



EN LA ERA DE LA CONSULTITIS

VOLUMEN II. LA CONSULTA INDÍGENA

JULIA GONZÁLEZ ROMERO

Para seguir con la saga sobre “consultitis”, este segundo volumen está dedicado a la consulta indígena, uno de los mecanismos de participación ciudadana más conocidos y más mediáticos. Pero antes de continuar, debo hacer una aclaración: si bien cualquier proyecto que afecte los derechos de los pueblos indígenas puede ser sujeto a este tipo de consultas, en este artículo me enfoco exclusivamente en los proyectos de hidrocarburos. Es importante señalar que, aunque el Estado mexicano está obligado a asegurar que todo proyecto en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, debe ser tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados¹, en la realidad, a nivel federal, solo los proyectos energéticos² cuentan con legislación en la que se establece **de forma expresa** el procedimiento de esta consulta.

Lo cual no es cosa menor y me parece un aspecto positivo a replicar, pues el resto de los sectores no cuenta con la claridad respecto de la autoridad o el momento en que se determina la procedencia de una consulta indígena.

Entremos en materia. El derecho a la consulta previa, además de estar previsto en nuestra Constitución, es reconocido en diversos instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169) y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU-DPI). México es parte del Convenio 169 de la OIT y, por lo tanto, su aplicación es obligatoria a nivel nacional.

1. Ver Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 28 de junio de 2018 relativo a la Acción de Inconstitucionalidad 84/2016

2. Energía geotérmica, industria eléctrica e hidrocarburos.

Para los proyectos de hidrocarburos, aplica también la Ley de Hidrocarburos (LH) que establece que se deberán llevar a cabo los procedimientos de consulta previa, libre e informada con la finalidad de **tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas**³ en los que se desarrollen proyectos de la industria de hidrocarburos.

Empecemos con el ABC de la consulta indígena

¿Qué es la consulta previa? Se define como el procedimiento⁴ mediante el cual se ejerce el **derecho colectivo**⁵ de las **comunidades y pueblos indígenas a ser consultados** cuando se prevea el desarrollo de proyectos de la industria de hidrocarburos susceptibles de afectar directamente sus intereses y derechos.

¿Qué principios rigen a la consulta indígena⁶? Como su nombre lo dice, la consulta previa deberá ser previa (durante

las primeras etapas del plan o proyecto), además, de buena fe (clima de confianza mutua)⁷, libre (sin intromisiones injustificadas sus propios actos, incluyendo la libertad de movimiento o libertad de ambulatoria), informada (con conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria⁸), incluyendo pertinencia cultural (con base en los usos y costumbres de la comunidad consultada), transparencia, acomodo y razonabilidad. Asimismo, seguirá los estándares nacionales e internacionales en la materia.

¿Quién determina la procedencia de la consulta indígena? La Secretaría de Energía (SENER) a través de la Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial (DGISOS).

¿Cuándo? Los interesados en obtener un permiso o una autorización para desarrollar proyectos en materia de Hidro-

3. La Constitución define a los pueblos indígenas como "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".

4. Fuente: Reglamento de la Ley de Hidrocarburos Fracción III del artículo 3.

5. El Código Federal de Procedimientos Civiles define a los derechos colectivos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes

6. Estos principios se encuentran previstos en el Reglamento de la LH.

7. La Suprema Corte de Justicia de la Nación lo refiere como un concepto indeterminado que se forma con las circunstancias propias de cada caso.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Saramaka vs Surinam, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ser. C, n| 185, número 40 (12 de agosto de 2018).

carburos⁹ deberán presentar a la SENER una Evaluación de Impacto Social (Evis)¹⁰, la cual deberá tener una Resolución. Si al momento de emitir la Resolución la SENER advierte la existencia de un sujeto colectivo titular del derecho a la consulta previa y existe la posibilidad de afectar sus derechos colectivos, se determinará la procedencia de la Consulta Previa.

¿Quién organiza las consultas indígenas? La SENER en coordinación con la Secretaría de Gobernación (SEGOB), el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) y la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA). Además, SENER podrá determinar la participación de otras de-

pendencias. ¿Pueden participar los particulares? Me gustaría decir que sí, pero responder esto es un tanto complicado, pues la LH deja al arbitrio de SENER prever la participación de las empresas productivas del Estado y de los particulares.

¿Cómo se desarrollan las consultas indígenas? Cada consulta indígena es única y especial pues, si está bien hecha, el procedimiento se definirá en conjunto con las comunidades o pueblos a consultarse. El Reglamento de la LH establece que por lo menos tendrá 6 fases generales: Plan de Consulta, Acuerdos Previos, Informativa, Deliberativa, Consultiva y Seguimiento de acuerdos. El contenido de cada fase se presenta en la Ilustración 1.

Ilustración 1. Fases generales de la Consulta Previa

Plan de consulta	Acuerdos previos	Informativa	Deliberativa	Consultiva	Seguimientos de Acuerdos
Planeación por parte de SENER e involucramiento de otras autoridades	SENER y las autoridades tradicionales o representativas convienen la forma en que se llevará al cabo la Consulta	Entrega de información suficiente y culturalmente pertinente	Periodo de diálogo al interior de la comunidad o pueblo indígena	Construcción de acuerdos u obtención de consentimiento libre e informado	Monitoreo de cumplimiento de los acuerdos adoptados

Fuente: Elaboración propia con información del Reglamento LH

9. Y aquí se incluye a los Asignatarios (titulares del derecho para realizar actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos en el Área de Asignación) y Contratistas (Petróleos Mexicanos o cualquier otra empresa productiva del Estado o persona moral que suscriba con la Comisión Nacional de Hidrocarburos un Contrato para la Exploración y Extracción).

¿Qué pasa con los resultados? Es otra pregunta difícil de responder a ciencia cierta. La LH establece: “Los procedimientos de consulta tendrán como objeto alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento conforme a la normatividad aplicable”. A la fecha, no he encontrado respuesta a esta pregunta en la regulación en la materia, y me he tomado la libertad de, con base en el 1 Constitucional, interpretar que aplica lo previsto en el Convenio 169 y en la Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007 en relación con la DNU DPI. En este sentido, será requerido obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en estos casos: (1) cuando sea necesario que sean desplazados de sus tierras o territorios; (2) antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten; (3) cuando se realice almacenamiento o desecho de materiales peligrosos; y, (4) cualquier proyecto que afecte a sus tierras y territorios u otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Este tema es una de las principales causas de conflictividad social en los pro-

yectos de hidrocarburos. La falta o falla del proceso de consulta ha ocasionado aproximadamente el 9% de los 95 conflictos sociales que hemos identificado para proyectos de hidrocarburos.

¿Cuántas consultas previas, libres e informadas se han realizado a proyectos de hidrocarburos en México? De acuerdo con información de la propia SENER, de 2014 a 2017, se han realizado 14, de las cuales 4 corresponden a proyectos de hidrocarburos (Gasoducto Sonora, Gasoducto El Encino- Topolobampo, Gasoducto Tuxpan-Tula y Actividades de las Áreas Contractuales 10 y 11 de la Ronda 2.2.).

Ya para terminar. La consulta previa, libre e informada no es un nueva en nuestro país; sin embargo, nos falta mucho para perfeccionarla. Como comenté en un principio, aunque los proyectos de hidrocarburos tienen la gran ventaja de tener un marco regulatorio que limita las posibilidades de interpretación, todavía hay grandes pendientes, como las disposiciones administrativas que en la materia deberá expedir SENER en materia de su desarrollo y algunos criterios respecto de los casos en los que procede la consulta indígena.

10. La *EvIS* es, de conformidad con el Reglamento de la LH, el documento que contiene la identificación de las comunidades y pueblos ubicados en el área de influencia de un proyecto en materia de Hidrocarburos, así como la identificación, caracterización, predicción y valoración de las consecuencias a la población que podrían derivarse del mismo y las medidas de mitigación y los planes de gestión social correspondientes;