de consulta regulen ese derecho de forma adecuada. Tanto esa Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como otros organismos internacionales –como la Organización de las Naciones Unidas–, han desarrollado criterios importantes que han delineado el contenido esencial, los alcances de la consulta e inclusive, los estándares mínimos y los principios que deben observarse cuando se lleven a cabo esos procedimientos, a efecto de que sean válidas y se cumpla con los fines y objetivos que persigue.

En el presente medio de control de la constitucionalidad, se someten a escrutinio, ante ese Tribunal Constitucional del país, diversas normas contenidas en la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afroamericanas para el Estado de Oaxaca.

Esta Comisión Nacional estima que dichas disposiciones resultan violatorias del derecho a la consulta en dicha materia, lo que trae por consecuencia que esos sectores poblacionales que se encuentran en dicha entidad federativa no puedan ejercer ese derecho acorde a los estándares de protección más altos, por lo que se solicita que sean expulsados del orden jurídico estatal.

Este primer concepto de invalidez, se dividirá en dos principales apartados, identificados con las letras A y B. En el primero de ellos, se expondrá el núcleo esencial del derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas, a la luz de los estándares jurisprudenciales -tanto nacionales como internacionales- en la materia.

Posteriormente, una vez expuesto el parámetro general, se explicará el vicio de invalidez en que incurren cada una de las disposiciones impugnadas por este Organismo Autónomo.

No obstante, con el propósito de dotar con mayor claridad argumentativa, el apartado B a su vez se secciona en dos partes. En uno de ellos se incluyen las disposiciones que se refieren a los tipos de consultas y sus finalidades previstos en la legislación impugnada, cuya característica común es que distorsionan el objetivo de las consultas, el cual ya se encuentra definido en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia emitida sobre ese tema; además, se abordarán otras cuestiones relacionadas con la alteración de la naturaleza misma de ese derecho y de sus efectos, y cómo ello trae un resultado negativo en los derechos de las personas indígenas y afromexicanas.

Posteriormente, se desarrollarán los argumentos relativos a las disposiciones que regulan algunos aspectos sobre la procedencia de las consultas en la entidad, y cómo tales disposiciones constituyen límites injustificados que obstaculizan la participación de esos pueblos y comunidades en el diseño de políticas, acciones y otras medidas estatales susceptibles de afectares directamente, que contrastan con el marco regulatorio nacional e internacional que se ha definido sobre dicho tópico.

Con lo anterior, se busca que la ley que regula el proceso de consulta en Oaxaca se adecue al parámetro de regularidad constitucional y permita a los pueblos y comunidades indígenas estar en posibilidad de manifestar su pleno consentimiento previo, libre e informado y, con ello, llegar a un acuerdo con las autoridades correspondientes, adoptando las medidas conjuntamente y de la mejor manera en

que se adapten a su cosmovisión y prácticas tradicionales o ancestrales, y así puedan ejercer plenamente de la totalidad de sus derechos.

A. Consideraciones generales sobre el derecho a la consulta indígena.

El artículo 2º de nuestra Norma Fundamental reconoce que la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas, los cuales se integran por comunidades indígenas que constituyen unidades sociales, económicas y culturales que se encuentran ubicadas en un territorio específico y reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.⁹

Asimismo, en el apartado C de dicha disposición constitucional, se reconoce a los pueblos y comunidades afroamericanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación, quienes son titulares, en lo conducente, de los derechos señalados a su vez reconocidos para los pueblos y comunidades indígenas.¹⁰

Las personas, pueblos y comunidades originarias, al igual que todos los seres humanos, gozan de todos los derechos consagrados por la Constitución Federal y los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Adicionalmente, dadas sus particularidades derivadas de sus estructuras políticas, económicas, sociales y de sus culturas, de sus tradiciones y cosmovisión, se les reconocen derechos específicos o intrínsecos.

⁹ "Artículo 2o. (...)

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

(...)

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

(...)"

¹⁰ "Artículo 2o. (...)

C. Esta Constitución reconoce a los pueblos y comunidades afroamericanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación. Tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores del presente artículo en los términos que establezcan las leyes, a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social."

Como se dijo, a nivel nacional, éstos se encuentran fundamentalmente en el artículo 2º de la Norma Suprema; en el ámbito supranacional, encontramos diversos instrumentos internacionales vinculantes para nuestro Estado, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y orientadores, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros.

Precisamente, el derecho a la consulta se incluye entre aquellos derechos específicamente reconocidos a favor de esos sectores sociales, el cual, como se desarrollará enseguida, su protección y ejercicio resulta de vital importancia y gran envergadura para los pueblos y comunidades originarios, en virtud de que también se erige como un mecanismo de participación.

Si bien el derecho a la consulta indígena no se encuentra desarrollado amplia y expresamente en la Constitución General de la República, es en el ámbito internacional donde encontramos el reconocimiento puntual de esa prerrogativa fundamental, particularmente en el mencionado Convenio 169 de la OIT del que México es parte, razón por la que debe ser observado por todas las autoridades, incluidos los órganos legislativos, dada su obligatoriedad.

El citado Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 6 el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades originarias,¹¹ al señalar que los Estados están obligados a realizar lo siguiente:

- Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se

¹¹ "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) 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;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

- Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida en que lo podrían hacer otros sectores de la población, a todos los niveles en la adopción de decisiones, en instituciones electivas, organismos administrativos y de otra índole, que sean responsables de políticas y programas que les conciernan.
- Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y, en los casos apropiados, proporcionar los recursos necesarios para este fin.
- Las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Adicional a dicho numeral, el artículo 7 del mismo Convenio¹² refiere que los pueblos interesados deben tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que se afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, así como 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.

¹² "Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho 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. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan."

Las anteriores disposiciones convencionales constituyen el principal referente normativo del cual emana la obligación del Estado de consultar a los pueblos y comunidades indígenas.¹³

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que los Estados tienen la obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, lo que se relaciona directamente con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Lo anterior, conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas,

¹³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la propiedad, contenido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga a los Estados a reconocer el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras y territorios tradicionales, y los recursos que éstos contienen, así como en el diverso artículo 23, que reconoce el derecho a la participación política. Derivados de lo anterior, desarrolló importantes criterios jurisprudenciales en torno al derecho a la consulta. Véanse Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) y Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General número 23, ha establecido que los derechos derivados del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede incluir también *requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.*

Por otra parte, el deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, instó a numerosos gobiernos a que celebraran consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectaban los derechos e intereses de esos pueblos, concretamente en sus observaciones finales de algunos países, como Canadá, Nueva Zelanda, Ecuador, República Dominicana, entre otros, y también en su examen de situaciones concretas sujetas a sus medidas de alerta temprana y procedimientos de urgencia, entre ellas las relativas a Belice, Brasil, Chile, Panamá y el Perú. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se ha referido al deber de celebrar consultas en varios de sus informes a los gobiernos sobre su cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, más recientemente, en sus observaciones finales sobre Chile, Costa Rica, Panamá, Botswana y Nicaragua. Véase ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, "Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo", A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 40, visible en la siguiente liga: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>

autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.¹⁴

Por tanto, se erige como **una prerrogativa necesaria** para salvaguardar la libre determinación de los pueblos, así como los demás derechos culturales y patrimoniales ancestrales que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen, permitiéndoles participar de forma activa y constante en los asuntos políticos del Estado.¹⁵

Hasta lo aquí expuesto, es dable afirmar que el derecho a la consulta constituye una de las garantías fundamentales de participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que puedan afectar sus derechos e intereses.

Ahora bien, dilucidado lo anterior, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecidos de manera coincidente otros importantes criterios relativos al derecho a la consulta. Uno de ellos es el atinente a la determinación de su procedencia y los elementos mínimos con los que todo procedimiento de esa naturaleza debe contar.

Ambos tribunales han sido coincidentes al considerar que el **parámetro objetivo** para determinar los casos en que las autoridades legislativas deben llevar a cabo procedimientos de consulta indígena, debe atender a **que la actividad del Estado tenga relación con los intereses y derechos de los grupos indígenas involucrados, esto es, cuando sean susceptibles de afectar sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional.**¹⁶

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 166.

¹⁵ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver al amparo en revisión 499/2015, en la sesión de 04 de noviembre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora.

¹⁶ Sentencia del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas 86/2015, 91/2015 y 98/2015, en sesión del 29 de octubre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo; Sentencia del Pleno de ese Máximo Tribunal, al resolver la acción de inconstitucionalidad 84/2016, en la sesión de 28 de junio de 2018, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora; sentencia del Pleno de ese Alto Tribunal al resolver la acción de inconstitucionalidad 151/2017, en la sesión de 28 de junio de 2018, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; entre muchas otras.

Por otra parte, también resulta relevante mencionar que la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución que dictó en el amparo en revisión 631/2012, resaltó entre sus consideraciones que el deber del Estado de consultar a los pueblos y comunidades indígenas no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la **susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse**, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.¹⁷

Ahora bien, la Segunda Sala de ese Máximo Tribunal ha precisado que lo anterior no significa que deban llevarse a cabo consultas siempre que grupos indígenas se vean involucrados en alguna decisión estatal, **sino sólo en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida o entorno, en consideración a los supuestos generales indicados por dicha Sala** y que, por lo tanto, las autoridades deben atender al caso concreto y analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en las condiciones de vida y entorno de los pueblos indígenas.¹⁸

En cuanto a los estándares mínimos que debe contener toda consulta indígena, han sido desarrollados en la jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación acorde con el Tribunal Interamericano, y han determinado y precisado los alcances de las características de la consulta previa a esas comunidades y pueblos.¹⁹

¹⁷ Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 631/2012, en sesión del 08 de mayo de 2013, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

¹⁸ Véase Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver al amparo en revisión 499/2015, en la sesión de 04 de noviembre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora, así como la tesis aislada 2a. XXVII/2016 (10a.), de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, materia constitucional, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 31, Tomo II, junio de 2016, p. 1213, de rubro: **"PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. EN SU DERECHO A SER CONSULTADOS, EL ESTÁNDAR DE IMPACTO SIGNIFICATIVO CONSTITUYE ELEMENTO ESENCIAL PARA QUE PROCEDA."**

¹⁹ Véanse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012; sentencia del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas 86/2015, 91/2015 y 98/2015, en sesión del 29 de octubre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo; sentencia de ese Tribunal Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 84/2016, en la sesión de 28 de junio de 2018, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora Icaza; sentencia del Pleno de ese Alto Tribunal al resolver la acción de inconstitucionalidad 151/2017, en la sesión de 28 de junio de 2018, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; así como la sentencia de la Primera Sala de esa Corte Constitucional al resolver el amparo en revisión 631/2012, en sesión del 8 de mayo de 2013, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

- **La consulta debe ser previa.** Debe realizarse durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.
- **La consulta debe ser culturalmente adecuada.** El deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta, sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. Lo anterior, exige que la representación de los pueblos sea definida de conformidad con sus propias tradiciones.
- **La consulta informada.** Los procesos de otorgamiento exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta. Debe buscarse que tengan conocimiento de los posibles riesgos incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto, de forma voluntaria.
- **La consulta debe ser de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo.** Se debe garantizar, a través de procedimientos claros de consulta, que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado para la consecución de dichos proyectos. La obligación del Estado es asegurar que todo proyecto en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios.

Ahora bien, el Tribunal Pleno, al resolver la acción de inconstitucionalidad 81/2018 sostuvo que para satisfacer los requisitos mínimos arriba expuestos deben darse asimismo diversas fases:²⁰

- **Preconsultiva** que permita la identificación de la medida legislativa que debe ser objeto de la consulta: implica la identificación de los pueblos y

²⁰ Resuelta en sesión del 20 de abril de 2020, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

comunidades indígenas a ser consultados y la determinación de la forma de llevar a cabo el proceso.

- **Informativa:** caracterizada por la entrega de información y difusión del proceso de consulta con la finalidad de contar con información completa, previa y significativa sobre las medidas legislativas.
- **De deliberación interna:** los pueblos y comunidades indígenas, a través del diálogo y acuerdos, para que evalúen internamente las medidas susceptibles de afectarles.
- **De diálogo** entre los representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas con la finalidad de generar acuerdos.
- **De decisión:** comunicación de resultados.
- De entrega de dictamen.

Por lo anterior, se afirma que las autoridades estatales, en el ámbito de sus competencias, están constreñidas a reconocer y garantizar a los pueblos y comunidades indígenas el derecho a la consulta mediante procedimientos pertinentes, previos, informados, de buena fe y a través de sus instituciones representativas, sobre las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, para que estos grupos sociales puedan decidir y controlar sus propias vidas e instituciones.

Tratándose del ámbito legislativo, el Máximo Tribunal ha indicado que existe la obligación del Congreso correspondiente de consultar directamente a dichos pueblos previo a la emisión de la norma impugnada²¹, por lo que tienen el deber de prever una fase adicional en el proceso de creación de las leyes para consultar a los representantes de ese sector de la población cuando se trate de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente²².

²¹ Sentencia del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas 86/2015, 91/2015 y 98/2015, en sesión del 29 de octubre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

²² Sentencia del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 31/2014, en sesión del 08 de marzo de 2016, bajo la ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas.

En la medida en que se respete este derecho, el Estado podrá garantizar la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas, esto es, la posibilidad de que dichas personas decidan todas las cuestiones concernientes a sus propias instituciones y organización política, económica, social y cultural, sin que existan injerencias o imposiciones unilaterales y arbitrarias por parte de las autoridades investidas de poder público.

Efectivamente, el derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.²³ Ello, en virtud de que su ejercicio e implementación constituye una de las garantías fundamentales para asegurar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos.²⁴

Por todo lo anterior, se ha considerado que el derecho a la consulta tiene un doble carácter: es un **derecho humano colectivo de los pueblos indígenas**, íntimamente vinculado con su derecho a la libre determinación, y a la vez un **instrumento central** para garantizar la realización de un amplio conjunto de derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional, como en el nacional.²⁵

Bajo ese tenor, se ha afirmado que su dimensión colectiva también queda manifiesta al reconocer al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado como un instrumento con el que los propios pueblos y comunidades cuentan para defender otros derechos colectivos, tales como su derecho a la identidad cultural, a su tierra, territorio y recursos naturales, a conservar sus instituciones y sistemas normativos y, en casos extremos, su derecho a la propia supervivencia como pueblos.²⁶

De tal suerte que esta estrecha vinculación con otros derechos hace que el derecho a la consulta no sólo sea comprendido bajo su forma de **derecho procedimental** o

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 159.

²⁴ *Ibidem*, párr. 160.

²⁵ Véase "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los programas de desarrollo a gran escala", Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, consultable en la siguiente liga electrónica: https://www.hchr.org.mx/images/doc/pub/DerechoConsulta_PL.pdf

²⁶ *Idem*.

instrumental, es decir, como un conjunto de condiciones que deben cumplirse para validar un proceso de toma de decisiones, sino también, **como derecho sustantivo** en tanto su objetivo último y razón de ser es proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas.²⁷

Asimismo, representa una obligación frente al Estado en el sentido de llevar a cabo **todos los actos necesarios para proveer a dichos grupos de los medios idóneos y necesarios para garantizar plenamente sus derechos.**²⁸

Bajo estas premisas, es de concluir que el derecho a la consulta indígena es un derecho nacional e internacionalmente reconocido a favor de dichos pueblos y comunidades y, como tal, es obligación de los Estados garantizar su observancia en el ámbito interno, el cual está reconocido para hacer partícipes y escuchar la voz de los pueblos ante aquellas situaciones que puedan implicar una afectación a sus derechos e intereses y, así, establecer un diálogo entre el Estado y los pueblos, con el objetivo de poner fin a la exclusión en la toma de decisiones.²⁹

B. Desnaturalización del derecho a la consulta: análisis de las normas impugnadas a la luz de los parámetros nacionales e internacionales en la materia.

En el apartado anterior se expuso de manera breve el fundamento, importancia y principales características del derecho a la consulta que tienen reconocido los pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con el vasto desarrollo jurisprudencial, tanto nacional como internacional que se tiene sobre la materia.

En el presente apartado se argumentará sobre la inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca, a la luz del parámetro de regularidad constitucional expuesto.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver al amparo en revisión 499/2015, en la sesión de 04 de noviembre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora.

²⁹ Cfr. "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los programas de desarrollo a gran escala", Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, consultable en la siguiente liga electrónica: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoConsulta_PI.pdf

Para lograr el objetivo trazado, el presente apartado se dividirá en dos ejes temáticos: el primero, relativo a las disposiciones que se refieren a los tipos y finalidades de la consulta que establece la legislación impugnada y, el segundo sobre las normas relacionadas con la procedencia de esta medida que fueron establecidos por el legislador oaxaqueño.

En cada uno de ellos se analizará el contenido de las normas combatidas el parámetro de regularidad constitucional a efecto de evidenciar que de permitirse su vigencia en el sistema jurídico oaxaqueño se transgrediría el ejercicio efectivo de ese derecho fundamental y, consecuentemente, de otros derechos humanos que tienen reconocidos los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, dada la función instrumental que tiene la mencionada prerrogativa.

1. Normas que establecen tipos y finalidades de la consulta.

En esta sección se explicará la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la ley impugnada, cuya particularidad consiste en que todas ellas tienen por efecto tergiversar las finalidades de toda consulta indígena.

Por una cuestión de orden y claridad expositiva se analizará en lo particular cada uno de los artículos combatidos, divididos en diversos tópicos según la regulación emitida por el Congreso de Oaxaca.

a) Tipos de consulta.

La Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afroamericanas para el Estado de Oaxaca contiene disposiciones que, a juicio de esta Comisión Nacional, establecen finalidades diferenciadas del derecho a la consulta con base en la distinción de varios tipos de ésta que no se ajustan al parámetro de regularidad constitucional.

Para iniciar con el análisis, resulta indispensable transcribir íntegramente las disposiciones combatidas:

*"Artículo 3. La Consulta previa, libre e informada, tendrá como finalidad llegar a un acuerdo, obtener el consentimiento o, en su caso, emitir opiniones y propuestas, según corresponda a la medida sometida a consulta.
(...)."*

"Artículo 9. Es materia de consentimiento previo, libre e informado:

- I. Cuando excepcionalmente sea necesario el traslado y la reubicación de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas fuera de sus tierras;
- II. La posible privación de cualquier tipo de bien cultural, intelectual, religioso y espiritual;
- III. Cualquier tipo de confiscación, toma, ocupación, utilización o daño efectuado en tierras y territorios que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas;
- IV. El almacenamiento, confinamiento o la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas; y
- V. Cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos naturales, en el ámbito de competencia estatal y municipal.

(...)"

"Artículo 35. Para determinar el tipo de consulta y procedimiento, se deberá tomar como base el objetivo y la materia de la medida legislativa o administrativa específica de la consulta, así como las particularidades de los pueblos y comunidades que correspondan.

Los tipos de consulta pueden ser:

- I. Consulta para lograr un acuerdo;
- II. Consulta para obtener, en su caso, el consentimiento libre, previo e informado; y
- III. Consulta de opinión y construcción de propuestas."

"Artículo 61. (...)

El objetivo de este proceso de consulta es obtener del Sujeto Consultado las opiniones y propuestas sobre la medida legislativa consultada."

"Artículo 65. (...)

Estos procesos de consulta tendrán como finalidad alcanzar acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, respecto de la medida propuesta."

Las normas transcritas, en esencia, establecen que la consulta, previa, libre e informada tiene la finalidad de llegar a un acuerdo, obtener el consentimiento, o en su caso, emitir opiniones y propuestas.

En correspondencia con cada uno de estos fines, definió tres tipos de consulta: i) para lograr un acuerdo, ii) para obtener su consentimiento y iii) de opinión y construcción de propuestas. Así, dependiendo de la medida estatal de la que se trate, le corresponderá un determinado tipo de consulta indígena.

En principio, esta Institución Nacional observa que el legislador local confunde la finalidad que persiguen las consultas y sus tipos, con las formas de participación de los indígenas y de manifestación de su voluntad en esos procedimientos.

Lo anterior tiene por efecto que se limite la forma de participación de los pueblos y comunidades indígenas durante la consulta y propician que no se cumpla con los objetivos que deben lograrse necesariamente en todo procedimiento de esa naturaleza y no de forma excluyente ni aislada.

Para abordar este tema, es necesario partir del Convenio 169 de la OIT, el cual estatuye lo siguiente:

*"Artículo 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
(...)
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."*

La citada disposición convencional precisa cuáles son las finalidades de la consulta, a saber, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

Al respecto, se ha dicho que tales términos sugieren que el Convenio hace hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, pero no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones.³⁰

Tales objetivos se distinguen entre sí, en tanto que uno se refiere propiamente a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas respecto de las medidas que puedan afectarles; pero en el caso de no llegar al consentimiento, se pueden establecer acuerdos que favorezcan o permitan realizar

³⁰ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, "Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo" A/HRC/12/34 15 de julio de 2009, párr. 46, consultable en la siguiente liga:

<https://www.acnur.org/fjleadmin/Documentos/BIDL/2010/8057.pdf>

las acciones estatales sin afectar las circunstancias propias de esos pueblos y comunidades.

Otra circunstancia importante a tener en consideración es que en la discusión relativa a la adopción del referido artículo 6 del Convenio sobre la consulta previa, se indicó que, al elaborar el texto, no se quiso sugerir que las consultas referidas deberían resultar en la obtención de un acuerdo o el consentimiento de lo que se consulta, sino que quiso expresar un objetivo para las consultas.³¹

Por su parte, en la misma línea argumentativa, la Corte Interamericana además de referir que las consultas deben ser llevadas a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, ha establecido que la consulta debe concebirse como **un verdadero instrumento de participación**, que debe responder al objetivo último de **establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.**³²

De lo anterior se colige que la consulta es un instrumento efectivo que permite la participación de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que:

“La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión – con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas – de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.”³³

³¹Comité Tripartito, “Informe del Comité para examinar al reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, párr. 39, visible en la siguiente liga electrónica: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507223.es

³² Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, (Fondo y reparaciones), sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 186.

³³ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación General 2010/81, 98ª reunión, 2009, consultable en la siguiente liga electrónica: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/meetingdocument/wcms_305844.pdf

En ese tenor, es claro que la finalidad de toda consulta ya se encuentra definida en el Convenio 169 de la OIT y que la naturaleza de ese procedimiento es la de un medio de participación a efecto de que los pueblos y comunidades originarios ya no sean excluidos de las decisiones importantes sobre su vida.

Al ser esta la esencia de la consulta, las comunidades y pueblos tiene la posibilidad de intervenir de manera directa y amplia en tales procedimientos para hacerse escuchar y así defender sus intereses.

En contraste, la forma en que se encuentran configurados los artículos 3° y 35 de la ley impugnada, que establecen distintas finalidades de la consulta dependiendo de la medida sometida a ese procedimiento contravienen el parámetro antes expuesto.

El artículo 3° indica que la consulta tendrá tres finalidades: llegar a un acuerdo, obtener el consentimiento, o en su caso, emitir opiniones y propuestas, según corresponda a la medida sometida a consulta. E otros términos, la norma le otorga distintas finalidades a la consulta, lo cual dependerá de la medida estatal de se trate.

Esta lectura de la disposición se corrobora con el artículo 35, que establece literalmente que, para determinar el tipo de consulta y procedimiento, se debe tomar como base el objetivo y la materia de la medida legislativa o administrativa y las particularidades de los pueblos y comunidades correspondientes y, enseguida, señala cuáles son los tres tipos de consultas previstas en la legislación en comento. Tales tipologías guardan correspondencia con las tres finalidades señaladas en el ya mencionado artículo 3°.

Hasta este punto, resulta indiscutible que el legislador identificó tres finalidades distintas de la consulta y en atención a ellas, definió tres tipos: para lograr un acuerdo, para obtener su consentimiento y, de opinión y construcción de propuestas. En vista de lo anterior, se identifica una finalidad particular en cada consulta y se observará el procedimiento respectivo de acuerdo con la tipología que corresponda, dependiendo de la medida estatal que corresponda.

La conclusión anterior se refuerza con la lectura y análisis de otras disposiciones de la ley, pues establecen un sistema en este sentido.

Ahora bien, el artículo 9 del mismo ordenamiento prevé que son materia de consentimiento previo, libre e informado los siguientes casos:

- Cuando excepcionalmente sea necesario el traslado y la reubicación de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas fuera de sus tierras.
- La posible privación de cualquier tipo de bien cultural, intelectual, religioso o espiritual.
- Cualquier tipo de confiscación, toma, ocupación, utilización, o daño efectuado en tierras y territorios que tradicionalmente haya poseído u ocupado o utilizado de otra forma por esos sectores.
- El almacenamiento, confinamiento o la eliminación de materiales peligrosos en sus tierras o territorios.
- Cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos naturales en el ámbito de competencia estatal y municipal.

Por su parte, el artículo 61, último párrafo, señala que el **objetivo** de las consultas sobre **medidas legislativas** es **obtener las opiniones y propuestas del sujeto consultado**.

Finalmente, el artículo 65, segundo párrafo, establece que los procesos de consulta sobre **medidas administrativas** tienen como **finalidad alcanzar acuerdos u obtener el consentimiento** de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

Como se puede apreciar de lo expuesto, los objetivos de las consultas se determinan de acuerdo con la medida estatal a consultar: si versa sobre una de las medidas enlistadas en el artículo 9 o si las medidas consultadas son administrativas, la finalidad será obtener su consentimiento o llegar a un acuerdo; pero si se trata de una medida legislativa, la finalidad cambia y solo se buscará obtener sus opiniones y propuestas.

Identificada la finalidad y tipo de medida estatal a consultar, éstas se enmarcan en un tipo de consulta: en los casos señalados en el artículo 9, le corresponderá el tipo indicado en la fracción II del artículo 35, es decir, la consulta para obtener el consentimiento libre, previo e informado. Si se trata de medidas legislativas, de

acuerdo con su fin, se estará ante el tipo indicado en la fracción III del artículo 35, correspondiente a la consulta de opinión y construcción de propuestas.

Las normas de mérito, a juicio de esta Institución Autónoma, desnaturalizan el derecho a la consulta, ya que cambian la finalidad que estas persiguen, además de que tienen efectos restrictivos para la participación de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanos.

Como se ha expuesto en el apartado general de este concepto de invalidez, así como al principio del presente apartado, el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6.2 determinó cuál es la finalidad de las consultas, siendo esta la "de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", lo cual inclusive ha sido sostenido reiteradamente y de manera unánime por la jurisprudencia nacional e internacional en la materia.

Por tanto, la finalidad de toda consulta indígena siempre debe ser la de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, dependiendo del caso concreto, toda vez que se busca lograr un diálogo genuino entre las partes del cual parta la decisión respecto de la medida.

En contravención a lo anterior, los preceptos combatidos distinguen entre tres finalidades diferentes y diferenciadas dependiendo de la medida de que trate. Ello significa que confunden la finalidad última de la consulta indígena con el posible resultado que pudiera obtenerse en dicho procedimiento.

Al respecto, es importante recordar que el artículo 6 del Convenio 169 señala un objetivo para las consultas, pero no propiamente un resultado forzoso en el proceso de consulta previa, empero, sí se contempla que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente.³⁴

³⁴Comité Tripartito, "Informe del Comité para examinar al reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales", 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, párr. 36, visible en la siguiente liga electrónica: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507223,es

Dilucidado lo anterior, la legislación en materia de consulta de Oaxaca señala distintas finalidades a las consultas que regula, soslayando que todas ellas persiguen la misma finalidad, sin importar el tipo de medida estatal de que se trate.

Por tanto, resulta inconstitucional que, por ejemplo, el legislador disponga que la finalidad de la consulta sobre medidas legislativas sea obtener las opiniones y propuestas de los indígenas, o que para el caso de medidas administrativas sea alcanzar acuerdos u obtener su consentimiento. En ambos supuestos, aunque se trata de consultas indígenas por igual, el legislador parece considerar que dado el tipo de medidas sometidas a ese procedimiento se obtendrá invariablemente un resultado específico y concreto, lo que erróneamente confunde con la finalidad que toda consulta indígena persigue.

Esto significa que la consulta indígena tiene en todos los casos una finalidad concreta, por tanto, no puede establecerse que dependiendo de la medida estatal, la consulta tendrá diferentes objetivos, como de manera imprecisa pretendió establecer el legislador.

Por otra parte, también se estima que el Congreso confunde la finalidad de las consultas con el posible producto que emane de ese proceso, así como con las formas en que las comunidades y pueblos pueden participar dentro del mismo.

Dicha situación se desprende de la literalidad de los artículos impugnados pues, aunque ellos se refieren a la "materia", al "objetivo" o "finalidad", ya sea otorgar el consentimiento, lograr un acuerdo u obtener opiniones o propuestas, esto en realidad se refiere al resultado que tendrá el procedimiento de consulta.

A manera de ejemplo, el artículo 61, último párrafo, señala que el objeto de procedimiento de consulta es obtener las opiniones y propuestas sobre la medida legislativa consultada. De lo anterior se desprende que el legislador quiso otorgar una finalidad específica a ese tipo de consulta cuando en realidad lo que refirió fue una forma en que puede ser expresada la participación de esos pueblos y comunidades.

En otras palabras, cuando la consulta verse sobre medidas legislativas, los pueblos y comunidades pueden participar discutiendo y dando sus puntos de vista sobre las medidas, es decir, dando las opiniones y propuestas que estimen pertinentes. Lo anterior sin duda es una forma en la que las comunidades pueden intervenir en el

procedimiento de consulta, pero ello no constituye propiamente su finalidad, pues ésta siempre será la de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento.

La forma en que se encuentra redactada la norma conduce a concluir que en tales casos no se buscará su consentimiento ni lograr un acuerdo, en razón de que ello se limita a las consultas sobre medidas administrativas.

Además, debe tenerse presente que la consulta se funda en un diálogo de buena fe con miras a una misma finalidad, el que las comunidades y pueblos indígenas participen dando opiniones y propuestas no se circunscribe en exclusiva a las consultas sobre medidas legislativas, sino por el contrario, resulta necesario que se dé en cualquier proceso de consulta.

De manera ilustrativa, en el caso de que el Poder Ejecutivo del estado pretenda establecer cierta política dirigida a atender algunas necesidades específicas de los indígenas, en la consulta que deba llevarse a cabo sobre ese tema, será indispensable que esos sectores formulen propuestas y opiniones acerca del programa específico, las áreas especiales de atención e incluso sobre su asignación orgánica dentro de la entidad, entre otras cuestiones.

No obstante, al aplicarse la ley que ahora se impugna, toda vez que se trata de una medida administrativa, sólo se buscaría alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento acerca de la creación de esa política pública, a pesar de que al tratarse de un asunto que les concierne es innegable que se expresen muchas sugerencias como parte de dicho ejercicio de acercamiento, lo cual es inherente a cualquier diálogo y no de forma exclusiva en las consultas sobre medidas legislativas.

Finalmente, también de manera ejemplificativa, el supuesto contenido en la fracción V del artículo 9, relativo a que la consulta versé sobre cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios o otros recursos, la disposición indica que deberá buscarse su consentimiento. No obstante, si bien la obtención del mismo es una de las finalidades de toda consulta, no es necesario o forzoso que se obtenga de manera llana, sino que podría optarse por llegar a un acuerdo entre las mismas, escuchando las propuestas entre las comunidades y pueblos y la autoridad estatal que resulte satisfactoria para ambas partes.

Por ello, cuando el legislador diferencia entre tipos de consulta y sus finalidades en realidad tergiversa el derecho a la consulta ya que le confiere finalidades

diferenciadas con base en la medida sometida a ese procedimiento, lo cual contraviene el Convenio 169 de la OIT y los criterios jurisprudenciales nacionales como internacionales que se han emitido sobre la materia.

Por otro lado, se advierte que limita la forma de participación en que pueden intervenir esas comunidades y pueblos, pues sólo prevé la posibilidad de que se presenten propuestas y opiniones tratándose de medidas legislativas, sin contemplarlas para el resto de los casos referidos en la legislación, como podrían ser las administrativas o alguno de los supuestos mencionados en el artículo 9.

En virtud de lo expuesto, a juicio de esta Comisión Nacional, la forma en que se encuentran redactadas las normas podría ocasionar una restricción en la manera en que pueden intervenir esos pueblos y comunidades, y desvirtúa el propósito de la celebración de las consultas como actos de comunicación, entendimiento, respeto mutuo y buena fe, con el deseo sincero de llegar a un punto de conformidad en común, por lo que debe declararse su invalidez por ese Alto Tribunal.

b) Vinculatoriedad de la consulta.

Lo artículos 50 y 68, última parte, del ordenamiento impugnado establecen la posibilidad de otorgar efectos vinculatorios al resultado de la consulta. Para explicar la inconstitucionalidad alegada se transcriben en su integridad los artículos mencionados:

"Artículo 50. El resultado de la consulta será vinculante para la Autoridad responsable y todas las autoridades que directa o indirectamente estén vinculados con la medida consultada. Dichos resultados pueden ser:

I. Aceptación lisa y llana.

II. Aceptación con condiciones. En este caso, los pueblos y comunidades consultadas establecen las condiciones en las que tal medida se llevaría a cabo para garantizar sus derechos, incluyendo medidas de reparación, indemnización, mitigación y una distribución justa y equitativa de los beneficios.

III. No aceptación lisa y llana.

IV. No aceptación con posibilidad de presentar otra opción o modificaciones a la medida. En este caso, no obstante, la no aceptación, el Sujeto Consultado deja abierta la posibilidad de explorar otras opciones para la realización de una medida similar, misma que sería nuevamente sometido a consulta; y

V. Opiniones y propuestas sobre el objeto de la consulta."

"Artículo 68. Concluido el proceso de consulta, los resultados se harán públicos dentro de los cinco días naturales siguientes. La decisión de las comunidades de no otorgar su consentimiento, será vinculante para la Autoridad Responsable."

En síntesis, el artículo 50 establece que el resultado de la consulta será vinculante para las autoridades que estén relacionadas con la medida consultada, además precisa que pueden darse cuatro resultados distintos: i) aceptación lisa y llana, ii) aceptación con condiciones, iii) no aceptación lisa y llana, iv) no aceptación con posibilidad de otra opción o modificaciones a la medida, y v) opiniones y propuestas sobre el objeto de la consulta.

En un tenor similar, la última parte del artículo 68 establece que la determinación de no otorgar el consentimiento será vinculante para la autoridad responsable.

Al respecto, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que atribuirle esas consecuencias obligatorias al resultado de la consulta desnaturaliza los fines y propósitos del derecho de mérito.

Para sustentar lo anterior, debe recordarse lo que el multicitado artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT apunta, en relación con que las consultas llevadas a cabo en aplicación del propio convenio tienen por finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

A partir de lo anterior, se ha construido un estándar de consulta a partir de diversos ejercicios interpretativos en sede jurisdiccional, el cual incluye como parte de sus características esenciales la finalidad ya enunciada en el mencionado instrumento internacional.

En esa apreciación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", el cual "debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas".³⁵

Así, dicho Tribunal Interamericano ha reiterado que la búsqueda de un entendimiento con los pueblos y comunidades deben entenderse como un diálogo

³⁵Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, (Fondo y reparaciones), sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 146.

genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.³⁶

Por lo tanto, el objeto de la consulta es la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas que pueden quedar afectados por una determinada decisión o medida estatal. En ese sentido, se ha entendido que las consultas son negociaciones en procuración de acuerdos mutuamente aceptables, celebradas antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no meras consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones.³⁷

La importancia de la finalidad de lograr el consentimiento puede variar de acuerdo a las circunstancias y a los intereses de las personas identificadas como indígenas que puedan verse involucradas.

Como lo ha afirmado el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en aquellas circunstancias que las medidas propuestas puedan afectar los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento es el objeto de las consultas:

"48. En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. (...)"³⁸

La celebración de las consultas debe asumirse la apertura al diálogo por ambas partes, por ello es importante que entre ellas medie el principio de buena fe, pues se

³⁶ Ibidem, párr. 200

³⁷ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, "Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo", A/HRC/12/34 15 de julio de 2009, párr. 46, visible en la siguiente liga: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>

³⁸ Ibidem, párr. 47.

orienta hacia la obtención de un resultado afín y conveniente tanto para los pueblos y comunidades indígenas como para el Estado. A la anterior conclusión llega el Informe del Relator Especial antes mencionado, cuando identifica el problema de fondo y las razones por las cuales las consultas tiene la finalidad concreta de llegar a un acuerdo:

“Esos principios [de la consulta] han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio. Como se subrayó anteriormente, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. 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.”³⁹

Es así que las consultas se realizan con miras a obtener un consenso respecto de las medidas propuestas, pues no se trata de que una u otra de las partes imponga sus intereses por encima de una minoría o por encima de la colectividad, toda vez que la apertura al diálogo busca encontrar problemas, posturas y soluciones que resulten benéficas para las partes.

La misma consideración expuesta se advierte en la Observación General 2010/81 de la OIT, al explicitar que las consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento.⁴⁰

De acuerdo con la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, el artículo 6.2 del Convenio 169 establece que las consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el citado convenio no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que **alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente.**

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación General 2010/81, 98ª reunión, 2009, consultable en la siguiente liga electrónica: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/meetingdocument/wcms_305844.pdf

Además, ha esclarecido que la aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y/o consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse. Incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos de los pueblos indígenas como a las tierras y a la propiedad. La importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados.⁴¹

Por ello, cuando el legislador oaxaqueño establece que las consultas tendrán efectos vinculantes modifica y tergiversa su propósito, pues permite que una de las partes se imponga sobre la otra.

Esta Comisión Nacional considera que las decisiones tomadas por medio de consulta indígena deben de tener efectividad, o si así se quiere llamar vinculatoriedad, sin embargo, todo el intercambio que sucede en esos procedimientos debe tomarse necesariamente en consideración para evitar que las autoridades pueden realizar imposiciones o sustraerse unilateralmente de los acuerdos pactados como resultado del proceso de consulta.

No obstante, el tratamiento que la norma le otorga el resulta de la consulta se separa de la finalidad perseguida por ese derecho colectivo, caracterizadas como procesos de comunicación y el entendimiento, respeto mutuo, la buena fe y deseo auténtico de alcanzar un acuerdo.

Ello se considera así porque la forma en que se encuentran configurados los artículos controvertidos no corresponde ni siquiera al resultado de la consulta como producto de un acuerdo o diálogo, sino que recaen en la determinación unilateral de esos sectores de la población sobre una determinada medida estatal.

Lo dicho con antelación se desprende claramente del artículo 50, el cual, además de indicar que las consultas serán vinculantes, señala el resultado que podrán tener: la aceptación lisa y llana, la aceptación con condiciones, en la que son los pueblos y comunidades indígenas los que establecen las condiciones en las que se llevarán a

⁴¹ Oficina Internacional del Trabajo, "Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales", 1989 (núm. 169), 2013, consultable en la siguiente liga electrónica: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

cabo los actos estatales consultados; no aceptación lisa y llana, no aceptación con posibilidad de presentar otra opción o modificación de la medida, y opiniones y propuestas sobre la consulta.

De ello se advierte que lo que el legislador llama resultado de la consulta no es otra cosa que la opinión o la postura de los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas respecto de las medidas estatales consultadas únicamente, esto es, si las aceptan o no, determinación que debe ser acatada por la autoridad responsable invariablemente.

Ello le concede determinados efectos a la decisión que adopten los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas de rechazar o aceptarlas las medidas que se someten a su consideración y no así a la consulta en sí misma.

Precisamente en esa situación se encuentra el artículo 68, en su parte final, que prevé que la decisión de las comunidades de no otorgar su consentimiento será vinculante para la autoridad responsable.

Ambas disposiciones otorgan una naturaleza distinta al derecho a la consulta como una mera posibilidad de "veto", rechazo de la actividad estatal o como prerrogativa para frenar medidas públicas, soslayando que su propósito real es alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento por medio de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento de ambas partes.

Se aclara nuevamente que esta Comisión Nacional no pretende afirmar que el resultado del acuerdo o consentimiento derivado de la consulta no puedan ser vinculantes para las autoridades, *verbigracia*, en el caso en que las partes pacten beneficios compartidos derivados como el pago de una indemnización por una expropiación o privación del uso y goce de la propiedad.

Sin embargo, esa situación dista de lo que pretendió regular el legislador oaxaqueño al conceder una vinculatoriedad inflexible a una determinación de sólo uno de los sujetos de la consulta y no al resultado de esos procesos de diálogo entre ambas partes.

Conceder tales efectos podría frenar proyectos que no sólo puedan beneficiar a los pueblos y comunidades indígenas que correspondan, sino al resto de la población, por ejemplo, como ya se apuntó en los casos de expropiación para construir

infraestructura necesaria para otorgar ciertos servicios, por ejemplo, de salud, que ante la negativa de esos sectores poblacionales o ante la dificultad de cumplir con las condiciones establecidas por ello no puedan llevarse a cabo.

Por circunstancias como la anterior es que es necesario que las medidas estatales se sometan a un proceso de consulta para que las partes determinen y expongan los beneficios o daños que puedan causarse en su caso y lograr un consenso que les permita resolver esas problemáticas y que resulte satisfactoria a ambos.

Finalmente, este Organismo Autónomo estima que es deseable que los acuerdos alcanzados en las consultas previas, libres e informadas tengan progresivamente un carácter vinculante,⁴² ya que deben valorarse conjuntamente una serie de circunstancias y no imponerse de manera tajante que en todos los casos tendrá necesariamente ese efecto.

Por las anteriores consideraciones se estima que las disposiciones que se tildan de inconstitucionales tergiversan la finalidad de las consultas indígena lo cual se opone al bloque de regularidad constitucionalidad por que debe declararse su invalidez pro ese Alto Tribunal.

c) Posibilidad de renunciar y de acordar la realización de la consulta.

Los artículos 74, segundo párrafo, y 75 de la ley impugnada permiten que se pueda renunciar a la celebración de la consulta. Tal interpretación se desprende del contenido de los artículos mencionados, los cuales, para su estudio, se transcriben en su integridad:

Artículo 74. (...)

Así mismo los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas podrán impugnar la decisión que ordene realizar la consulta, si la comunidad decidió no aceptar dicho proceso y lo comunicó a la Secretaría. En este caso, el proceso de consulta se suspenderá hasta que se emita la resolución que corresponda.

Artículo 75. *Las decisiones de la Secretaría y de los Sujetos de Consulta por la que acuerden que deba llevarse a cabo la Consulta previa, libre e informada, no será susceptible de impugnación por la Autoridad responsable o terceros interesados.*

⁴² Véase Recomendación General 27/2016, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, párr. 160.

De la lectura de ambas prescripciones normativas se advierte que el legislador estableció: 1) la posibilidad de que los pueblos y comunidades indígenas **puedan impugnar la decisión que ordene realizar la consulta si es que no aceptaron dicho proceso**, y 2) que la Secretaría y los sujetos de consulta pueden acordar que se lleve a cabo la consulta, caso en que no será susceptible de impugnación.

A consideración de esta Comisión Nacional, ambas disposiciones desconocen la *ratio* de la consulta ya que de la interpretación de las mismas pareciera que le otorgaron un carácter potestativo, cuyo ejercicio puede quedar a la voluntad de la Secretaría y de los pueblos y comunidades indígenas, según lo acuerden.

Lo anteriormente dicho soslaya la naturaleza misma del derecho a la consulta indígena como derecho humano y el principio de irrenunciabilidad como una de sus características fundamentales.

La doctrina de los derechos humanos parte de la premisa de que, al tratarse de derechos, estos son prerrogativas que tienen todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, por lo que son inherentes a su dignidad. Por ende, resulta claro que por su naturaleza poseen la característica de ser irrenunciables e inalienables, lo que significa que sus titulares no pueden dejar de detentarlos, ni que el Estado puede suprimirlos, reducirlos o negarlos, bajo ninguna circunstancia.

En el primer apartado del presente concepto de invalidez, se expusieron brevemente las notas distintivas del derecho a la consulta y se hizo mención de que se trata de un derecho reconocido por el sistema jurídico mexicano a favor de los pueblos y comunidades indígenas, consistente en permitir la participación de esos sectores poblacionales siempre que se vean involucrados en alguna decisión estatal, esto es, que constituye una herramienta para su intervención en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, en aquellos casos en que la actividad estatal se encuentre relacionada con sus derechos y que les pueda afectar de manera directa.

Por ende, el derecho a la consulta conlleva necesariamente una obligación del Estado no solo de garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas a medidas que pueden afectar sus derechos, sino también al de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a las comunidades indígenas pueda

llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.⁴³

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana ha sostenido que la consulta, además de ser obligación convencional es también un principio general del derecho internacional, que indica que los Estados **deben de cumplir, independientemente de que esté regulada expresamente en su legislación**, por lo que la exigencia consiste en que el Estado cuente con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el proceso de consulta en estos casos, sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley.⁴⁴

Apuntado lo anterior, resulta indispensable reiterar que tanto la jurisprudencia nacional e internacional han coincidido en determinar que la consulta debe llevarse a cabo siempre que se trate de **medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos y comunidades**, lo que significa que ante esa situación, el Estado tiene la obligación de consultarles en forma previa mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe a través de sus representantes.

Es decir, ambos Tribunales han sido enfáticos en establecer que el criterio para determinar cuándo la autoridad debe realizar el procedimiento de consulta es la susceptibilidad de afectación en los derechos, vida o entorno de los indígenas y de otros pueblos considerados tribales, como los afroamericanos.

Bajo esa consideración, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado la invalidez de diversos decretos legislativos que introdujeron modificaciones a leyes estatales que preveían medidas susceptibles de afectar directamente a ese grupo poblacional.⁴⁵

⁴³ Véanse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia del 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párr. 166; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, sentencia del 08 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 159.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, (fondo y reparaciones), párr. 164; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 08 de octubre de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 222.

⁴⁵ Por ejemplo, al resolver la acción de inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas 86/2015, 91/2015 y 98/2015, en sesión del 29 de octubre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo; al resolver la acción de inconstitucionalidad 31/2014, en sesión del 08 de marzo de 2016, bajo la ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas; al resolver la acción de

Así, es inconcuso que el derecho a la consulta como derecho específico de los pueblos y comunidades indígenas obliga a que el Estado garantice su participación cuando están frente a medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole que les conciernen de manera directa. Esto significa que basta con que la autoridad valore la existencia de una posible afectación a su esfera de derechos para que se encuentre obligado, sin excepción alguna, a realizar la consulta conforme a los estándares mínimos.

Con lo anterior queda claro que la realización de la consulta no surge de la necesidad de un común acuerdo entre las comunidades indígenas y la autoridad, sino que corresponde a una obligación del ente estatal ineludible, para permitir que ellos intervengan plenamente en esos asuntos.

No obstante, en franca contravención a lo antes expuesto, la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca estableció que esos sectores de la población tienen la posibilidad de **impugnar la decisión que ordene realizar la consulta si es que no aceptaron dicho procedimiento** y ello fue comunicado a la Secretaría de Pueblos Indígenas y Afromexicanos de la entidad.

Pese a que en apariencia la norma podría parecer benéfica, en realidad deja a decisión de las comunidades y pueblos si quieren ser consultados, e inclusive, prevé un medio de defensa para el caso de que dicha determinación no sea respetada.

Esa simple posibilidad rompe con la naturaleza misma de la consulta como derecho humano inherente a esos pueblos y comunidades, ya que faculta a sus titulares para renunciar a él o vetar la realización de la medida estatal cuya realización dependa de la consulta; por otro lado, se configura como una cláusula que exime a la autoridad de su obligación de realizarla en todos los casos en que deba proceder, pese a que tiene un deber de hacerlo.

inconstitucionalidad 84/2016, en la sesión de 28 de junio de 2018, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora; al resolver la acción de inconstitucionalidad 151/2017, en sesión del 28 de junio de 2018, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; al resolver la acción de inconstitucionalidad 108/2019 y su acumulada 118/2019, en sesión del 05 de diciembre de 2019, bajo la ponencia de la Ministra Yasmín Esquivel Mossa; al resolver la acción de inconstitucionalidad 116/2019 y su acumulada 117/2019, resuelta el 12 de marzo de 2020, bajo la ponencia del Ministro Luis María Aguilar Morales

La alteración del multicitado derecho puede tener consecuencias perjudiciales en la práctica para los indígenas y afromexicanos. Por ejemplo, podría darse la eventualidad de que, debido a una mala percepción, conocimiento o falta de pericia, las comunidades rehúsen que se lleve a cabo la consulta por considerar que podría resultarles nocivo o pernicioso, o bien, porque es la forma en que consideran que desde un inicio pueden impedir que la medida se lleve a cabo por parte de la autoridad.

Ante ambos escenarios, la respuesta de la autoridad podría ser en diversos sentidos: primero, que efectivamente "respete" la voluntad de la comunidad y no realice la consulta, pero tampoco realice la medida estatal planeada. En esta hipótesis se abandona cualquier posible adopción de actos estatales que pudieran resultar benéficos a sus intereses, negando así una oportunidad potencial de mejorar sus condiciones de vida y además, no abandona la posibilidad de conocer la opinión de los indígenas.

Otra consecuencia sería que igualmente la autoridad atienda a la determinación de los indígenas en cuanto a que no se les consulte, pero en cambio sí decide llevar a cabo la consulta, so pretexto de que "tiene permitido desentenderse de su obligación". En tal caso, se niega la oportunidad de garantizar la participación de esos grupos, en apariencia, consentido por ellos mismos.

Finalmente, un tercer resultado podría ser que la autoridad haga caso omiso a la resolución de la comunidad o pueblo de no ser resultados al ordena su realización. Como lo establece la norma, esto último podrá impugnarse ante la Sala de Justicia Indígena de Oaxaca, la cual pudiera llegar a resolver que debió **respetarse** esa decisión comunitaria, y no llevarse a cabo la consulta pues la propia ley de la entidad lo permite.

De lo anterior, se concluye que la mera existencia de la disposición en todos los casos resulta perjudicial para los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas oaxaqueñas, toda vez que permite que con arreglo a la propia Ley de Consulta esos sujetos puedan privarse de la posibilidad de participar directamente en los asuntos que les atañen, al tener la posibilidad de no aceptar el ejercicio de ese derecho, lo cual no resulta admisible conforme al parámetro de regularidad constitucional, ya que ello se traduciría en un incumplimiento de una obligación convencional.

Por otra parte, el artículo 75 sigue la misma lógica que el diverso 74 de perturbar la esencia del derecho humano a la consulta indígena. Dicha disposición prevé que las decisiones de la Secretaría mencionada y de los indígenas que acuerden que la consulta deba realizarse no será susceptible de impugnación por la autoridad responsable de llevarla a cabo.

Aunque de la simple lectura podría estimarse que la norma sólo tiene el propósito de asegurar que la autoridad obligada no tenga oportunidad de controvertir la decisión de que se lleve a cabo la consulta, este Organismo Autónomo advierte que la disposición en comento expresamente considera que la realización de la consulta emana de un acuerdo previo entre la Secretaría de Pueblos Indígenas y Afromexicanos del Gobierno de la entidad y los pueblos y comunidades indígenas.

Como ya se ha expuesto a lo largo del presente apartado, el derecho a la consulta que tienen los indígenas implica una obligación del Estado de llevarla a cabo siempre que sus intereses sean susceptibles de ser afectados. Esto significa que en los gobiernos recae la obligación de realizar la consulta y no en persona o empresas privadas⁴⁶ ni en algún otro individuo.

El Tribunal Interamericano ha señalado que el Estado debe garantizar la consulta previa mediante la participación de los indígenas en toda medida que les afecten directamente. Por lo tanto, la determinación de que efectivamente se celebre no surge de un acuerdo existente entre alguna autoridad estatal y los sujetos consultados, sino que corresponde realizarla al Estado siempre que resulte necesaria, atendiendo al caso concreto tras analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en las condiciones de vida y entorno de los pueblos indígenas.⁴⁷

⁴⁶Oficina Internacional del Trabajo, "Convenio Núm. 169 de la OIT. 'El derecho a la consulta'", consultable en la siguiente liga electrónica: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_445528.pdf

⁴⁷ Véase Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver al amparo en revisión 499/2015, en la sesión de 04 de noviembre de 2015, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora, así como la tesis aislada 2a. XXVII/2016 (10a.), de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, materia constitucional, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 31, Tomo II, junio de 2016, p. 1213, de rubro: "PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. EN SU DERECHO A SER CONSULTADOS, EL ESTÁNDAR DE IMPACTO SIGNIFICATIVO CONSTITUYE ELEMENTO ESENCIAL PARA QUE PROCEDA."

En suma, esto significa que no es admisible que se les pregunte a las comunidades si quieren ser o no consultadas en virtud de que se trata de un derecho que debe ser garantizado en todo momento por la autoridad estatal; de tal suerte que el efectivo ejercicio de participación logrado por medio de la consulta no depende de un acuerdo existente entre los pueblos y comunidades y las autoridades, porque se trata de un obligación a cargo del Estado que emana directamente de la Constitución Federal y de instrumentos internacionales suscritos por México, como el Convenio 169 de la OIT.

Aunque pudiere argumentarse que el propósito de la norma es escuchar o respetar la voluntad de las personas identificadas como indígenas, incluso desde el inicio de la consulta, al permitirles que se manifiesten en el sentido de si quieren o no ser consultadas, ello no hace más que apartarse del parámetro de regularidad constitucional, porque significa que el Estado tendría permitido, so pretexto de haber acordado proceder en tal sentido con los sujetos titulares del derecho desde un principio, se traduce en la permisión injustificada de que pueden deslindarse o incumplir con una obligación convencional y, por el otro, que los indígenas queden privados de la sola posibilidad de ser partícipes en los asuntos que les interesen.

Lo anterior, a juicio de esta Institución Nacional, significa permitir que los pueblos y comunidades indígenas, con fundamento en una ley, renuncien a un derecho que les es inherente, lo cual traería consecuencias negativas hacia otros de sus derechos, como a la libre determinación y autogobierno, preservación de su lengua y cultura, entre otros, pues recordemos que la consulta también constituye un mecanismo o medio para hacerlos valer.

De tal suerte que los artículos 74, segundo párrafo, que admite que las comunidades no acepten que la consulta sea realizada, y 75, que establece que las comunidades y pueblos en comento y la Secretaría de Pueblos Indígenas y Afromexicanos pueden acordar que sí se lleve a cabo dicho procedimiento, trastocan la naturaleza del derecho a la consulta como prerrogativa fundamental para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a las medidas que afecten sus derechos.⁴⁸

⁴⁸ En ese sentido, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), párr. 159.

Paralelamente, se estima que dejar en un acuerdo o consentimiento de las partes la celebración del procedimiento de consulta podría motivar incisiones y desacuerdos entre pueblos y comunidades indígenas, ya que para algunos podría ser necesario que se realice, para otros pudiera no ser así. Aquí es importante traer a colación que Oaxaca se caracteriza por ser la entidad federativa que cuenta con mayor población indígena en el país de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),⁴⁹ lo que conforma un significativo mosaico de culturas, pero también de intereses, que podrían colisionar entre sí.

En otro orden de ideas, dejar a discreción de los pueblos y comunidades indígenas la realización de la consulta pudiera ser usado como una facultad de veto para que se opongán a ciertos actos estatales. Como no aceptaron ser consultados, la autoridad podría proceder a realizar la medida estatal sin que medie la participación de esos sectores, al existir una oposición inicial de ellos mismos.

Ante esa situación, alguna persona que se autoadscriba como indígena podría promover, por ejemplo, un juicio de amparo ante la autoridad competente, alegando que el Estado incumplió con su obligación de realizar la consulta.

Se considera que aunque la autoridad jurisdiccional advierta que de acuerdo con la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca es posible para esos sujetos renunciar a ese derecho, con arreglo a los estándares nacionales e internacionales en la materia, se tendría que resolver que indiscutiblemente la autoridad estaba obligada a llevarla a cabo, por lo que ordenaría su realización, momento en que esos grupos poblacionales podrán oponerse, por medio del ejercicio de ese derecho, a la medida estatal, pues se le confieren, como se explicó, efectos vinculatorios.

Con base en todo lo previamente expuesto, este Organismo Constitucional Autónomo estima que las disposiciones controvertidas desnaturalizan el derecho a la consulta indígena, por lo que se solicita que esa Suprema Corte de Justicia de la Nación declare su invalidez, por ser contrarias al parámetro de regularidad constitucional.

⁴⁹ Encuesta Intercensal de 2015, Principales resultados, INEGI, visible en la siguiente liga electrónica: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf

2. Normas que acotan la procedencia de la consulta.

En el presente apartado se exponen los argumentos por los cuales se considera que algunas disposiciones contenidas en la ley impugnada limitan de manera injustificada el derecho de los pueblos y comunidades indígenas de ser consultados en medidas susceptibles de afectarles directamente.

a) La susceptibilidad de afectación debe ser negativa.

Esta Comisión Nacional considera que el artículo 4, en su fracción XIV, de la ley multicitada, restringe la procedencia del derecho a la consulta de dichos pueblos y comunidades en la entidad, lo cual se opone a la Constitución Federal y a los instrumentos internacionales en la materia.

Para explicar este apartado, resulta pertinente transcribir la disposición mencionada:

"Artículo 4.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

*XIV. Susceptibilidad de afectación: La posibilidad y probabilidad de que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, su vida, organización, o entorno puedan sufrir alteraciones **negativas** derivadas de una medida legislativa o administrativa. Para la procedencia de la consulta previa, libre e informada, no se requiere que se actualicen las afectaciones."*

Como se advierte, la norma en comento precisa que la susceptibilidad de afectación se entiende como la posibilidad y probabilidad de que los indígenas y afromexicanos puedan sufrir alteraciones **negativas** derivadas de una medida legislativa o administrativa.

En ese sentido, se advierte que el legislador restringe la procedencia del derecho a la consulta indígena sólo en los casos en los que las medidas estatales puedan **afectar negativamente** en los derechos que tiene reconocidos, circunstancia que **no resulta acorde con los estándares nacionales e internacionales** en la materia.

Llama la atención de esta Institución Nacional que la definición de susceptibilidad de afectación tiene un papel determinante para determinar los casos en los que la autoridad estatal tiene la obligación de consultar a esos sectores poblacionales,

condición que se encuentra prevista a lo largo de todo el entramado normativo de la ley impugnada.⁵⁰

Así, el efecto que tiene la disposición que se tilda de inconstitucional genera una limitación para la procedencia de la consulta exclusivamente ante actos estatales que puedan significar una "posible afectación negativa" en los derechos de los indígenas. Con ello, el Congreso local acotó la procedencia de la consulta a ese único supuesto.

Para llegar a esa conclusión es necesario referir que, como ya se indicó desde el apartado introductorio, esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sostenido de manera reiterada que para determinar la procedibilidad de la consulta es necesario verificar si las acciones de las autoridades estatales son susceptibles de afectarles directamente, y si las mismas pueden tener un impacto significativo **en sus derechos, vida y entorno.**

Además, como se dijo en el apartado de generalidades el derecho a la consulta, el deber por parte del Estado de consultar a los pueblos y comunidades indígenas no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que se puedan llegar a dañarse, y **precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.**⁵¹

Lo anterior tiene su fundamento internacional en el artículo 6.1, inciso a), del Convenio 169 de la OIT, el cual establece la obligación de los Estados de consultar a los indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, sin que se condicione a si la referida "afectación" en sus derechos debe tener la característica de ser negativa o positiva.

Lo anterior se corrobora con la definición de dicho vocablo. Una de las acepciones de la palabra "afectar", de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, es atañer o incumbir a alguien.⁵² Consecuentemente, cuando el artículo 6 del Convenio

⁵⁰ Véanse los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 9, 11, 13, 15, 16, 17, 33, 34, 61, 62, 63, 66 y 69 de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca.

⁵¹ Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 631/2012, en sesión del 08 de mayo de 2013, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

⁵² Afectar.

169 de la OIT utiliza esa palabra viene a significar que la consulta indígena debe verificarse ante cualquier medida que interese a esos pueblos y comunidades, sin importar si el asunto sometido a consulta puede implicar un daño o beneficio potencial o inminente para ellos, lo cual, además, derivaría de un juicio apriorístico por parte del Estado como obligado a implementar el procedimiento.

En esa misma línea, la Oficina Internacional del Trabajo ha puntualizado que la obligación de llevar a cabo un proceso de consulta se genera solamente cuando la medida que se prevé adoptar puede afectar de manera positiva o negativa los derechos colectivos de un pueblo o comunidad indígena y que se considera que una medida puede tener afectación en sus derechos cuando, al llevar a la práctica la medida propuesta, se va a producir un cambio en la situación jurídica de los pueblos y comunidades indígenas o en el ejercicio de sus derechos.⁵³

Así, resulta inconcuso que el legislador oaxaqueño introduce como criterio para delimitar la procedencia de la consulta que las acciones del estado causen un impacto forzosa y necesariamente negativo en los derechos de los pueblos y comunidades originarios, hipótesis que se aparta de los criterios que han sostenido tanto esa Corte Constitucional mexicana como el Tribunal Interamericano, mismo que ha sido reiterado en el tiempo a través de sus trabajos jurisdiccionales.

Lo anterior contraviene el parámetro de regularidad constitucional en la materia, en virtud de que la disposición obliga a anticipar los potenciales resultados de la medida, esto es, que el sujeto obligado a realizar la consulta lleve a cabo un ejercicio especulativo -incluso con un posible desconocimiento de especificidades políticas, sociales, económicas o culturales del entorno de algún pueblo o comunidad originario- que le permita colegir la afectación negativa en los derechos de los colectivos indígenas y afromexicanos.

1.tr. Poner demasiado estudio o cuidado en las palabras, movimientos, adornos, etc., de modo que pierdan la sencillez y naturalidad.

2. tr. **fangir** (dar a entender lo que no es).

3.tr. Dicho de una cosa: Hacer impresión en alguien, causando en él alguna sensación. U. t. c. prnl.

4. tr. Atañer o incumbir a alguien.

Véase Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>>

⁵³ Cfr. Oficina Internacional del Trabajo, "Convenio Núm. 169 de la OIT. El derecho a la consulta", consultable en la siguiente liga electrónica: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_445528.pdf

De tal manera, la norma controvertida se traduce en una restricción o limitación para la procedencia de la consulta en perjuicio de las comunidades, pues sólo se prevé para las medidas que presuntamente impacten negativamente en sus derechos, vida o entorno, excluyendo a aquellas que –en su caso– posiblemente tengan un impacto positivo, obstaculizando su participación sin justificación alguna al negarles intervenir en su proceso de creación.

Ello, sin desconocer que, precisamente, una de las consecuencias y objetivos del procedimiento de consulta es verificar si la medida efectivamente les afecta y, de ser así, si el impacto es positivo o negativo, respecto de lo cual se podrían, en su caso, realizar los ajustes correspondientes y llegar a un acuerdo entre las personas consultadas y el ente estatal obligado a efecto de mitigar o compensar el resultado perjudicial o de acoplar alguna circunstancia favorable de la mejor manera posible al contexto del pueblo o comunidad en cuestión.

Lo anterior es así, toda vez que sólo los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, a través de la consulta, son quienes dilucidarán si les resulta benéfica o perjudicial la medida, en razón de que son ellos quienes únicamente conocen sus necesidades y preocupaciones.

Por lo tanto, si los criterios y estándares en la materia suponen que la consulta debe practicarse cuando exista **cualquier acto estatal susceptible de impactar en la vida o entorno de las personas que se identifican como indígenas**, independientemente si el efecto que puedan tener en sus derechos les resulta positivo o negativo, dado que para llegar a tal conclusión es necesaria la consulta, es evidente la inconstitucionalidad de la norma reclamada.

A efecto de ejemplificar la restricción que la norma ocasiona respecto de medidas que pudieran estimarse positivas para los pueblos y comunidades originarias, se aludirán algunos casos con base en sentencias emitidas por esa Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la acción de inconstitucionalidad 84/2016 se resolvió declarar la invalidez del Decreto número 624, por el que se expidió la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma Intercultural de Sinaloa, ya que no se celebró consulta.

En ese asunto, el Tribunal Pleno razonó que al tratarse de un ordenamiento que creó una universidad estatal de carácter especializado, cuyo objeto era atender

directamente las necesidades de educación superior de los pueblos y comunidades indígenas en la entidad, brindando atención gratuita en sus necesidades de educación superior, el Congreso local tenía la obligación de consultarles directamente, previo a la emisión de la norma impugnada.⁵⁴

Por otra parte, en la acción de inconstitucionalidad 108/2019 y su acumulada 118/2019, el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la invalidez del Decreto 203 que reformó, derogó y adicionó diversos artículos del Código Electoral del Estado de Hidalgo, al concluir que en su emisión no se había llevado la consulta indígena conforme a los estándares mínimos establecidos en la jurisprudencia nacional e internacional, siendo necesario, toda vez que las medidas legislativas introducidas guardan una relación directa con los intereses y derechos de los grupos y pueblos indígenas en esa entidad, ya que configuran un procedimiento para la migración del modelo de elección, bajo el sistema de partidos, a uno que permita la selección a través del sistema normativo interno de los pueblos y comunidades indígenas.⁵⁵

En la misma línea, al resolver la acción de inconstitucionalidad 116/2019 y su acumulada 117/2019, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto número 204, que reformó el artículo 5° de la Constitución Política del Estado de Hidalgo.

Lo anterior, porque el mencionado Decreto tuvo el objeto de reconocer que los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a la protección, salvaguarda, preservación, promoción y desarrollo integral de su patrimonio cultural, así como garantizar su derecho a la libre determinación y a la autonomía para acceder y desempeñar cargos públicos y de elección popular, y para establecer que toda persona tiene derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos del Estado o entidad y sus municipios. Toda vez que se trataba de modificaciones susceptibles de afectarles directamente, debió cumplirse con la obligación de consultar en forma previa, sin embargo, ese procedimiento no se llevó a cabo.⁵⁶

⁵⁴ Resuelta en sesión pública del 28 de junio de 2018, bajo la ponencia del Ministro Eduardo Medina Mora.

⁵⁵ Resuelta en sesión pública del 05 de diciembre de 2019, bajo la ponencia de la Ministra Yasmín Esquivel Mossa.

⁵⁶ Resuelta en sesión pública del 12 de marzo de 2020, bajo la ponencia del Ministro Luis María Aguilar Morales.

En principio, podría considerarse que los decretos combatidos apuntados no introducían cambios normativos en las leyes citadas que pudieran considerarse negativos para esos pueblos y comunidades indígenas, sino por el contrario, el legislador pretendió diseñar esas medidas para beneficiarlos directamente.

No obstante, el análisis de la regularidad constitucional de las normas combatidas en las acciones de inconstitucionalidad indicadas se hizo con base en el parámetro objetivo determinado por la Corte Interamericana y la Suprema Corte de Justicia de la Nación consistente en que las autoridades legislativas deben llevar a cabo procedimientos de consulta indígena cuando la actividad del Estado tenga relación con los intereses y derechos de los grupos indígenas involucrados, sin hacer un previo examen sobre si la medida pudiera resultar benéfica o perjudicial.

Admitir lo contrario significaría afirmar que corresponde al legislador dilucidar cuándo una norma vulnera o no sus derechos, lo que resulta impreciso, pues ello corresponde a los pueblos y comunidades indígenas ya que nadie más que ellos conoce sus necesidades y preocupaciones.

En ese sentido, cuando la disposición combatida señala que la consulta se celebrará cuando exista susceptibilidad de afectación a los indígenas, esto es, cuando puedan “sufrir alteraciones negativas derivadas de una medida legislativa o administrativa”, se traduce en: i) una limitación de ese derecho, ya que acota la procedencia de la consulta sólo a determinados casos, y ii) que cuando la autoridad estime que las medidas legislativas pueden serles benéficas aparentemente, no existe obligación de consultar.

Como corolario, de la revisión de los resultados de la consulta indígena de la cual derivó la ley impugnada en el presente escrito, visibles en el dictamen rendido por la Comisiones Permanentes Unidas de Asuntos Indígenas y Migración, Democracia y Participación Ciudadana, Administración y Procuración de Justicia y Derechos Humanos de la LXIV Legislatura,⁵⁷ en el Foro Regional llevado a cabo en el municipio de Santiago Jamiltepec de Oaxaca, así como en la mesa 3 del Foro regional consultivo celebrado en el municipio de Juchitlán de Zaragoza, ambos el 30 de noviembre de 2019, se propuso “que los proyectos que tengan beneficios deban ser consultados no solamente en los que impliquen un perjuicio” y que “cuando se habla de los

⁵⁷ Consultable en la siguiente liga electrónica:

<https://docs64.congresoaxaca.gob.mx/documents/dictamen/839.pdf>

Proyectos que impliquen afectaciones a los pueblos indígenas se les adicione y beneficios, para que los pueblos indígenas puedan ser consultados y escuchados”, respectivamente.

De ello se desprende que algunas personas identificadas como indígenas observaron las limitaciones que podría significar que la susceptibilidad de afectación sólo se refiera a alteraciones negativas, excluyendo a aquellas que puedan resultar benéficas, mermando la posibilidad de que puedan ser escuchados cuando se trate de ciertas medidas.

No obstante, tales preocupaciones no fueron atendidas por el legislador local, quien determinó que el criterio para la procedencia de la consulta sólo se referirá a posibles alteraciones negativas, lo cual como se ha argumentado, se estima contrario a la Constitución y los instrumentos nacionales en la materia.

En conclusión, este Organismo Nacional considera que el diseño de la norma controvertida que adopta un criterio para la procedencia de la consulta sólo cuando se trate de afectaciones negativas no resulta acorde con los estándares nacionales e internacionales en materia de consulta previa y, por lo tanto, contraviene el parámetro de regularidad constitucional, por lo que debe declararse su invalidez.

b) Supuestos de improcedencia de la consulta.

La Ley de consulta de Oaxaca estableció en su artículo 8 las hipótesis por las cuales no procederá la consulta, en los siguientes términos:

“Artículo 8. La consulta no será procedente en los siguientes casos:

- I. Las acciones emergentes de combate a epidemias;*
- II. Las acciones emergentes por desastres naturales; y*
- III. Las Leyes Fiscales.”*

Para este Organismo Autónomo, la disposición trasunta conforma una enunciación de supuestos que constituye una exclusión *ex ante* y tajante de cuestiones sobre las cuales los pueblos y comunidades originarias de Oaxaca no podrán ser consultados.

Dicha enunciación taxativa de los casos en que no procederá la consulta restringe el derecho a la consulta indígena, al ser el legislador quien *a priori* determina, a su juicio y arbitrio, cuáles son las medidas que no pueden perjudicar a los pueblos y

comunidades indígenas y que, por ende, no ameritan que se implemente el diálogo con el mencionado sector a través de este mecanismo.

No pasa desapercibido para esta Comisión Nacional que varias disposiciones de la ley en comento siguen el criterio de que existe la obligación de consultar cuando se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente a los pueblos y comunidades originarias.

Sin embargo, el artículo 8 de la ley se opone al contenido del propio ordenamiento al señalar en qué casos no se llevará a cabo la consulta, lo cual contradice el objetivo de dicho derecho, que busca garantizar la participación efectiva de ese sector en la toma de decisiones respecto de actos estatales que pueda significarles una posible afectación, cualquiera que estos sean, con el propósito de que sus derechos no resulten perjudicados.

Como ya se anotó anteriormente, para que los Estados determinen cuando procede la celebración de una consulta, deben atender al caso concreto, evaluando si la medida es susceptible de afectarles y si puede constituir un impacto significativo en su vida o entorno.

Por ello, necesariamente la calificación de la procedencia es casuística, pues deben valorarse una diversidad de contextos y situaciones en concreto, esto es, la comunidad indígena de la que se trata, sus usos y costumbres, sistemas normativos internos, la naturaleza de la medida, el ámbito geográfico, los aspectos sociales, culturales y su posible impacto, así como la gravedad que podía tener en su entorno.

En tal sentido, el artículo impugnado establece expresamente cuáles son las materias que quedan exceptuadas de la consulta previa, en contravención a los fines de dicho derecho, pues la calificación de su procedencia debe atender, como ya se manifestó antes, al caso concreto de la medida a consultar.

Evidentemente, no puede corresponder al legislador estatal la decisión sobre qué materias pueden ser sometidas a consultas y cuáles no, ya que para determinar si cierta medida debe someterse a estos procedimientos debe regir el criterio de susceptibilidad de afectación y el de impacto significativo en la vida, entorno y derechos de las comunidades y pueblos originarios y afromexicanos, quienes son los únicos facultados para determinar si una medida les puede afectar positiva o negativamente, y si lo hace en mayor o en menor proporción.

Consecuentemente, el Congreso local perdió de vista que las consultas deben celebrarse cuando se trate de cuestiones susceptibles de afectarles sea cual sea la materia sobre la que versen. Por ello, para la efectividad del derecho a la consulta no debe quedar subordinado a la actualización de una hipótesis determinada sino a la posibilidad de afectación que se pudiera generar.

Así, el legislador previó que cuando la medida estatal verse sobre acciones emergentes de combate a epidemias o por desastres naturales, o cuando se trate de leyes fiscales, no será procedente la consulta, por lo que es inconcuso que la prescripción normativa limita el derecho a la consulta en perjuicio de los indígenas y afromexicanos.

Con la norma, el legislador pasa por alto que pudiera darse algún caso en que una determinada medida, cuya materia se encuentra englobada en las expresamente prohibidas por la ley, sí pudiera tener un impacto directo en los derechos, vida y entorno de los pueblos y comunidades indígenas, pero ante la existencia de la disposición, esos grupos y comunidades encontrarían obstáculos para que pueda ser sometida a consulta ya que fue excluida por la ley expresamente.

Por citar unos ejemplos, esto podría ocurrir con alguna facilidad administrativa de índole fiscal para el cumplimiento de obligaciones tributarias por parte de las personas indígenas; con la realización de medidas de protección ante una situación de riesgo originada por un desastre natural ocurrido en sus tierras o territorios, o que con motivo de una acción emergente para combatir epidemias se pongan en diseñen estrategias que repercutan en el ejercicio de su derecho a la salud.

Lo anterior no quiere decir que este Organismo Autónomo afirme que en todos esos casos debe llevarse a cabo una consulta sin excepción, ya que podrían ocurrir casos en los que se apliquen medidas a la población en general que no incida de manera directa en el entorno indígena o afromexicano que no supongan la necesidad de realizar la consulta, o bien, por diversas circunstancias fácticas que no lo hagan posible dada la urgencia u otros factores, sino más bien que no resulta válido que el legislador excluya apriorísticamente supuestos que no pueden ser sometidas a consulta, pues ello significaría soslayar sus necesidades.

En el caso de que se actualice alguna de las hipótesis enunciadas en el artículo 8, deberá valorarse la pertinencia de celebrar la consulta en atención al caso específico que, por sus particularidades y viabilidad, la autoridad advierta que con la ejecución

de la medida se afecta algún derecho de los indígenas y que, por ello, deba realizarse dicho procedimiento de participación.

Esto es, el Estado debe evaluar si en una situación en concreto la medida afecta directamente a los pueblos y comunidades indígenas, mediante un razonamiento casuístico y específico, más no excluir desde la ley esa posibilidad.

Por lo anterior, se concluye que el artículo 8 de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígena y Afromexicanos para el Estado de Oaxaca, al establecer terminantemente cuáles materias quedan fuera de esos procedimientos, constituye una limitación al derecho de los pueblos y comunidades indígenas que es incompatible con los estándares nacionales e internacionales existentes, por que debe declararse su invalidez.

SEGUNDO. El Título Sexto de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca regula diversas medidas precautorias y medios de impugnación tendentes a salvaguardar el derecho a la consulta de esos sectores poblacionales, los cuales serán competencia de la Sala de Justicia Indígena del Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad federativa.

No obstante, el legislador fue omiso en prever alguna norma procesal o, en su caso, de aplicación supletoria que regule la actuación de ese órgano jurisdiccional al dar curso a las actuaciones que deban observarse y llevarse a cabo en los procedimientos y juicios correspondientes.

Con ello, se vulnera el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los gobernados, específicamente indígenas y afromexicanos, quienes al desconocer las reglas que se seguirán para el trámite de esos procesos no tendrán certidumbre de la secuela procesal correspondiente, lo que impide hacer justiciable su derecho a la consulta de manera adecuada.

En el presente concepto de invalidez se expondrán los argumentos por los cuales se considera que el legislador local incurrió en una omisión legislativa relativa de una competencia de ejercicio obligatorio, toda vez que no estableció en la ley ninguna disposición que regule el procedimiento por el cual se tramitarán y resolverán las medidas precautorias y los medios de impugnación relacionados a las

determinaciones de la Secretaría de Pueblos Indígenas y Afromexicanos relativos a la celebración de la consulta.

Lo anterior, a juicio de esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos, vulnera el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva en perjuicio esos sectores poblacionales.

Para abordar los argumentos que sostienen la inconstitucionalidad alegada, el presente concepto de invalidez se divide en tres apartados.

En el primero se exponen los criterios de ese Alto Tribunal relacionados con la procedencia de la acción de inconstitucionalidad ante una omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio.

Posteriormente, se desarrollarán los aspectos esenciales sobre los alcances de los derechos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y su relación con el derecho de seguridad jurídica y con las formalidades esenciales del procedimiento.

Finalmente, la última sección se dedicará a sostener la inconstitucionalidad del Título Sexto del ordenamiento en comento.

A. Acción por omisión relativa en competencias de ejercicio obligatorio.

Como se esbozó en líneas previas, con motivo de la expedición de la ley de consulta en cuestión, el legislador instituyó medidas precautorias y un medio de defensa para hacer respetar, garantizar y proteger el mencionado derecho de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

Sin embargo, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos advierte que el legislador fue omiso en expedir la normatividad adjetiva o procesal que regirá la secuela de estos procedimientos, aún cuando ello constituye un mandato que deviene de la Constitución Federal, toda vez que, para hacer posible la realización del derecho de acceso a la justicia y la seguridad jurídica –entre otros derechos–, es necesario que el legislador defina con claridad cómo es que se ventilarán los procesos seguidos ante las autoridades jurisdiccionales.

Como se advierte, la premisa fundamental de la que parte el presente concepto de invalidez consiste en la factibilidad de la impugnación con motivo de una omisión

relativa por parte del Congreso de Oaxaca, que se traduce en una deficiencia normativa que vulnera derechos fundamentales.

Al respecto, ese Alto Tribunal ha definido los supuestos de omisiones legislativas en que pueden incurrir los órganos legislativos cuando expiden leyes de manera precaria o deficiente en una determinada materia.

De manera inicial, es importante precisar los tipos de competencias que atañen a los poderes públicos en el orden constitucional mexicano –de acuerdo con la interpretación del Máximo Tribunal del país– las cuales se expresan de varias maneras, conforme a lo siguiente:

- Aquéllas que dictan prohibiciones expresas, que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas.
- Por otro lado, existen aquéllas que son de ejercicio potestativo, en las cuales el órgano estatal puede decidir si ejerce o no la atribución conferida.
- Finalmente, también se identifican las **competencias de ejercicio obligatorio**, en las cuales el órgano se encuentra obligado a ejercer la competencia establecida en la Constitución.⁵⁸

De esta clasificación general que comprende los tipos de atribuciones que determinan el actuar de las autoridades del Estado, en atención a la naturaleza y funciones que desarrollan y de acuerdo con el reparto competencial que se establece por el sistema constitucional, esa Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la clasificación de las facultades conferidas específicamente a los órganos legislativos, de la siguiente forma:

- Las facultades de ejercicio potestativo son aquellas en las que dichos órganos pueden decidir si las ejercen o no y el momento en que lo harán; de manera que esta competencia en sentido estricto no implica una obligación, sino la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, es decir, los órganos legislativos cuentan con la

⁵⁸ Véase la sentencia de la controversia constitucional 14/2005, resuelta por el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión pública de fecha 03 de octubre de 2005, bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

potestad de decidir libremente si crean determinada norma jurídica y el momento en que lo harán.

- Por otro lado, las facultades de ejercicio obligatorio con aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de hacer por parte de los órganos legislativos a los que se les han otorgado, con la finalidad de lograr un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones; de ahí que si no se realizan, el incumplimiento trae aparejada una sanción. En este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias.⁵⁹

La distinción entre ambos tipos de facultades trae distintas implicaciones al órgano legislativo, pues, por un lado, el orden constitucional le faculta para crear, modificar o suprimir normas de carácter general, que quedará a su arbitrio o decisión de hacer uso o no de dicha atribución, sin que ello le implique una obligación; pero en otro orden de ideas, se encuentran aquellas facultades determinadas por las normas que conforma un mandato de ejercicio expreso que se traduce en una obligación de realizarla por parte de ese órgano constituido.

Ese Máximo Tribunal del país ha sostenido que existen dos opciones en relación con el no ejercicio de las competencias concedidas a los órganos legislativos:

1. Omisión absoluta: Se actualiza cuando el órgano legislativo del Estado no ha ejercido su competencia de crear leyes en ningún sentido, ni ha externado normativamente ninguna voluntad para hacerlo, de ahí que la misma siga siendo puramente potencial.

- Omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio: Sucede cuando el órgano legislativo tiene una obligación o mandato relativo a la expedición de una ley determinada, y no la haya expedido.

⁵⁹ Tesis de jurisprudencia P./J. 10/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1528, de rubro: "ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES".

- Omissiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo: Comprende aquellas en las que el órgano legislativo decide no actuar, debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga.
2. Omisión relativa: Ocurre cuando el órgano legislativo puede haber ejercido su competencia, pero de manera parcial o simplemente no realizándola de manera completa e integral, impidiendo así el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.
- Omisión relativa en competencias de ejercicio obligatorio: cuando el órgano legislativo la emita, teniendo la obligación o un mandato relativo a la expedición de cierta ley, pero lo haga de manera incompleta o deficiente.
 - Omissiones relativas en competencias de ejercicio potestativo: cuando el órgano legislativo decida hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley, lo haga de manera incompleta o deficiente.⁶⁰

Una vez expuesta la tipología de las omisiones en que puede incurrir un órgano creador de normas, es dable afirmar que esa Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la acción de inconstitucionalidad sí procede contra omisiones legislativas, principalmente cuando se trata de omisiones relativas en competencia de ejercicio obligatorio, esto es, cuando la legislación se emite teniendo la obligación o mandato constitucional de expedirla, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente.

Lo anterior, para garantizar el cumplimiento completo y eficaz de todo mandamiento constitucional, pues cuando el poder legislativo incumple una de las obligaciones que expresamente le fue conferido por la Constitución Federal, su actuación se vuelve objeto de control constitucional.

⁶⁰ Véase la sentencia de la controversia constitucional 14/2005, resuelta por el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión pública de fecha 03 de octubre de 2005, bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

B. Derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, así como su relación con la seguridad jurídica y las formalidades esenciales del procedimiento.

El artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución General de la República establece que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, y que su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

De la interpretación de dicha disposición constitucional se advierte que la Norma Suprema garantiza a favor de los gobernados el derecho de acceso efectivo a la justicia.

El Máximo Tribunal del país ha sostenido que de dicho precepto se desprende lo siguiente:⁶¹

- Se garantiza a los gobernados el disfrute de distintos derechos relacionados con la administración de justicia.
- Entre los diversos derechos fundamentales que se tutelan en ese numeral se encuentra el relativo a tener un acceso efectivo a la administración de justicia que desarrollan los tribunales; precisando que, para su debido acatamiento no basta el que se permita a los gobernados instar ante un órgano jurisdiccional, sino que el acceso es efectivo en la medida en que el justiciable, de cumplir con los requisitos justificados constitucionalmente, pueda obtener una resolución en la que mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos cuya tutela jurisdiccional ha solicitado.
- La impartición de la administración de justicia solicitada por los gobernados y, por ende, el efectivo acceso a la justicia se debe sujetar a los plazos y términos que fijen las leyes.

⁶¹ Sentencia dictada por el Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 35/2000, en sesión del 10 de septiembre de 2001, bajo la ponencia del Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, p. 39.

- Los plazos y términos que establezcan las leyes, es decir, la regulación de los respectivos procedimientos jurisdiccionales que deben garantizar a los gobernados un efectivo acceso a la justicia, por lo que los requisitos o presupuestos que condicionan la obtención de una resolución sobre el fondo de lo pedido deben encontrarse justificados constitucionalmente, lo que sucede, entre otros casos, cuando tienden a generar seguridad jurídica a los gobernados que acudan como partes a la contienda, o cuando permiten la emisión de resoluciones prontas y expeditas, siempre y cuando no lleguen al extremo de hacer nugatorio el derecho cuya tutela se presente.

El contenido del derecho fundamental de acceso a la tutela jurisdiccional ha sido entendido como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la esas cuestiones y, en su caso, se ejecute tal decisión.⁶²

En otros términos, consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas.⁶³

⁶²Véase: tesis de jurisprudencia 1a./J. 42/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, materia constitucional, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abril de 2007, p. 124, de rubro: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES." y tesis de jurisprudencia 1a./J. 103/2017 (10a.), de la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, materia constitucional, publicado en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, p. 151, de rubro: "DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN."

⁶³ Tesis de jurisprudencia P./J. 113/2001, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, materia constitucional, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, septiembre de 2001, p. 5, de rubro: "JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL."

La importancia de ese derecho recae en que posibilita que los gobernados puedan acudir ante el órgano jurisdiccional, a fin de que éstos les administren justicia ante cualquier eventual conflicto de intereses y para hacer valer sus derechos.

Por ello, la protección de tal garantía no se dirige únicamente a la autoridad judicial. Como lo ha puntualizado la Primera Sala del Máximo Tribunal, dentro del contexto de estado social y democrático de derecho como lo es el nuestro, el derecho a la justicia "no sólo resulta exigible para las autoridades de naturaleza jurisdiccional o bien, para aquellas que realicen actos materialmente jurisdiccionales, sino también para la diversa de naturaleza legislativa, la cual, deberá concurrir al cumplimiento de dicho mandato fundamental mediante el establecimiento de normas adecuadas para dicho propósito, esto es, a través del diseño e incorporación en las leyes de las instituciones y recursos necesarios para garantizar a los gobernados el derecho a un real y efectivo acceso a la justicia; amén de que en todos los casos, dicha autoridad legislativa también deberá fijar en las leyes expedidas al efecto, plazos y términos generales, razonables y objetivos a los que se deberán de sujetar tanto las autoridades como las partes durante la tramitación de un proceso de cualquier naturaleza".⁶⁴

Precisamente en relación con ello, desde la quinta época, ese Alto Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el artículo 17 constitucional, al elevar a la categoría de lo entonces conocido como garantía individual -ahora derecho humano o fundamental- la "expedita administración de justicia", la limitó a los términos y plazos que fijen las leyes correspondientes, lo que quiere decir que al "expedirse las disposiciones reglamentarias de las funciones jurisdiccionales de los tribunales de la República, han de fijarse las normas que regulan las actividades de las partes y de los Jueces para obtener la intervención de éstos, para que decidan sobre las cuestiones surgidas entre particulares".⁶⁵

De tal suerte que, hasta criterios recientes, ese Supremo Tribunal ha sido consistente en establecer que el artículo 17 constitucional consagra el principio de "reserva de ley" única y exclusivamente en favor de la autoridad legislativa (contenido en la expresión normativa "... en los plazos y términos que fijen las leyes ..."), que responde a una exigencia social de alta envergadura, consistente en la necesidad de que el

⁶⁴ Sentencia dictada por Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 213/2012, en sesión del 23 de mayo de 2012, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

⁶⁵ Tesis aislada de la extinta Tercera Sala de ese Máximo Tribunal, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XLVIII, p. 1014, de rubro: "ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, EXPEDICIÓN DE LA."

legislador al crear la ley, garantice la seguridad jurídica a los gobernados, a fin de que tanto éstos puedan ejercer sus derechos de acción y defensa dentro de límites temporales racionales, así como también, para que la autoridad dentro de esa misma lógica, cumpla con su obligación de brindarles tutela judicial efectiva.⁶⁶

Lo anterior también se desprende de la tesis aislada de clave 1a. LV/2004, emitida por la Primera Sala de esa Corte Constitucional, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, mayo de 2004, página 511, como se lee a continuación:

"ACCESO A LA JUSTICIA. SÓLO EL LEGISLADOR PUEDE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES. La reserva de ley establecida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la que se previene que la impartición de justicia debe darse en los 'plazos y términos que fijen las leyes', responde a la exigencia razonable de ejercer la acción en lapsos determinados, de manera que de no ser respetados podría entenderse caducada, prescrita o precluida la facultad de excitar la actuación de los tribunales. Esto es, la indicada prevención otorga al legislador la facultad para establecer plazos y términos razonables para el ejercicio de los derechos de acción y defensa, pero sólo a él y no a alguna otra autoridad."

Incluso, el contenido de la tesis antepuesta ha sido integrado a la diversa tesis de jurisprudencia 1a./J. 14/2012 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Tomo 1, agosto de 2012, página 62, de rubro **"ACCESO A LA JUSTICIA. LA FACULTAD DE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS RAZONABLES PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE AL LEGISLADOR."**

Hasta lo aquí explicado, es dable afirmar que el derecho de acceso a la justicia garantiza que los gobernados puedan acudir ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que puedan obtener una resolución y se resuelva efectivamente la controversia planteada. Sin embargo, el respeto y observancia de ese derecho no se circunscribe sólo a la actuación de los poderes judiciales, sino que por mandato constitucional requiere la imperiosa intervención del órgano creador leyes.

⁶⁶ Sentencia dictada por Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 213/2012, en sesión del 23 de mayo de 2012, bajo la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Por tanto, la participación de los órganos legislativos se manifiesta en el establecimiento de normas que definan la actuación de las autoridades jurisdiccionales y de las partes para intervenir en los procesos y procedimientos ventilados con el propósito de resolver de manera efectiva determinado asunto, cuyo mandato deriva directamente de la Constitución Federal, por lo que se trata de una facultad legislativa de ejercicio obligatorio.

Efectivamente, la obligación del legislador en relación con la protección y garantía de ese derecho humano recae en el establecimiento de normas que den certeza y seguridad a los gobernados al permitirles ejercer sus derechos de acción y defensa, así como para hacer efectivos otros de sus derechos constitucionalmente reconocidos y, por otra parte, para que conozcan las reglas que fijén la intervención de la autoridad judicial, la cual, a su vez, esté en posibilidad de brindar tutela judicial efectiva.

Al respecto, es importante tener presente que nuestra Norma Suprema reconoce en sus artículos 14 y 16 el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, los cuales constituyen prerrogativas fundamentales por virtud de las cuales toda persona se encuentra protegida frente al arbitrio de la autoridad estatal.

Los principios de legalidad y seguridad jurídica, respecto de los cuales se ahondará en el tercer concepto de invalidez, constituyen un límite para el actuar de todo el Estado mexicano, por lo que su espectro de protección no se acota exclusivamente a la aplicación de las normas y a las autoridades encargadas de llevar a cabo dicho empleo normativo.

En esa consideración, el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad se hacen extensivos al legislador, como ente creador de normas, quien se encuentra obligado a establecer disposiciones en cumplimiento de las obligaciones constitucionales, las cuales deben ser claras y precisas de manera que no den pauta a arbitrariedad estatal y, además, que permitan a los destinatarios de la norma tener plena certeza en cuanto a quién se dirige la disposición, su contenido y la consecuencia de su incumplimiento.

Por ende, las garantías constitucionales contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal **parten de un principio de certeza en cuanto a la aplicación de disposiciones constitucionales y legales que definen la forma en que las**

autoridades del Estado han de actuar y que la aplicación del orden jurídico será eficaz.⁶⁷

En ese orden de ideas, el derecho de seguridad jurídica en atención al principio de interdependencia, se relaciona de manera especial con todos los demás derechos fundamentales, pues otorga certidumbre acerca de la actividad estatal y de las condiciones de ejercicio de otros derechos. En el caso, tiene una vinculación necesaria con el derecho de acceso a la justicia pues el Estado está obligado a regular los medios de impugnación y recursos judiciales de tal forma que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de las condiciones para su acceso,⁶⁸ incluso la forma en que se desarrollarán hasta llegar a la decisión definitiva y, en su caso, su ejecución.

De conformidad con lo anterior, la existencia de leyes que definan y conduzcan la actuación de las partes y de la autoridad jurisdiccional en un proceso o procedimiento da seguridad a las personas acerca de las reglas que se acatarán cuando someta al conocimiento del órgano jurisdiccional un determinado litigio, esperando una resolución apegada a derecho.

Consecuentemente, si bien a toda persona le asiste el derecho de acudir a los tribunales a dirimir sus controversias, es indispensable que los procesos conducentes deban ejercerse dentro de los plazos y términos y con los requisitos fijados por el legislador ordinario por medio de las leyes secundarias.⁶⁹

En estrecha relación con lo anteriormente expuesto, la Segunda Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva consagra los siguientes principios:

⁶⁷ Sentencia del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 9/2011, en sesión del 31 de enero de 2013, bajo la ponencia del Ministro Sergio A. Valls Hernández.

⁶⁸ Véase Caso Castañeda Gutman vs Estado Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 110, consultable en la siguiente liga electrónica: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM01.pdf>

⁶⁹ Cfr. Tesis aislada 1a. XCII/2016 de la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, materia constitucional-civil, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, p. 1106, de rubro: "APELACIÓN. EL ARTÍCULO 691 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE LA CUANTÍA COMO REQUISITO PARA LA PROCEDENCIA DE ESE RECURSO, NO TRANSGREDE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, NI EL ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS."

- 1) Justicia pronta: que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes.
- 2) Justicia completa: consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado.
- 3) Justicia imparcial: que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido.
- 4) Justicia gratuita: que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

No obstante, para que se verifiquen esos principios, es necesaria la existencia de normas que encaucen la jurisdicción estatal y la autoridad cumpla adecuadamente con la función que le ha sido encomendada. Así, no podrían realizarse satisfactoriamente la prontitud, completitud e imparcialidad con la que deben regirse los juzgadores sin la existencia de normas que les dicten cómo deben conducirse e instruir un proceso para dar una solución al conflicto planteado si no lo hace con apego a las normas jurídicas que se expidan para tales efectos.

Además de regular la actuación de las autoridades competentes, la relevancia de que el derecho a la justicia y su tutela efectiva parta de la premisa de la existencia de normas que regulen la actuación los órganos estatales competentes y los procedimientos jurisdiccionales en los que intervengan las partes estriba en que aseguran que ninguna persona se vea privada de su derecho a exigir justicia y solicitar una solución a sus conflictos, por lo que para ello, debe conocer previamente las formalidades, requisitos, plazos, medios de defensa, entre otras reglas, de los procedimientos que instauren para defender sus derechos.

Explicado que el acceso a la tutela jurisdiccional requiere del establecimiento de normas que definan las condiciones propicias para su ejercicio a efecto de generar seguridad jurídica a los gobernados, conviene señalar las tres etapas que lo comprenden:

- (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte;
- (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y,
- (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.⁷⁰

Asentado lo que precede, también resulta necesario mencionar que el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal establece la garantía de audiencia, la cual, establece que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Bajo esa tesitura, la doctrina jurisprudencial ha sostenido la garantía de audiencia consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa de manera anterior al acto privativo de su vida, libertad, propiedad, posesiones o cualquier otro de sus derechos.

Es por ello que, para dar el debido respeto a ese mandato supremo y del diverso de acceso a la justicia, los órganos del Estado se encuentran invariablemente obligados a que en los supuestos en que pudieran afectar de manera definitiva alguno de los derechos de las personas, debe seguirse un juicio o procedimiento en el cual se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

En esa línea, es menester precisar la definición y los distintos aspectos que comprenden dichas formalidades esenciales. Ese Alto Tribunal ha sustentado reiteradamente que son aquéllas que resultan necesarias para garantizar la defensa

⁷⁰ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 103/2017 (10a.), de la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, materia constitucional, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, p. 151, de rubro: "**DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.**"

adecuada antes del acto de privación. Asimismo, estableció que aquéllas se traducen en los siguientes requisitos:

- 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias;
- 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- 3) La oportunidad de alegar; y
- 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.⁷¹

Estos componentes fundamentales que constituyen las formalidades esenciales a las que refiere el artículo 14 de la Constitución General de la República, deben acatarse en todo momento, a fin de que no se vulneren los derechos de las personas. Conforme a lo anterior, y en atención a los criterios de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, de no respetarse estos requisitos mínimos se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado y constituirían obstáculos para acceder al derecho a la justicia.

De manera adicional, se estima necesario precisar que la Primera Sala de ese Alto Tribunal ha sostenido que dentro de las garantías del debido proceso existen dos núcleos, el primero de ellos identificado como "núcleo duro", el cual debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional; mientras que el segundo se refiere a las garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado.⁷²

Ahora bien, la garantía de audiencia previa es un derecho que tienen los gobernados, no sólo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también frente al órgano legislativo, de tal suerte que éste queda obligado a consignar en las leyes que expida los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé la oportunidad de defenderse, es decir, de rendir pruebas y formular alegatos en todos aquellos casos en que puedan resultar afectados sus derechos.⁷³

⁷¹ Tesis de jurisprudencia del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Materia Constitucional - común, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO"

⁷² Tesis de jurisprudencia 1a./J. 11/2014 (10a.), de la Primera Sala de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima época, Materia constitucional-común, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, p. 396, de rubro: "DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO".

⁷³ Véanse: Tesis aislada del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, Séptima Época, Materia Constitucional, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 157-162,

Acorde con los criterios jurisprudenciales antepuestos, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos estima que es necesario, inclusive obligatorio, que los órganos legislativos establezcan la regulación que resulte pertinente y adecuada para desarrollar los mecanismos e instrumentos que permitan una defensa a las personas que pudieran verse afectadas en sus derechos, de manera previa a que se les prive o afecten los mismos o parte de ellos.

En conclusión, para que las personas puedan acceder plenamente a su derecho de acceso a la justicia, es imperioso que las legislaturas fijen las normas que regulan las actividades de las partes y de la autoridad jurisdiccional, con el propósito de que resuelvan las cuestiones planteadas y no se les deje en inseguridad jurídica respecto de las disposiciones aplicables, lo cual además constituye un presupuesto para la garantía de defensa adecuada que reconoce nuestro sistema constitucional.

C. Inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

En el caso concreto, esta Comisión Nacional advierte que el Congreso local incurrió en una omisión legislativa en competencia de ejercicio obligatorio, toda vez que dicho órgano debió observar el mandato constitucional relativo a establecer en ese ordenamiento las normas procedimentales que den curso a las medidas precautorias y medios de impugnación relacionados con el derecho a la consulta que la misma prevé, como se demostrará en el apartado correspondiente.

En el presente apartado se desarrollarán los argumentos por los que se considera que el Título Sexto de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca conculca los mencionados derechos humanos en perjuicio de los gobernados, especialmente, de los pueblos, comunidades y personas indígenas y afromexicanas que pretendan hacer justiciable su derecho a la consulta.

Para iniciar con la explicación, es oportuno hacer alusión al contenido del Título Sexto de dicha ley. Éste se intitula "De las Medidas Precautorias y Medios de Impugnación" y se compone por dos capítulos. El primero de ellos se destina a

Primera Parte, p. 23, de rubro: "AUDIENCIA, GARANTÍA DE OBLIGACIONES DEL PODER LEGISLATIVO FRENTE A LOS PARTICULARES.", así como la tesis de jurisprudencia del Tribunal Pleno, Séptima Época, Materias Constitucional y Común, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 157-162, Primera Parte, p. 305, del mismo rubro.

instituir las medidas precautorias, mientras que el segundo, por su parte, regula al juicio ante la Sala de Justicia Indígena del Tribunal Superior de Justicia del Estado.

El Capítulo I se integra por los artículos 69 a 73, que medularmente refieren lo siguiente:

- Con la finalidad de salvaguardar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanos, la Sala de Justicia Indígena podrá emitir medidas precautorias que correspondan. Bastará la solicitud oral o escrita y que se acredite de manera indiciaria el derecho vulnerado o susceptible de ser afectado, lo que será resuelto por la Sala atendiendo al principio del buen derecho.
- Cuando se trate de medidas legislativas, la medida precautoria tendrá el efecto de suspender el proceso legislativo de que se trate.
- La Sala de Justicia Indígena tendrá la facultad de imponer los medios de apremio que estime necesarios. Las autoridades están obligadas a proveer lo necesarios para el debido cumplimiento de dichas medidas. Su incumplimiento dará lugar a responsabilidades administrativas y penales de acuerdo con las disposiciones aplicables y podrá imponerse la pena de destitución.
- Si un particular tiene o pueda tener intervención en la ejecución de la medida, la autoridad responsable puede ordenarle la inmediata suspensión de la ejecución, efectos o consecuencias de dicho acto, o en su caso, que tome las medidas pertinentes para que se cumpla lo ordenado por la Sala.
- Las autoridades que deban cumplir con la medida precautoria acreditarán su debido cumplimiento en el plazo establecido.

Por su lado, el Capítulo II, que abarca los artículos del 74 a 77, sustancialmente prevé lo siguiente:

- Los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas puedan impugnar ante la Sala de Justicia Indígena las determinaciones que emita la Secretaría respectiva, sobre la decisión de que no es procedente la consulta. En esos casos ordenará la suspensión de la ejecución de la medida en los términos

previstos en la misma ley. Igualmente, podrán impugnar la decisión que ordene realizar la consulta si la comunidad decidió no aceptar dicho proceso y así lo comunicó a la mencionada dependencia.

- Las decisiones de la Secretaría y de los pueblos y comunidades en comento por la que acuerden que deba llevarse a cabo la consulta no será susceptible de impugnación por la Autoridad responsable o terceros.
- Las inconformidades que se generen durante el desahogo del proceso de consulta se harán valer al finalizar dicho proceso cuando se impugne su resultado. Lo anterior es competencia de la Sala de Justicia Indígena en términos de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.
- Que en la aplicación del ordenamiento en comento, la Sala de Justicia Indígena deberá atender a lo dispuesto por las reglas de interpretación de la misma ley, salvaguardado los derechos fundamentales de esos sectores de la población.

De conformidad con lo anterior, la ley impugnada contiene en el Título Sexto cuestiones que pretenden regular las medidas precautorias y el juicio que se promueva en contra de las determinaciones de la Secretaría de Pueblos Indígenas y Afromexicanos del Gobierno de Oaxaca, con el fin de salvaguardar el derecho a la consulta.

No obstante, aunque esta Comisión Nacional reconoce la labor del Congreso estatal de configurar medios jurisdiccionales que protejan y garanticen ese derecho fundamental, se advierte que omitió establecer las normas jurídicas aplicables al tramitarse esos procesos.

Por tanto, se estima que el legislador incurrió en una omisión legislativa parcial o relativa en competencia de ejercicio obligatorio, toda vez que, como se adelantó en el apartado anterior, derivado del parámetro establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales, que prevén el derecho a la seguridad jurídica y las formalidades esenciales del procedimiento, en conjugación con el diverso numeral 17 que consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual estableció el principio de reserva de ley, en función de lo cual la autoridad legislativa debe expedir las leyes que

regulen y establezcan las condiciones normativas idóneas con la finalidad de que las personas puedan ejercer sus derechos de acción y defensa, y para que la autoridad cumpla con su obligación de brindarles tutela judicial efectiva.

Esto es, que es el legislador está obligado a consignar en las leyes que expida los términos y prescripciones normativas necesarias para que las personas tengan certeza sobre las disposiciones que regulan las actividades de las partes y de los jueces que intervienen en un proceso a efecto de que resuelvan la cuestión planteada, en cumplimiento y respeto a los derechos de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, y se garanticen las formalidades esenciales del procedimiento.

En virtud de que el legislador oaxaqueño diseñó medios precautorios e impugnativos para asegurar la efectividad del derecho a la consulta, empero lo hizo de forma deficiente e incompleta ya que no estableció las normas aplicables para la instrucción y resolución de tales mecanismos.

Si bien es cierto que previó algunas reglas relativas a esos medios de defensa, tales como que las medidas precautorias pueden solicitarse oralmente o por escrito, expresando la información relacionada con la medida que se acredite de manera indiciaria el derecho vulnerado o susceptible de ser afectado (artículo 69); los efectos suspensivos a los que dará lugar la medida precautoria (artículos 70 y 72); la facultad de apremio que tiene la Sala de Justicia Indígena (artículo 71); el plazo para que las autoridades rindan el informe circunstanciado que acredite el cumplimiento de las medidas precautorias (artículo 73) y que las inconformidades que se generen durante el desahogo del proceso consulta se harán valer cuando finalice (artículo 76) mas no estableció ninguna disposición que regule esos procesos.

No obstante, se observa que no contiene ninguna norma que regule el proceso correspondiente. Doctrinalmente, se conoce que todo proceso se divide en dos grandes etapas: instrucción y juicio o resolución.⁷⁴

La instrucción procesal se encuentra en todo tipo de procesos y engloba todos los actos procesales, tanto del tribunal como de las partes y de los terceros, por cuyo medio se fija el contenido del debate, se desarrolla toda la actividad probatoria y se formulan las conclusiones o alegatos de las partes. Es otros términos, es toda una

⁷⁴ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10ª ed., México, Oxford, 2012, pp.113-116.

primera fase de preparación, que permite al juez o tribunal concentrar todos los datos, elementos, pruebas, afirmaciones, negativas y deducciones de todos los sujetos interesados y terceros que hacen posible que dicte la sentencia.⁷⁵

Esta fase se divide en las siguientes etapas:

- Etapa postulatoria. En esta etapa, las partes en el proceso plantean sus pretensiones y resistencias, relatan los hechos, exponen lo que conviene a sus intereses y aducen los fundamentos de derecho que consideran les son favorables.
- Etapa probatoria. Se desenvuelve en cuatro momentos: ofrecimiento de la prueba, admisión de la prueba, preparación de la prueba y desahogo de la prueba.
- Etapa preconclusiva, en donde las partes rinden sus alegatos o conclusiones.⁷⁶

La segunda etapa o parte del proceso es el juicio, a través del cual se dicta o pronuncia la resolución respectiva por el órgano jurisdiccional competente.⁷⁷

Con lo anterior se pretende hacer notar que conforme a la doctrina se han identificado con uniformidad que en todo proceso existe una cierta estructura, desde que aquel inicia hasta que concluye y que definirán el orden y tipo de actos procesales que llevarán a cabo las partes que intervienen en ellos.

Ahora bien, de una atenta revisión de la ley impugnada se observa que no se estableció en ella ninguna norma procedimental que definiera plazo alguno para que los pueblos y comunidades indígenas interpongan las medidas cautelares o impugnativos previstos ante la Sala de Justicia Indígena.

Lo anterior, porque no indica el momento procesal en el cual las personas identificadas como indígenas o afromexicanas pueden ejercer su acción para plantear sus pretensiones.

Igualmente, tampoco contiene norma alguna que regule la presentación de las pruebas pertinentes, de su admisión, preparación o desahogo, esto es, el momento

⁷⁵ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 115-116.

⁷⁷ *Ídem*.

procesal en que podrán ser ofrecidas, ni las que podrán ser admitidas por el juzgador ni el momento de su desahogo.

Asimismo, no contiene prescripción normativa que aclare si existe siquiera una fase de alegatos de las partes.

Así, el legislador previó la existencia de medidas precautorias y de impugnación para garantizar la eficacia del derecho a la consulta pero omitió establecer en la ley la regulación de los procesos que les darán curso hasta su resolución.

Esto es, además no detallar las normas que regulen los actos procesales de las partes, no indicó ninguna otra regla que le dé certeza a las personas indígenas acerca del momento a partir del cual se pueden promover las medidas precautorias, esto es, únicamente refiere que podrán solicitarse ante la autoridad competente y que tendrán por efecto, en los casos de medidas legislativas, suspender el proceso legislativo. No obstante, no se precisa si existe un plazo para que pueda presentarse ese medio, si desde que se presente la iniciativa respectiva, o hasta que se turne a comisiones, en la etapa de dictamen o antes de la discusión, etc.

Además, tampoco queda claro si al tratarse de medidas administrativas también podrá suspenderse la actividad estatal de que se trate, pues ese efecto sólo se contempló para las de tipo legislativo, sin que se conozcan que otros efectos podrían tener las medidas precautorias, ni siquiera en qué consisten las que podrán imponerse.

Igualmente, en el artículo 69 se menciona que para solicitar la medida precautoria se debe acreditar de manera indiciaria el derecho vulnerado o susceptible de ser afectado, sin embargo, tampoco se estableció exactamente qué se requiere para probar el impacto que tendría la actividad estatal en los derechos de las personas indígenas.

Aunado a lo anterior, la ley no estableció quién o quienes pueden presentar la solicitud de medidas precautorias, si basta con que una persona que se identifique como indígena y que considere que las medidas estatales pueden afectarle en sus derechos, o si se requiere que lo hagan las autoridades indígenas que correspondan o bien, un determinado porcentaje del pueblo o comunidad de que se trate.

En similares circunstancias, no existen normas que regulen las cuestiones procedimentales esenciales en la tramitación de los medios de impugnación en contra de las determinaciones que emita la Secretaría de Pueblos Indígenas y Afromexicanos que decida que no es procedente la consulta, o que ordene su realización si la comunidad o pueblo determinó no aceptar la celebración de la misma, de acuerdo con los artículos 74 y 75, respectivamente.

Al margen de las consideraciones sobre la constitucionalidad de los artículos 74 y 75 ya abordados en el primer concepto de invalidez, este Organismo Nacional advierte que no existe ninguna norma que regule los medios impugnativos a los que esos dispositivos jurídicos se refieren.

Ello, porque no se menciona el plazo en el cual podrán plantear esas impugnaciones ante la Sala de Justicia Indígena, ni si basta que sean promovidas por una sola persona que se considere indígena, o por medio de sus autoridades respectivas o por un número o porcentaje de los miembros de la comunidad o pueblo de que se trate.

En esa tesitura, no se indican los requisitos mínimos con los que deberá contar el escrito de impugnación para que sea procedente, si se podrán presentar pruebas o alguna otra norma que dé certeza a esos sectores poblacionales sobre la tramitación de esos procesos que busca salvaguardar su derecho a la consulta.

Por su parte, el artículo 76 prevé que *"las inconformidades que se generen durante el desahogo del proceso de consulta; se harán al finalizar dicho proceso"*, no obstante, no se establece en ninguna parte de ese ordenamiento cuáles son esas inconformidades ni qué actos acaecidos durante la celebración de la consulta son susceptibles de impugnación.

No pasa desapercibido para este Organismo Nacional que al final de citado artículo 76, el legislador previó que: *"Será competente para resolver dichas inconformidades la Sala de Justicia Indígena en términos de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca"*. Sin embargo, la remisión no subsana la omisión alegada por dos razones fundamentales.

La primera de ellas es que, de una simple lectura de la disposición, se interpreta que sólo se refiere a la competencia de la Sala de Justicia Indígena para resolver sobre las inconformidades que se susciten en el desarrollo de la consulta en términos de dicha

ley, más no a la aplicación de normas procedimentales que esta última pudiera contener.

Por otro lado, se advierte que el artículo 76 causa inseguridad jurídica ya que remite a un ordenamiento inexistente en el sistema jurídico de Oaxaca. En efecto, de una revisión minuciosa de las leyes vigentes en la entidad, esta Institución Autónoma advierte que no existe ninguna legislación con esa denominación.

Empero, se estima que la competencia de la Sala de Justicia Indígena para conocer de ese tipo de asuntos se fundamenta en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Oaxaca, la cual establece en artículo 23 que, con excepción de la materia política electoral, garantizará y conocerá los derechos de los pueblos indígenas y su jurisdicción teniendo las siguientes atribuciones:

a) Conocer de los asuntos relacionados con las resoluciones emitidas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional al aplicar sus sistemas normativos, para constatar que en el procedimiento respectivo se hayan respetado los principios y derechos humanos tutelados en la Constitución Federal, los tratados internacionales y la Constitución estatal.

Podrá convalidar la determinación emitida por la autoridad indígena u ordenar se emita una nueva resolución. En todos los casos planteados, se deberán armonizar los derechos individuales y colectivos, analizando de fondo y considerando debidamente los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico, a fin de preservar la integridad comunitaria.

b) Conocer de las inconformidades que se presenten con motivo de las modificaciones a los sistemas normativos indígenas;

c) Conocer de las inconformidades que se susciten entre los ayuntamientos, agencias municipales y de policía, núcleos rurales y autoridades comunitarias de los pueblos indígenas, en ejercicio de las facultades que les confiere la ley o sus sistemas normativos, cuya resolución no sea competencia del Congreso del Estado y de otras instancias;

d) Substanciar y resolver el juicio para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos, por incumplimiento de las

recomendaciones emitidas por la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca; y

e) Conocer de las inconformidades relacionadas con el ejercicio del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas.

Finalmente, menciona que se allegará de oficio de las pruebas pertinentes y necesarias, y que en cualquier etapa del procedimiento se podrá admitir *amicus curiae*. (artículo 23).

Asimismo, en su artículo 20, último párrafo, prevé que las salas del Tribunal Superior de Justicia del Estado conocerán de los medios de impugnación que la ley de la materia determine, en los procesos seguidos en los juzgados de todo el Estado, exceptuando los que correspondan al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

De tal forma que la ley impugnada también causa inseguridad jurídica al señalar las atribuciones de la Sala de Justicia con base en una ley que no existe en la entidad, pero que sí encuentra su fundamento competencial en una legislación diversa, la cual, a su vez, prevé que para que la Sala conozca de los medios de impugnación de su competencia, lo hará con arreglo a la ley que corresponda.

Adicionalmente, este Organismo Nacional observa que, si bien el legislador no incluyó ninguna norma que regule los procedimientos sobre medidas precautorias y de impugnación, tampoco contempló en ninguna parte remisión alguna a otra ley o código que pueda aplicarse de manera supletoria en el curso de esos procesos jurisdiccionales hasta su resolución.

Es decir, no previó si quiera una remisión a algún otro ordenamiento que indique a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanos y a la autoridad jurisdiccional competente las normas por las que se dará trámite y resolución a esos procesos, lo que naturalmente incluye la regulación de los actos procesales que llevarían a cabo cada una de las partes.

Ante tal panorama, esta Comisión Nacional consultó en otras leyes de la entidad la normas que pudiesen subsanar tal deficiencia y que otorguen certeza acerca de cuáles serán las disposiciones aplicables a la sustanciación de esos procesos.

Al respecto, se revisó el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Oaxaca y no se encontró precepto alguno que enuncie que tal ordenamiento pudiera aplicarse supletoriamente a otros procesos, como el que nos ocupa.

Tampoco ha sido expedida legislación alguna especializada en justicia indígenas de cuyo contenido se pueda desprender normas aplicables para la tramitación de las medidas precautorias y de impugnación prevista en la ley impugnada.

La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca igualmente no contiene alguna disposición que permita subsanar el vacío normativo aludido. Cabe precisar que el artículo 33 establece que cuando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades administrativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad.

De igual modo, las normas procesales contenidas en la Ley de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado de Oaxaca, no se consideran aplicables a los medios precautorios y de impugnación contemplados en la ley impugnada, ya que de acuerdo con su artículo 1º se aplicará en la entidad en los actos administrativos y los procedimientos que desarrollen las Dependencias del Poder Ejecutivo Local, las entidades paraestatales y órganos desconcentrados de la administración pública estatal; cuando estas emitan una resolución administrativa de cualquier naturaleza; por los Ayuntamientos de los Municipios del Estado de Oaxaca, por las Dependencias de estos y por sus Entidades Paramunicipales. regulará la organización y funcionamiento del Tribunal de Justicia Administrativa y la impartición de la Justicia Administrativa, ambos de la mencionada entidad.

Mientras que el artículo 3º señala que esa ley se aplicará supletoriamente a las diversas leyes administrativas, reglamentos, bandos y demás ordenamientos que tengan vigencia en la entidad.

Si bien las medidas precautorias y de impugnación previstas en la ley de consulta en comento pueden promoverse en contra de algunos actos llevados a cabo por autoridades administrativas, la legislación procedimental administrativa tampoco resulta aplicable toda vez que el legislador oaxaqueño fue muy enfático al establecer la competencia de la autoridad judicial para resolverlas, más no del Tribunal de Justicia Administrativa, además de que los actos del Poder Legislativo son diversos a los de la administración pública y paraestatal.

Como se puede constatar, no existe un ordenamiento legal que pueda resarcir la omisión alegada por esta Comisión Nacional al expedir la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca.

Como corolario, es importante resaltar que la aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones y que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Ahora bien, uno de los requisitos para que opere la supletoriedad es que el ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos.⁷⁸

En tal sentido, la ley combatida ni siquiera contempla una remisión expresa a otra legislación que pueda ser aplicada supletoriamente para regular las actividades de las partes y de los jueces, que intervienen en que regulen el proceso de esos medios precautorios e impugnativos en materia de consulta indígena multicitados, ni tampoco existe otro ordenamiento que prevea la posibilidad de ser aplicado a otras legislaciones, con lo cual se viola el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, y se deja en incertidumbre jurídica a los gobernados, ya que desconocerán las condiciones de acceso a tales prerrogativas, aunado a que tampoco tendrán seguridad sobre la actuación de la autoridad judicial competente.

Finalmente, se pone de relieve que la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en el sentido de que conforme al principio de igualdad y no discriminación, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.⁷⁹

⁷⁸ Tesis de jurisprudencia 2a./J. 34/2013 (10a.), Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, materia constitucional, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 2, p. 1065, de rubro: "SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES. REQUISITOS PARA QUE OPERE."

⁷⁹ Véanse: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 63; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 83; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo,

Por lo tanto, ante la inexistencia de normas que establezcan la forma y condiciones en que se tramitarán las medidas de protección y de impugnación previstos en la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca para la defensa de ese derecho colectivo, conculca asimismo los diversos de seguridad jurídica, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva y las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que se solicita a ese Alto Tribunal que declare la inconstitucionalidad de su Título Sexto.

Asimismo, se insta a esa Corte Constitucional, de estimarlo procedente, condene al Congreso oaxaqueño a expedir la regulación correspondiente en uso de su libertad configurativa pero en acatamiento a los principios y mandatos constitucionales expuestos.

TERCERO. El artículo 79 de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca establece que el incumplimiento o la violación a la suspensión de las medidas estatales que debiendo someterse a consulta, no se realizaron conforme a lo preceptuado en la misma legislación, se considerará como falta grave en términos del artículo 63 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Sin embargo, la conducta señalada no se adecua a la descrita en el artículo de la Ley General al que remite, con lo cual el legislador local estableció una falta grave incompatible con el régimen de responsabilidades administrativas; además, no se encuentra habilitado para establecer nuevos supuestos de infracciones administrativas a los ya contemplados en la ley marco de la materia.

Por lo tanto, la disposición vulnera el derecho humano de seguridad jurídica y el principio de legalidad, ya que es incompatible con el sistema general en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, creado por la Constitución Federal y la Ley General relativa.

En el presente concepto de invalidez, se argumenta que la disposición impugnada transgrede el derecho humano de seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Para llegar a tal conclusión, en un primer apartado se abordarán los alcances del derecho de seguridad jurídica y del principio de legalidad, a la luz de los estándares

Reparaciones y Costas), párr. 178; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96.

nacionales e internacionales. Posteriormente se desarrollará el parámetro constitucional en materia de responsabilidades de los servidores públicos. En el último apartado, se expondrán los argumentos con los cuales se demuestra la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Debe tomarse en consideración que en el segundo concepto de invalidez del presente escrito fueron expuestos los alcances y el parámetro de regularidad constitucional que sustenta doctrinal y jurisprudencialmente los argumentos relacionados con el derecho fundamental de seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Atento a ello, en obvio de repeticiones innecesarias, se solicita a ese Tribunal Constitucional, tener por reproducidas como si a la letra se insertasen, todas las consideraciones esgrimidas en el segundo concepto de invalidez, en relación con el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Una vez precisado lo anterior, en un primer apartado se desarrollará el parámetro constitucional en materia de responsabilidades de los servidores públicos, para posteriormente abordar los argumentos con los cuales se demuestra la inconstitucionalidad de la norma controvertida.

A. Parámetro constitucional en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos.

El 27 de mayo de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción.

Dicha reforma tuvo como efecto la modificación de catorce artículos⁸⁰ de nuestra Constitución a fin de articular una nueva concepción para prevenir hechos de

⁸⁰ Artículos 22, párrafo segundo, fracción II; 28, párrafo vigésimo, fracción XII; 41, párrafo segundo, fracción V, Apartado A, en sus párrafos segundo, octavo y décimo; 73, fracciones XXIV y XXIX-H; 74, fracciones II y VI, en sus párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto; 76, fracción II; 79, párrafos primero, segundo, actual tercero y sus fracciones I, en sus párrafos segundo, cuarto y quinto, II y IV, primer párrafo, y los actuales párrafos cuarto, quinto y sexto; 104, fracción III; se modifica la denominación del Título Cuarto para quedar "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con faltas administrativas graves o hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado"; 109; 113; 114, párrafo tercero; 116, párrafo segundo, fracciones II, en su párrafo sexto y V; 122, Apartado C, BASE PRIMERA, fracción V, incisos c), en su párrafo segundo, e), m) y n) y, BASE QUINTA; se adicionan los artículos 73, con una fracción XXIX-V; 74, con una fracción VIII, pasando

corrupción, investigar denuncias ciudadanas y las presuntas responsabilidades de que conozcan las autoridades, así como para determinar si estas existieron y, seguido el procedimiento correspondiente, la sanción aplicable.⁸¹

Las diversas modificaciones a la Constitución Federal sentaron las reglas y los principios para desarrollar un Sistema Nacional Anticorrupción y fue producto de más de dos años de estudios, análisis y debates, en los cuales todos los grupos parlamentarios, representados en el Congreso de la Unión, hicieron esfuerzos importantes, presentando iniciativas y estableciendo las discusiones con especialistas en la materia⁸².

En tal virtud, se establecieron los fundamentos del Sistema Nacional Anticorrupción, el cual se basa en la actuación armónica y coordinada de diversas autoridades, pero con atribuciones propias de ejercicio autónomo entre sí, cuya ejecución se encuentra a cargo de los órganos de control interno, las entidades de fiscalización superior de las cuentas públicas, la investigación y actuación de la Fiscalía Especial contra la Corrupción, en el ámbito nacional, así como por sus homólogas en las entidades federativas, además de los tribunales federal y estatales de justicia administrativa para conocer, sustanciar y resolver los asuntos que impliquen responsabilidades administrativas graves⁸³.

Ahora bien, la Norma Fundamental en la fracción III del artículo 109, establece los principios y directrices generales de las responsabilidades y sanciones administrativas aplicables a los servidores públicos. Asimismo, para dar homogeneidad al sistema, el artículo 73, en su fracción XXIV-V, facultó al Congreso de la Unión para expedir la ley general que distribuya competencias entre los órdenes de gobierno y establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que éstos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves que al efecto prevea, así como los procedimientos para su aplicación.

la actual VIII a ser IX; 79, con un tercer y cuarto párrafos, recorriéndose los actuales en su orden; 108, con un último párrafo; 116, párrafo segundo, fracción II, con un octavo párrafo, recorriéndose el actual en su orden; 122, Apartado C, BASE PRIMERA, fracción V, inciso c), con un tercer párrafo, recorriéndose el actual en su orden; y se deroga el segundo párrafo de la fracción IV, del actual párrafo tercero del artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸¹ Véase discusión en la Cámara Revisora, martes 21 de abril de 2015.

⁸² *Ídem.*

⁸³ *Ídem.*

Es decir, con la reforma constitucional en materia del Sistema Nacional Anticorrupción –entre otras cosas– se establecieron los principios constitucionales por los cuales se regirá la materia de responsabilidades de los servidores públicos, y se facultó expresamente al Congreso de la Unión para expedir una ley encargada de desarrollar los principios enunciados en el párrafo anterior, todo ello, con la finalidad de dotar de armonía, congruencia y principalmente eficiencia al referido Sistema.

En acatamiento a ese mandato constitucional, el 18 de julio de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la cual se encarga de desarrollar los principios fundamentales en la materia que regula.

Enseguida se abordarán en particular algunas consideraciones respecto de esta legislación.

De manera preliminar debe establecerse que la Ley General de Responsabilidades Administrativas es de especial relevancia constitucional cuyo objeto es servir de parámetro de validez de otras normas, al regular los procesos de producción normativa. Por lo anterior, las leyes que emitan los órganos legislativos locales deben ajustarse a lo que esta dispone para ser válidas.

Lo anterior es así en virtud de que en el sistema constitucional mexicano existen materias exclusivas de un nivel de gobierno y otras que son concurrentes. En caso de concurrencia, la Norma Suprema establece que el Congreso de la Unión es el que distribuye los distintos aspectos de la materia entre órganos legislativos. Tal distribución se hace mediante leyes marco o generales como lo es la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

En la materia que nos ocupa, si bien tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas locales se encuentran habilitados para legislar en materia de responsabilidades administrativas, deben hacerlo conforme a los parámetros establecidos por la ley marco.

Es importante mencionar que la mencionada Ley General sigue el mandato que establece la fracción III del artículo 109 de la Norma Fundamental, clasificando las faltas administrativas en graves y no graves. Respecto de las graves, el precepto constitucional invocado precisa que serán investigadas y substanciadas por la

Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control, o por sus homólogos en las entidades federativas, según corresponda, y deberán ser resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa que resulte competente.

Por cuanto hace a las faltas administrativas no graves, indica que la Ley General establecerá los supuestos y procedimientos para impugnar la clasificación de las faltas administrativas como no graves, que realicen los órganos internos de control.

En lo relativo a las sanciones, la Constitución Federal establece en el primer párrafo de la fracción III de su artículo 109 que las sanciones que se les puede imponer a los servidores públicos como resultado de un procedimiento de responsabilidad administrativa, son las siguientes: amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, de carácter económico, y su establecimiento será de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones.

Así, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, en observancia del citado precepto constitucional, establece en el Título Tercero, denominado "*De las faltas administrativas de los servidores públicos y actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves*", en sus capítulos I y II —de los artículos 49 al 64 Bis—, las faltas administrativas no graves y de las faltas administrativas graves de los servidores públicos, respectivamente.

Dichas disposiciones constituyen el marco que deberán observar las legislaciones locales, en sus respectivos ordenamientos domésticos, ya que la intención del Poder Reformador fue establecer un sistema homologado para generar certidumbre jurídica y facilitar la operatividad del mismo, por lo que no resulta admisible que las legislaturas locales lo alteren, distorsionen o contravengan.

B. Inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Bajo esta línea argumentativa, a juicio de esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la norma impugnada vulnera el derecho fundamental de seguridad jurídica y el principio de legalidad, ya que establecen una falta administrativa grave incompatible con el Sistema General en la materia.

Para entrar en el estudio correspondiente, en primer lugar, se estima oportuno transcribir la disposición que se tilda de inconstitucional:

"Artículo 79. El incumplimiento o la violación a la suspensión de la medida, por parte de la Autoridad Responsable o de particulares, se considerará como falta grave, en términos de lo previsto en el artículo 63 (sic) Ley General de Responsabilidades Administrativas, con independencia de otros recursos o medios de defensa legal que promovieran los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, que tengan la finalidad de que les sean reparados los daños y perjuicios que con dicho incumplimiento o violación se les haya ocasionado."

Como se advierte, la conducta ilícita grave descrita en esa disposición consiste en el incumplimiento o violación a la suspensión de la medida por parte de la autoridad responsable o de particulares, ello en términos del artículo 63 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Ya que se tiene claro en qué consiste la falta y quién puede cometerla, resulta necesario traer a colación el contenido normativo de la disposición de la Ley General al que el ordenamiento local impugnado remite:

"Artículo 63. Cometerá desacato el servidor público que, tratándose de requerimientos o resoluciones de autoridades fiscalizadoras, de control interno, judiciales, electorales o en materia de defensa de los derechos humanos o cualquier otra competente, proporcione información falsa, así como no dé respuesta alguna, retrase deliberadamente y sin justificación la entrega de la información, a pesar de que le hayan sido impuestas medidas de apremio conforme a las disposiciones aplicables."

De lo anteriormente trasunto, se desprende que la modalidad de desacato regulado en esa disposición, para su actualización, requiere que se cumpla con los siguientes elementos específicos:

- Que sea cometido por un servidor público.
- Que se proporcione información falsa y no se dé respuesta alguna, retrase deliberadamente y sin justificación la entrega de la información solicitada, cuando se trate de requerimientos o resoluciones emitidas por autoridades fiscalizadoras, de control interno, judiciales, electorales o en materia de defensa de los derechos humanos o cualquier otra competente.
- Lo anterior, a pesar de que le hayan sido impuestas medidas de apremio.

En esos términos, resulta evidente que el artículo 63 de la Ley General regula un tipo de desacato en que puede incurrir un servidor público que proporcione información

falsa y no se dé respuesta alguna, y retrase la entrega de la información solicitada derivado de un requerimiento o resoluciones que emitan las autoridades competentes.

En contraste, el artículo 79 de la Ley de Consulta de Oaxaca sanciona tanto a servidores públicos como a particulares que incumplan o violen la suspensión de las medidas de que se trate, y le da un tratamiento de falta grave *"en términos de lo previsto en el artículo 63 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas"*.

Por lo tanto, es inconcuso que la conducta descrita en el artículo 79 de la mencionada ley oaxaqueña no se adecua a la diversa descrita en el artículo 63 de la Ley General a la que remitió, sino que resulta evidente que no existe ni siquiera un elemento de coincidencia entre ellas, toda vez que se trata de conductas completamente distintas entre sí.

Consecuentemente, cuando el legislador local remite a esa disposición de la Ley General que no resulta aplicable al artículo en comento, genera inseguridad jurídica, ya que no prevé con claridad la conducta antijurídica que se sanciona, pues ambas son diferentes entre sí.

Efectivamente, un de los vicios de inconstitucionalidad de la prescripción normativa impugnada es que remite expresamente a una disposición que no le resulta aplicable dado que la conducta sancionada no corresponde con la diversa contenida en el artículo 63 de la Ley General, pretendiendo encuadrarla como falta administrativa grave presuntamente prevista en dicha ley marco.

Adicional a lo ya expuesto, esta Comisión advierte que además de que la conducta que pretendió sancionar el legislador local es distinta a la prevista por el legislador federal, la norma también es incompatible con el régimen de responsabilidades administrativas porque permite que ese sancione a particulares por conductas no previstas en la Ley General.

Ello, pues se recordará que el artículo 79 impugnado sanciona el incumplimiento o violación a la suspensión de la medida por parte de la autoridad responsable o de particulares, lo cual se considera una falta grave.

No obstante, el artículo 63 de la Ley General al que remite se encuentra en el Capítulo II "De las faltas administrativas graves de los Servidores Públicos", del Título

Tercero, por lo que en primer lugar sólo resultaría aplicable en caso de servidores públicos y no cuando se trate de particulares.

En el caso de particulares, la Ley General en la materia establece en los Capítulos III y IV del mismo Título mencionado, las faltas administrativas en que pueden incurrir: aquéllas vinculadas con faltas administrativas graves y cuando sean realizadas por particulares en situación especial.

En otras palabras, cuando el Congreso de Oaxaca configura una falta administrativa grave cometida por particulares que no corresponde a ninguna de las hipótesis previstas en la Ley marco, resulta contraria al Sistema General en la materia, ya que previó una conducta sancionable incompatible con ese orden.

Como se puede apreciar, el artículo 79 combatido, además de que genera inseguridad jurídica a los sujetos a los que se dirige, toda vez que la conducta que sanciona no se ajusta a la prevista en el artículo de la Ley General al que remite, también es inconstitucional porque el legislador local permite que se sancione a particulares por conductas no previstas en el Sistema General en materia de responsabilidades, lo cual trasciende inmediatamente a los aspectos intrínsecos de la distribución de competencias en la materia.

Lo anterior, porque el establecimiento del artículo 79 de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas se traduce en la creación de una infracción administrativa que pueden cometer los servidores públicos y particulares, cuestión para la que no se encuentra habilitado constitucionalmente toda vez que se legisló sobre cuestiones propias de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

En esa tesitura, sólo el Congreso de la Unión puede establecer las faltas administrativas graves y no graves y sus correspondientes sanciones, por lo que los estados no tienen competencia en esas materias.⁸⁴

En este sentido, resulta evidente que el legislador oaxaqueño no se ajustó al parámetro previsto en la Ley General de Responsabilidades Administrativas ya que

⁸⁴ Cfr. Acción de inconstitucionalidad 115/2017, resuelta en sesión del Pleno de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de enero de 2020, bajo la ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas.

configuró una falta administrativa grave que pueden cometer los servidores públicos no contenida en ese ordenamiento, lo cual, como ya se apuntó distorsiona y se contrapone a lo dispuesto por la ley marco, la cual es la única que, por mandato Constitucional, puede determinar los actos que se consideraran faltas administrativas y a los cuales deben ajustarse las normas locales.

En este punto resulta importante traer a colación que durante el proceso legislativo de reforma a la Norma Suprema en materia de combate a la corrupción, al momento de discutir la manera en que se iba a redactar el precepto que le otorga la facultad al Congreso de la Unión para expedir la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se dejó muy claro que, para garantizar una efectiva homologación, se tenía que establecer claramente que le corresponde al legislador federal fijar las conductas, sanciones y procedimientos para sancionar estos actos y que en ejercicio de su facultad de distribución de competencias podía determinar la subsistencia de las sanciones previstas en ordenamientos federales y locales, siempre que no fueran contrarias a las señaladas en la Ley General de la materia⁸⁵.

En este orden de ideas, es inconcuso que el Poder Reformador de la Norma Suprema tuvo la intención de otorgar al Congreso de la Unión la facultad amplia para determinar cuáles serán las conductas básicas que resulten necesarias para garantizar el desarrollo eficiente de la función pública y así velar por el debido ejercicio de los recursos públicos, que contemplen las herramientas y esquemas necesarios de colaboración entre autoridades para la adecuada investigación de las faltas administrativas⁸⁶.

Es así que corresponde al Congreso de la Unión la facultad, en su carácter de autoridad del orden constitucional el determinar los aspectos sustanciales y adjetivos en materia de responsabilidades de los servidores públicos, aplicables a todos los órdenes de gobierno.

⁸⁵ Senadores. 21 de abril de 2015. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Anticorrupción y Participación Ciudadana; de Gobernación y de Estudios Legislativos, Segunda, Sobre la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Combate a la Corrupción. Página 83.

⁸⁶ Cámara de Diputados. 26 de febrero de 2015. Dictamen en sentido positivo de a las iniciativas con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia del Sistema Nacional Anticorrupción. Páginas 44 y 196.

Contrario a lo anterior, el legislador local al establecer en la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas e Oaxaca que una falta grave cometida tanto por servidores público como particulares cuando incumplan o violen la suspensión de las medidas que debieron someterse a consulta, además de generar inseguridad jurídica ya que esa conducta no se adecua a la diversa descrita en el artículo de la Ley General al que remite, también alteró el régimen de responsabilidades administrativas toda vez que la norma no se ajusta a la ley marco.

Adicionalmente a lo anterior, esta Comisión Nacional estima que el hecho de que el Congreso local haya establecido un supuesto diverso de falta grave en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos en una ley diversa a su legislación local en la materia, también impacta perjudicialmente en la seguridad jurídica de las personas en la entidad, toda vez que genera dos fuentes normativas respecto de un solo tópico, produciendo falta de homologación y armonización jurídica que permita a los destinatarios de la norma conocer una hipótesis específica que constituyen las infracción respectiva.

Por todo lo anterior, el artículo 79 de la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca resulta contrario al derecho humano de seguridad jurídica y del principio de legalidad, al establecer una falta administrativa graves no prevista en la Ley General de Responsabilidades Administrativas y, por ende, a la Constitución Federal.

XI. Cuestiones relativas a los efectos.

Se hace especial hincapié en que los argumentos vertidos por esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos sustentan la inconstitucionalidad de la Ley de Consulta, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca, ordenamiento publicado en el Periódico Oficial de la referida entidad federativa el 22 de febrero de 2020, por lo que se solicita atentamente que de ser tildadas de inconstitucionales las disposiciones impugnadas, se extiendan los efectos a todas aquellas normas que estén relacionadas, conforme a lo dispuesto por los artículos 41, fracción IV, y 45, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANEXOS

1. Copia certificada del Acuerdo del Senado de la República por el que se designa a María del Rosario Piedra Ibarra como Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Anexo uno).

Si bien es un hecho notorio que la suscrita tiene el carácter de Presidenta de esta Comisión Nacional, dado que es un dato de dominio público conocido por todos en la sociedad mexicana, respecto del cual no hay duda ni discusión alguna, de conformidad con el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en términos del artículo 1º de la Ley Reglamentaria de la Materia, lo cual exime de la necesidad de acreditar tal situación, se exhibe dicho documento en copia certificada.

Con fundamento en el artículo 280, primer párrafo, del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia en términos del artículo 1º, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solicito que en el acuerdo de admisión se ordene la devolución de dicha documental, y que, en sustitución de la misma, se deje en autos copia cotejada por el secretario que corresponda, toda vez que el documento antes descrito es de utilidad para los fines que persigue este Organismo.

2. Copia simple del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca del 22 de febrero de 2020, que contiene el Decreto número 1291 por el cual se expidió la Ley de Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas para el Estado de Oaxaca (Anexo dos).

3. Disco compacto con la versión electrónica del presente escrito (Anexo tres).

Por lo antes expuesto y fundado, a ustedes, Ministras y Ministros integrantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atentamente pido:

PRIMERO. Tener por presentada la acción de inconstitucionalidad que promuevo como Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

SEGUNDO. Admitir a trámite la presente demanda de acción de inconstitucionalidad en sus términos.

TERCERO. Tener por designados como delegados y autorizados a los profesionistas indicados al inicio de este escrito, así como por señalado domicilio para oír y recibir notificaciones y documentos. Asimismo, se solicita acordar que los autorizados a que se hace referencia, puedan tomar registro fotográfico u obtener copias simples de las actuaciones que se generen en el trámite de la presente acción de inconstitucionalidad.

CUARTO. Admitir los anexos ofrecidos en el capítulo correspondiente.

QUINTO. En el momento procesal oportuno, declarar fundados los conceptos de invalidez y la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las normas impugnadas.

SEXTO. En su caso, se solicita a ese Alto Tribunal que, al dictar sentencia, corrija los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados, así como el concepto de invalidez planteado en la demanda.

Ciudad de México, a 1 de julio de 2020.

Mtra. del Rosario Piedra Ibarra
MTRA. MARÍA DEL ROSARIO PIEDRA IBARRA
PRESIDENTA DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS.

LMP

CNDH
M É X I C O

