

TERCERA PARTE
PARTICIPACIÓN, CONSULTA
Y CONSENTIMIENTO

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS SOBRE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA A PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN RELACIÓN CON LA REFORMA ENERGÉTICA

María de Lourdes HERNÁNDEZ MEZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consulta previa en materia energética. Problemática*. III. *Características del procedimiento de consulta*. IV. *Hacia una Ley General sobre Consulta*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Ante un mercado internacional de energéticos que está en constante movimiento, la volatilidad de los precios del petróleo, el fortalecimiento de las relaciones bilaterales entre los Estados Unidos de América (EUA) y Canadá y el incremento en la producción de hidrocarburos convencionales y no convencionales de estos últimos (lo que les permitió aproximarse a la autonomía energética),¹ dieron como resultado que los Estados Unidos disminuyera su demanda de importación de petróleo² y, con ello, México aumentara su vulnerabilidad al reducirse drásticamente las exportaciones de hidrocarburos

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana; especialista en derecho constitucional, derecho administrativo y justicia administrativa. Se ha desempeñado como directora general de Delitos Federales contra el Ambiente y Litigio; directora general de Control de Procedimientos Administrativos y Consulta en la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA); directora de Recursos de Revisión en la Agencia de Energía y Ambiente (ASEA), y, actualmente es directora jurídica consultiva de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU). Contacto: luluhdz@hotmail.com.

¹ Grunstein, M., “El cambio de piel. La nueva industria de la explotación del petróleo en México”, en Oropeza García, A. (coord.), *Reforma energética y desarrollo industrial un compromiso inaplazable*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IDIC, 2015, p. 87.

² Arce Navarro, F. J., “El proyecto Prometeo. Perspectivas para la construcción de un observatorio energético”, *Marco Constitucional para la Soberanía Nacional y Energética*, México,

hacia su vecino del norte, hecho que obligó al gobierno mexicano a transformar su mercado energético, cuyo atraso era evidente en comparación con otras potencias petroleras mundiales. Situación que implicó modificar la estructura legal existente.

Un elemento adicional, lo constituye el tema ambiental, en especial el cambio climático, ya que el desarrollo sustentable implica que el desarrollo económico debe tender a mejorar la calidad de vida de las personas y su productividad, pero fundamentándose en medidas apropiadas de protección al ambiente y los recursos naturales, para evitar su agotamiento y preservarlo para generaciones futuras. De esta manera, el impulso a la seguridad energética debe procurar un menor impacto ambiental, la restauración de los daños ambientales y la interiorización de los costos ambientales que los proyectos de hidrocarburos y eléctricos impliquen.

La baja en la producción de petróleo crudo en México, así como el constante agotamiento en la producción del yacimiento de Cantarell,³ transformó a México de ser una nación autosuficiente y exportadora de crudo, en una importadora de hidrocarburos. Ductos insuficientes y refinerías atrasadas con poca modernización, con capacidad limitada de producción, con generación de impactos medioambientales, únicamente tres de ellas han sido reconfiguradas para refinar crudo pesado, al final construidas y diseñadas hace muchos años y, a la fecha, con tecnología desactualizada.

De los recursos prospectivos de México en materia petrolera 76% está en aguas profundas y ultra profundas del Golfo de México y requieren grandes inversiones, capital muy fuerte, tecnología de punta y recursos no convencionales; como son el petróleo y el gas que hay en los campos de lutitas en el noreste del país, en yacimientos de Chicontepec, y en la recuperación de los campos maduros.⁴ Panorama similar, se presentaba en la energía eléctrica, la falta de inversión en la transmisión, interconexión y distribución propiciaban la pérdida de energía; el costo de la energía eléctrica para el sector público era alto debido al uso de combustóleo y diésel, que además de implicar costos adicionales a las energías alternativas, como son gas natural y energías limpias, son combustibles contaminantes.

El sector eléctrico en México enfrenta grandes retos. El precio de la electricidad es elevado y no es competitivo. En comparación con Estados

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados, XLII Legislatura, 2015, p. 228.

³ Arce Navarro, F.J., *op. cit.*, p. 233.

⁴ Coldwell, P.J., “La propuesta del gobierno federal para la reforma energética de México”, *Reforma energética. Motor de crecimiento económico y bienestar*, vol. 1, México, Fundación Colosio-M. A. Porrúa, 2014, pp. 181-192.

Unidos, las tarifas promedio son 25% más altas, aun con el subsidio, sin el cual resultarían 73% más caras. Ello constituye un freno a la economía mexicana, ya que la electricidad es un insumo esencial para la actividad industrial, comercial y de servicios.⁵

Reformar la Constitución Política para dar paso al nuevo modelo energético, partiendo del principio de que la Nación es propietaria de los hidrocarburos del subsuelo, tuvo como objetivos modernizar las industrias de hidrocarburos y eléctrica del país, a partir del aprovechamiento sustentable de los recursos naturales para desarrollar su potencial energético impulsando su crecimiento económico, para hacerlas competitivas con otras de mercados similares dentro del contexto internacional.

La reforma trajo también, modificaciones a la estructura social, y en especial, lo relativo a la tenencia, posesión y propiedad de la tierra; el aprovechamiento de los recursos naturales relacionado con la construcción, operación, desarrollo y abandono de los proyectos energéticos; en específico, nos referimos al impacto a la población indígena, que ha sufrido de manera histórica violaciones a sus derechos, discriminación y vejaciones. Sin embargo, la firma del Convenio OIT 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), y las posteriores reformas constitucionales de 2001 y 2011 en materia de derechos indígenas; la primera y, sobre el reconocimiento a los derechos humanos contenidos en los tratados de los que México es parte, la segunda, les reconoció a varios de estos derechos, el rango constitucional entre ellos, el derecho a la propiedad y posesión de la tierra, con sus modalidades, así como el uso preferente de sus recursos naturales. Asimismo, esa reforma sentó las bases para que posteriormente, se reconociera el derecho a la consulta previa, libre e informada, derecho que se encuentra estrechamente vinculado con la propiedad, posesión de la tierra y el uso preferente de los recursos naturales, ubicados en sus territorios.

A pesar de no estar consagrado en la carta magna el derecho a la consulta previa, libre e informada (en adelante, CPLI) y el consentimiento previo, libre e informado; y en atención a la reforma de 2011, dichos derechos forman parte del sistema jurídico mexicano. No obstante, la importancia que tienen ambos temas (CPLI y consentimiento), al formar parte del inicio de un proceso de ejercicio de otros derechos, es un elemento importante de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas para determinar las actividades económicas que se llevan a cabo en sus territorios, así como

⁵ Gobierno de la República, *Explicación ampliada de la Reforma energética*, México, Gobierno de la República, 2014, p. 19, disponible en: <https://www.gob.mx/sener/documentos/explicacion-ampliada-de-la-reforma-energetica>.

las medidas administrativas en relación con sus comunidades, ya que no existe actualmente una ley secundaria que regule ambas figuras.

La reforma energética implica e implicará la realización de varios proyectos y desarrollos que supondrán la ejecución de obras y actividades dentro del territorio de pueblos y comunidades indígenas, originando posibles afectaciones, por lo que las modificaciones al marco jurídico nacional para dar cabida a la nueva regulación en materia de energía, propicia una gran oportunidad para legislar sobre consulta previa, libre e informada, así como el consentimiento.

Por estas consideraciones, el presente trabajo tendrá como objetivo analizar el derecho a la consulta previa, libre e informada, el consentimiento previo, libre e informado; y el derecho preferente de los grupos indígenas, en relación con el carácter estratégico del desarrollo de proyectos de hidrocarburos y de la industria eléctrica tutelados por la Constitución Política y reglamentados de manera escueta, ante la ausencia de un marco jurídico que establezca el procedimiento de consulta, determine autoridades y facultades; resaltando la necesidad de contar con una ley especial que permita facilitar el procedimiento de consulta y consentimiento previo, libre e informado.

II. CONSULTA PREVIA EN MATERIA ENERGÉTICA. PROBLEMÁTICA

Acorde con la reforma de derechos humanos de 2011, así como la incorporación constitucional del término sustentabilidad al artículo 25, las leyes de Hidrocarburos y de la Industria Eléctrica contemplan dentro de sus respectivos textos que los proyectos de infraestructura de los sectores público y privado en las industrias de hidrocarburos y de la industria eléctrica, deberán atender los principios de sostenibilidad y respeto de los derechos humanos de las comunidades y pueblos de las regiones en los que se pretendan desarrollar. Así, ambos cuerpos normativos mandatan que la SENER está obligada a informar a los asignatarios o contratistas de proyectos de hidrocarburos o a los interesados en ejecutar proyectos de infraestructura eléctrica, sobre la presencia de grupos sociales vulnerables en las áreas donde se desarrollarán los proyectos, a fin de llevar a cabo la implementación de acciones para salvaguardar sus derechos. Esta disposición legal garantiza que el derecho a la consulta previa sea respetado, el cual se encuentra establecido en los artículos 119 de la Ley de la Industria Eléctrica⁶ y 120 de la Ley de Hidrocarburos, respectivamente.

⁶ Ley de la Industria Eléctrica, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014.

En junio de 1989 fue adoptado el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en agosto de 1990 México lo ratificó. El texto del Convenio 169,⁷ así como varios postulados recogidos por los Acuerdos de San Andrés Larráinzar sobre derechos y cultura indígena, y los ideales de la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA) fueron recogidos por esta última que elaboró un proyecto de iniciativa de reforma al artículo 2o. de la Constitución, que se materializó en 2001. Este precepto estableció en el inciso A), fracción VI⁸ el reconocimiento y garantía del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía para acceder con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la propia Constitución y las leyes de la materia, así como el de los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad; el derecho al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas. En opinión de Anglés, al ser excluidos comunidades y pueblos indígenas para acceder a los recursos naturales considerados como áreas estratégicas, cuestiona el carácter de preferencia de la Constitución, así como los recursos naturales a los que los indígenas verdaderamente tienen acceso preferente.⁹

En este sentido, la Constitución estableció limitantes a las actividades relacionadas con la preferencia en el uso de los recursos naturales, es decir, es una excepción al régimen de privilegio en su uso, cuando se trate de áreas estratégicas definidas por la propia Constitución en el artículo 28, y dentro de las que se encuentran las de planeación y control del sistema eléctrico nacional, el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica así como la exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos. Lo anterior, tiene explicación al tratarse de bienes de dominio exclusivo de la Nación, tratándose de hidrocarburos y, en el caso de la energía eléctrica, corresponde exclusivamente a la Nación, su planeación, así como la transmisión y distribución de esta. Sin embargo, el artículo 15 del Convenio 169

⁷ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *Diario Oficial de la Federación*, México, 3 de agosto de 1990.

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917. Reformas del 14 de agosto de 2001.

⁹ Anglés Hernández, M., “La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales, Caso *Cuapá*”, en Ordoñez Cifuentes, J. E. R. y Anglés Hernández, M. (coord.), *Primera memoria del seminario itinerante internacional, La cuestión agraria: Tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 74.

reconoce el derecho de los indígenas a participar en la administración, utilización y conservación de los recursos naturales que se encuentren dentro de sus tierras.¹⁰

Bajo este contexto, el citado Convenio 169 mandata que en caso de que el Estado sea propietario de los recursos del subsuelo o minerales o derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, como es el caso mexicano, los gobiernos están obligados a establecer procedimientos de consulta para que los pueblos interesados determinen si sus intereses se verían perjudicados y de qué manera, antes de autorizar cualquier programa de prospección o explotación existente en sus tierras.

Sobre este mismo tenor la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas prevé en su artículo 19 que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados, a obtener su consentimiento libre, previo e informado de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que les afecten,¹¹ así mismo, el artículo 32, punto 2, de la Declaración en comento, obliga a los Estados a celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas, por conducto de sus propias instituciones representativas, con el propósito de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras y territorios y otros recursos, de manera especial en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, tal es el caso de los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo dentro de sus territorios, o bien la realización de actividades relacionadas con la actividad de la industria eléctrica.¹²

Al respecto, nuestra Constitución no prevé dentro del artículo 2o., ningún proceso de consulta a los pueblos y comunidades indígenas con relación a la realización de proyectos y actividades que se lleven a cabo dentro de sus tierras y territorios que afecten sus recursos naturales, a pesar de que el Convenio 169 hace mención a sus territorios, por lo que nos encontramos ante el primer problema, ya que pareciera que al no estar en ella, no hay obligación de hacerla o bien de legislar en la materia. El artículo 2o. constitucional únicamente se refiere a las tierras; a pesar de la omisión, con la reforma del 2011 a la Constitución en materia de derechos humanos, el derecho a la consulta para las comunidades indígenas tiene rango constitucional y es una obligación para el Estado mexicano.

¹⁰ *Convenio 169 de la Organización Internacional...*, *op. cit.*

¹¹ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Nueva York, Asamblea General, 2008, pp. 8 y 9.

¹² *Ibidem*, p. 12.

Como antecedente en materia de CPLI en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN) emitió una sentencia a favor de la tribu Yaqui, quien se inconformó por haberse violado sus derechos, en especial el de conservar y mejorar su hábitat y preservar la integridad de sus tierras,¹³ respecto de una autorización de impacto ambiental emitida por la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) para la construcción “Acueducto Independencia”, consistente en el trasvase de las aguas embalsadas de la presa General Plutarco Elías Calles a la ciudad de Hermosillo, Sonora. El efecto de la sentencia consistió en declarar insubsistente la autorización mencionada, y previamente a la autorización de impacto ambiental, otorgar la garantía de audiencia a dicha comunidad, por conducto de sus representantes reconocidos, de acuerdo con sus usos y costumbres.¹⁴

Si bien, el procedimiento de consulta al que fue obligada la autoridad responsable tiene que ver con la capacidad de carga de la cuenca del río Yaqui y las posibles afectaciones que su desarrollo implica, es el primer antecedente en relación con la consulta y la garantía constitucional de audiencia. A pesar de implementar un procedimiento de consulta como este caso es complicado, ya que el acueducto ya estaba construido, y que en la práctica, las autoridades responsables de llevar a cabo dicho procedimiento lo retrasaron debido a la falta de definición sobre quién era la autoridad responsable de llevar a cabo el proceso de consulta,¹⁵ esto ha arrojado importantes consideraciones a tomar en cuenta, una de ellas es la tardanza del Poder Legislativo en expedir una Ley de Consulta que regule el procedimiento, requisitos, el alcance del consentimiento, entre otros aspectos, o bien, modificar la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) para legislar el procedimiento de consulta en materia ambiental, lo cual abarcaría no únicamente al impacto ambiental, sino a otras materias por ellas reguladas por dicho ordenamiento. Cabe mencionar que esta ley, en su dispositivo 34, establece que cualquier persona de la comunidad de que se trate, podrá solicitar a la autoridad llevar a cabo un procedimien-

¹³ Rebolledo, J. M. y Castañón Ramírez, A., *Amparo en Revisión 631/2012*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

¹⁴ Canal Judicial, *Precisiones de la SCJN sobre Acueducto Independencia*, México, 5 de julio de 2013, disponible en: <https://canaljudicial.wordpress.com/2013/07/05/precisiones-de-la-scn-sobre-acueducto-independencia/>.

¹⁵ Al respecto, la Segunda Sala de la SCJN estableció, mediante tesis aislada, que la autoridad competente en materia de CPLI es la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, sin perjuicio de que otras leyes especiales, faculten a otras autoridades. Tesis 2a. XXVIII/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, junio de 2016, p. 1211.

to de consulta de la obra o actividad sujeta a evaluación de impacto ambiental y participar dentro de ese procedimiento de consulta pública¹⁶, sin embargo, no se trata de una consulta indígena. También la LGEEPA en su artículo 15 fracción XIII, al referirse a los principios de política ambiental, dispone que el Ejecutivo Federal debe garantizar el derecho de las comunidades, incluyendo a los pueblos indígenas, a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la salvaguarda y uso de la biodiversidad. Sin embargo, consideramos que la solución ante la ausencia de regulación específica en materia de consulta indígena, no se resolvería con modificaciones parciales a leyes o reglamentos, lo indispensable es unificar las normas contenidas en la Constitución Política y los tratados.

Con relación con este punto, la SCJN ha instruido a los miembros del Poder Judicial Federal y a quienes imparten justicia, a revisar si leyes, normas o algún instrumento general violenta el derecho a una CPLI de pueblos y comunidades indígenas equiparables y si la aprobación de un proyecto específico respetó este derecho.¹⁷

En este tenor, es pertinente mencionar una tesis jurisprudencial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,¹⁸ mediante la cual se señala que las autoridades administrativas electorales de cualquier orden de gobierno, tienen el deber de consultar a la comunidad indígena interesada, mediante mecanismos eficaces y por conducto de sus instituciones representativas, cuando se pretenda emitir alguna medida de afectarles directamente, con el fin de garantizar la vigencia de sus derechos indígenas y el desarrollo integral de pueblos y comunidades, sin que la opinión que al efecto se emita vincule a la autoridad administrativa, ya que se trata de una consulta para determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían agraviados.

A su vez, por lo que respecta al *ombudsman* nacional, éste emitió la Recomendación 56/2012 sobre el derecho a la consulta, toda vez que consideró que la Secretarías de Economía y de Recursos Naturales, así como la Comisión Nacional del Agua vulneraron el carácter previo de la misma, al no consultar el otorgamiento de las concesiones mineras, ni realizar el proceso de consulta libre e informada al pueblo Wixárika en los procedimientos administrativos que se siguieron para otorgar autorizaciones y concesiones mineras en Wirikuta, afectándose los derechos humanos a la consulta y partici-

¹⁶ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, *Diario Oficial de la Federación*, México, 28 de enero de 1988. Reformas del 13 de diciembre de 1996.

¹⁷ Gutiérrez Rivas, R. y Emanuelli, M. S., Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con *Proyectos de Desarrollo e Infraestructura*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 86.

¹⁸ Tesis 37/2015, *Gaceta de Jurisprudencia*, Décima Época, mayo de 2015, pp. 19 y 20.

pación, al uso y disfrute de los territorios indígenas, a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, al agua potable, al saneamiento y a la protección a la salud del pueblo Wixárika.¹⁹

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentenció culpable a la República de Ecuador por haber emitido una concesión para llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, sin realizar el proceso de CPLI y consentimiento previo al Pueblo Kichwa de Sarayaku, pues las actividades afectarían su territorio. En consecuencia, la Corte resolvió sobre la obligación de los Estados para normar principios en materia de consulta en relación con lo previo, libre e informado, subrayando, que la CPLI es un derecho humano colectivo de los pueblos y comunidades indígenas.²⁰

Bajo este contexto, la existencia de un tratado implica la obligación del Estado de hacer posibles las vías de acceso de los derechos constitucionales de pueblos y comunidades indígenas a la consulta previa; es decir, instrumentar y facilitar el ejercicio de ese derecho. La ausencia de legislación secundaria específica en materia de consulta previa origina que los pueblos y comunidades indígenas se encuentren en estado de indefensión al no ser oídos sobre el derecho que tienen a decidir sobre lo que ocurrirá en su territorio, a la posible afectación a sus recursos naturales y a la decisión sobre una contraprestación justa derivada de las actividades productivas que eventualmente se lleven a cabo.

Es importante resaltar que ni la Ley de Hidrocarburos ni la Ley de la Industria Eléctrica definen lo que es la consulta previa, es el reglamento de la Ley de Hidrocarburos, que la define en su artículo 3o., fracción III, como el procedimiento mediante el cual se ejerce el derecho colectivo 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.²¹ La responsable de llevar a cabo los procedimientos de consulta en materia de hidrocarburos y eléctrica es la SENER, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

¹⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación 56/2012 sobre la violación de los derechos humanos colectivos a la consulta, uso y disfrute de los territorios indígenas, identidad cultural, medio ambiente sano, agua potable y saneamiento y protección de la salud del pueblo Wixárika en Wirikuta*, México, CNDH, 28 de septiembre de 2012.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Fondo y reparaciones*, sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párr. 164.

²¹ Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 31 de octubre de 2014.

En materia de hidrocarburos, el reglamento de la ley establece que la SENER se coordinará con la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Ambiente del Sector Hidrocarburos; a diferencia suya, el reglamento de la Ley de Industria Eléctrica no prevé que sea la Semarnat quien auxilie a la SENER en la consulta, toda vez que es ésta quien conserva las facultades de regulación y expedición de autorizaciones, permisos y licencias en materia de energía eléctrica.

En el caso de proyectos desarrollados por ellas se prevé que participen las empresas productivas del Estado, es decir, PEMEX y CFE, sus subsidiarios y empresas filiales, así como particulares. Asimismo, en energía eléctrica, podrá participar la Comisión Reguladora de Energía. Un ejemplo de participación, lo constituye la Comisión Federal de Electricidad y la Comisión Reguladora de Energía en el procedimiento de consulta a la comunidad Rarámuri de Chihuahua, para realizar un proyecto de 160 km de aproximadamente 560 km de transporte, para suministrar gas natural a centrales de generación eléctrica. En el tema eléctrico, en términos de lo dispuesto por el artículo 89 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, en el caso de proyectos desarrollados por empresas productivas del Estado, serán éstas quienes lleven a cabo la consulta, contado únicamente con el visto bueno de la SENER. Esta disposición reglamentaria contraviene lo estipulado en la Ley de la Industria Eléctrica que obliga a SENER a participar en los procedimientos de consulta, siendo potestativa²² la participación en dichos procedimientos, de las empresas productivas del Estado, sus subsidiarias y filiales, así como la de los particulares.

La Ley de Hidrocarburos, en su dispositivo 120²³ y la Ley de la Industria Eléctrica, en su artículo 119, disponen que la SENER, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan, con el fin de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria de hidrocarburos, deberá llevar a cabo los procedimientos de CPLI que sean necesarios y cualquier otra actividad para su salvaguarda. Sin embargo, no se detallan las características de la consulta, es decir: previa, libre e informada,²⁴ esto podría dar paso a la realización de la CPLI en cualquier tiempo. A pesar

²² El artículo 119 de la Ley de la Industria Eléctrica señala que “en dichos procedimientos de consulta podrán participar la CRE, las empresas productivas del Estado y sus empresas subsidiarias y filiales, así como los particulares”, p. 46.

²³ Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014.

²⁴ La palabra previa significa “anticipado, que va delante o que sucede primero”, *cfi: Diccionario de la Lengua Española*, vol. 7, 23a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2014.

de esto, la recién reforma a la Constitución Política en materia de derechos humanos, garantiza que los tratados forman parte del bloque constitucional, por lo cual, lo pactado por nuestro país, es parte del derecho positivo, entonces debe cumplirse el procedimiento de CPLI regulado en el derecho internacional de los derechos humanos.

Ante la falta de normatividad específica en materia de consulta indígena, la SENER elaboró el manual de procedimientos en la Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial²⁵ y varios protocolos,²⁶ que incluyen el procedimiento de CPLI a pueblos y/o comunidades indígenas en el sector energético, en los que se detallaron los pasos a seguir de manera casuística en cada proyecto; pero ello da pie a la discrecionalidad y arbitrariedad, que podría evitarse con una ley sobre consulta.

Un avance en materia social se dio con la emisión, por parte de la SENER, de las disposiciones administrativas de carácter general sobre evaluación de impacto social en el sector energético, cuyo objeto consiste en establecer los elementos para la elaboración y la presentación de la evaluación de impacto social. Las disposiciones prevén que la evaluación deberá contener un apartado específico para la identificación y caracterización de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, así como la consideración sobre la incidencia en el ejercicio de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas. De gran relevancia es que este estudio permite identificar la existencia de un pueblo o comunidad indígena al que deba realizarse la CPLI ante la posibilidad de verse afectado por el desarrollo del sector energético.²⁷

De acuerdo con la Ley de Hidrocarburos, el objeto de la consulta es alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento conforme a la normativa aplicable. Para el caso de la energía eléctrica, es el Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica el que establece como objeto de la consulta el alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento libre e informado.²⁸ Sin embargo,

²⁵ Secretaría de Energía, *Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial*, México, noviembre de 2016, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/176174/Dirección_General_de_Impacto_Social_y_Ocupaci_n_Superficial.pdf.

²⁶ Secretaría de Energía, *Consulta previa, libre e informada a comunidades indígenas*, México, 2016, disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/consulta-previa-libre-e-informada-a-comunidades-indigenas>.

²⁷ Acuerdo por el que se emiten las Disposiciones Administrativas de Carácter General sobre la Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético, *Diario Oficial de la Federación* del 10. de junio de 2018, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5524885&fecha=01/06/2018.

²⁸ Artículo 91, Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, *Diario Oficial de la Federación*, México, 31 de octubre de 2014.

en ninguna de las materias en análisis, se habla de consentimiento previo, a pesar de la trascendencia de obtenerlo antes de la realización del proyecto.²⁹

Lo anterior, podría implicar que el consentimiento pueda ocurrir después, o bien se dé de acuerdo con la normativa aplicable, como se establece en ambas leyes. En este tenor, el poder de veto de los pueblos y comunidades indígenas en relación con los proyectos sometidos a su aprobación no está regulado ni el Convenio 169 ni en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI), pero de qué serviría someter un proyecto a CPLI y seguir los elementos esenciales que ésta debe tener para que pueda entenderse como válida, si los indígenas no tuvieran el derecho a negar su consentimiento previo, libre e informado cuando consideren que un proyecto pueda afectar sus derechos.

De acuerdo con la DNU DPI, los Estados están obligados a obtener el consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto susceptible de afectar sus tierras, territorios y/o sus recursos; como la exploración y explotación de hidrocarburos (artículo 32); 2) cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (artículo 29.2), como los generados por la operación de proyecto en el sector hidrocarburos, cuyas características de corrosividad, explosividad, toxicidad ambiental e inflamabilidad (CRETI) son determinadas por la normativa ambiental,³⁰ igual similitud tendrán las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica; 3) cuando excepcionalmente se considere necesario el traslado y reubicación de los pueblos indígenas de los territorios que ocupan (artículo 16, Convenio 169), y 4) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión sobre proyectos de actividades extractivas, dentro de los territorios indígenas. Dicho consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social y sienta las bases para que los operadores del proyecto tengan una relación positiva con las personas más directamente afectadas, lo cual contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto.³¹

Por otro lado, ante la omisión del Congreso de la Unión para legislar en materia de consulta, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

²⁹ Artículos 10, 19, 28, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁰ Norma Oficial Mexicana 052-SEMARNAT-2005, que establece las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de residuos peligrosos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 23 de junio de 2006.

³¹ Naciones Unidas, *Informe del Relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, Nueva York, Asamblea General, 1o. de julio de 2013.

(CNDH) emitió la Recomendación General 27/2016,³² en la que identificó algunas prácticas por parte de autoridades que deben evitarse, una de ellas, que “el carácter previo de la consulta es constantemente vulnerado. En algunos casos se advierte una tendencia de la autoridad a emitir las autorizaciones que dan lugar al proyecto, sin consultar ni hacer partícipe a la comunidad indígena en el otorgamiento de concesiones y permisos para la explotación de recursos”.³³

La CNDH expresó en la Recomendación que es importante diferenciar entre la consulta y el consentimiento. El estándar de la segunda figura es más alto, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su *consentimiento* libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecte.³⁴

La CPLI está estrechamente vinculada con el derecho a decidir³⁵ sus propias prioridades en lo que se refiere al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecta sus vidas, instituciones, creencias, medio ambiente, tierras que ocupan o utilizan, así como a controlar en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social o cultural; se debe respetar la autonomía para decidir de qué manera ejercen sus derechos. En este sentido, la entonces Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas³⁶ señaló que el derecho a expresar el consentimiento o lograr acuerdos y la obligación correlativa que tiene el Estado de consultar, constituyen un derecho sustantivo intrínsecamente relacionado con su derecho a la autonomía y libre determinación, lo cual, también se enlaza con la vigencia de otros derechos, como el derecho a la participación política, a preservar y fortalecer sus culturas, lenguas e instituciones, a mantener sus territorios, así como a la salud, a la educación y al desarrollo, entre otros.

En relación con la CPLI, se publicó el Protocolo de la Consulta Libre, Previa e Informada para el Proceso de Reforma Constitucional y Legal sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Afromexicanos, que establece los principios rectores y las etapas que conforman el proceso de consulta.³⁷

³² Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General número 27/2016 sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de agosto de 2016, p. 45.

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 54.

³⁵ Artículo 7o., *Convenio 169...*, *op. cit.*

³⁶ Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, México, CDI, 2013, p. 7.

³⁷ Protocolo de la Consulta Libre, Previa e Informada para el Proceso de Reforma Constitucional y Legal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Afromexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 21 de junio de 2019, pp. 11 y 12.

III. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

El procedimiento de CPLI debe prever los estándares nacionales e internacionales, esto es, observar los principios rectores de buena fe, libertad, información, pertinencia cultural, transparencia, acomodo y razonabilidad. La buena fe implica que debe observarse una actitud de respeto, lealtad y honradez; a su vez, se vincula con la característica de previa, tanto en la consulta como en el consentimiento; razón por la cual no se explica la ausencia de este término al regularse el consentimiento en la Ley de Hidrocarburos, refiriéndole únicamente como libre e informado. Y peor en la Ley de la Industria Eléctrica, que omitió por completo la referencia al consentimiento.

El consentimiento previo, libre e informado implica que la consulta se llevó a cabo, por lo que debe estar libre de toda coacción, intimidación, violencia y engaños para que deba entenderse que hubo plena libertad en la comunidad al otorgarlo; la información debe ser clara, amplia, veraz, suficiente y acorde con la pertinencia cultural de cada grupo, poniendo a su disposición estudios ambientales, sociales y económicos del proyecto para la toma de decisiones; deben respetarse sus condiciones, su identidad, su concepción de desarrollo, el tiempo que tarden en llegar a acuerdos de manera interna dentro de su comunidad y, finalmente, realizarse con los representantes del grupo o comunidad.

El procedimiento de CPLI, de acuerdo con los reglamentos de la Ley de Hidrocarburos (artículo 87) y de la Ley de la Industria Eléctrica (artículo 92), abarca las siguientes fases:

<i>Fase</i>	<i>Objetivo</i>
Plan de consulta	Planeación de la autoridad responsable
Acuerdos previos	Definiciones y términos sobre la manera en que se lleva a cabo la consulta
Informativa	Entrega de información suficiente y culturalmente pertinente
Deliberativa	Periodo de diálogo dentro de la comunidad o pueblo indígena que tiene por objeto analizar
Consultiva	Construcción de acuerdos o a la obtención de consentimiento previo
Seguimiento de acuerdos	Monitoreo del cumplimiento de los acuerdos adoptados

1. *Plan de consulta*

Se refiere a la planeación que lleva a cabo SENER, responsable de autorizar el proyecto. En la fase de planeación, el INPI puede preparar un diagnóstico de corte social, económico, político, cultural de carácter inicial que fije de manera provisional las condiciones para poner en marcha el procedimiento y estar en posibilidades de fijar un piso para el diálogo, mantener un equilibrio básico en la negociación y lograr construir voluntad de consenso en las partes, persiguiendo como objetivos previos, por su relevancia, entre otros: constituir una guía general de la ruta, obtener información básica del proyecto, primer acercamiento de los impactos positivos y negativos del proyecto en la población, caracterizar a los sujetos que podrían estar inmersos o tener algún interés o influencia en el proyecto, identificar nudos problemáticos de partida y, en su caso, antecedentes y estado actual de conflictividad al proyecto.³⁸

2. *Acuerdos previos*

Consisten en las definiciones y términos sobre los cuales la SENER y las autoridades tradicionales o representativas de las comunidades y pueblos indígenas acuerdan la manera mediante la cual se llevará a cabo la consulta. Es importante identificar a los actores miembros de las comunidades y pueblos indígenas; al respecto el artículo 2o. constitucional dispone que los pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al dar inicio la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Mientras que las comunidades integrantes de un pueblo indígena son 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.³⁹

A pesar de lo establecido por el Convenio 169 y la DNUDPI, tanto la Ley de Hidrocarburos, en su artículo 96, como la Ley de la Industria Eléctrica, en su artículo 42, señalan que las actividades de exploración y extracción y de transmisión y distribución de energía eléctrica se considerarán de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra actividad que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas.

³⁸ *Ibidem*, p. 23.

³⁹ Artículo 2o., *Constitución Política de los Estados Unidos...*, *op. cit.*

En caso de que actividades agrícolas u otras superficiales convivan con trabajos relacionados con los hidrocarburos, se podrá optar entre una contraprestación o indemnización. Por lo que puede apreciarse que se trata de una convivencia, más no de derechos en pugna por lo que se refiere a derechos preferentes, ya que al final habrá una contraprestación o indemnización. La doctrina del Derecho Civil definió al derecho de preferencia o derecho por el tanto, como la facultad pactada entre comprador y vendedor para que éste adquiera la misma cosa vendida con preferencia de un tercero.⁴⁰

Recordemos el concepto de las modalidades a la propiedad privada que establecidos en el artículo 27 constitucional que dispone que la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, y regular en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para distribuir la riqueza, desarrollar equilibradamente al país y mejorar las condiciones de vida de la población. Por lo que se dictarán provisiones para regular usos y destinos de tierras, aguas y bosques a fin de llevar a cabo obras públicas. De manera que el concepto de propiedad no es absoluto, sino que tiene un carácter social y económico, por lo cual la Nación puede imponer las modalidades que el interés social requiera, modificando el carácter jurídico de la propiedad.

En relación con lo anterior, el Estado mexicano tiene el dominio directo sobre el territorio y el derecho de intervenir en la distribución y aprovechamiento de la tierra y de las riquezas naturales; así como el de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público. Ante este principio superior de justicia social deben ceder todos los derechos privados cualquiera que sea su fundamento, pues de acuerdo con Mendieta y Núñez, se trata de una garantía social y una limitación general declarativa de los derechos individuales de propiedad ante el interés público.⁴¹

En efecto, las modalidades a la propiedad privada tienen que ver con dos elementos naturales: la tierra y las aguas, no así con los recursos del subsuelo, los cuales son considerados por el Estado como estratégicos. En este mismo orden de ideas, son áreas estratégicas la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica y la exploración y extracción de hidrocarburos. Sin embargo, el derecho preferente del aprovechamiento de los recursos natu-

⁴⁰ Gutiérrez y González, E., *Derechos de las obligaciones*, México, Cajicá, 1976, p. 367.

⁴¹ Mendieta y Núñez, L., *El sistema agrario constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 31.

rales inherentes a la propiedad se encuentra limitado por el interés social y orden público que, de acuerdo con el nuevo texto constitucional, posibilita a la nación para llevar a cabo las actividades de exploración, extracción del petróleo y de otros hidrocarburos a través de asignaciones, con el objeto de contribuir al desarrollo de largo plazo del país, lo cual redundará en beneficio social. Ante estas consideraciones, el derecho preferente de comunidades indígenas deberá ceder ante el interés general que el desarrollo del sector energético reviste.⁴²

Otro aspecto de gran trascendencia para la realización de la CPLI,⁴³ al que alude el artículo 6o. del Convenio 169, es la consideración de procedimientos adecuados y mediante las autoridades representativas, quienes estén en posibilidad de suscribir acuerdos y compromisos.

Ante la ausencia de una Ley General sobre Consulta es conveniente advertir quiénes son las partes que deben involucrarse en la consulta, esto es: las autoridades responsables, el pueblo o comunidad indígena, un órgano técnico, un órgano garante, asesores académicos, organizaciones de la sociedad civil y observadores.⁴⁴

El órgano técnico, que puede ser el INPI, tendrá como funciones establecer un diagnóstico social, económico, político, ambiental, jurídico, cultural inicial que fije las condiciones sobre las cuales el diálogo se habrá de iniciar, convocar a las reuniones y asambleas, facilitar los requerimientos del proyecto, buscar traductores y fungir como coadyuvante en la toma de acuerdos y decisiones.

El órgano garante, se debe entender como un observador del proceso, que debe dejar constancia sobre la legalidad del proceso y actúa como mediador en el procedimiento en caso de discrepancias, y pueden ser la CNDH o las comisiones estatales de derechos humanos, según la entidad federativa de que se trate.

⁴² Hernández Meza, Ma. de L., “El acceso de las comunidades indígenas a la justicia ambiental, en relación con los derechos al uso y disfrute preferente de los recursos naturales y a un medio ambiente adecuado,” en Ordoñez Cifuentes, J. E. R. y Anglés Hernández, M. (coords.), *Primera Memoria del seminario itinerante internacional, La cuestión agraria: Tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 25.

⁴³ Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos*, Nueva York, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, 2011, *in extenso*.

⁴⁴ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 2013, disponible en: http://www.semex.gob.mx/Pueblos_Indigenas.pdf.

Los asesores académicos, son personas que podrán participar en todas las etapas con su opinión, y procurar que sus posiciones se fundamenten en información objetiva y fiable.

3. Fase informativa

Esta etapa mandata la entrega de información suficiente y culturalmente pertinente a las comunidades y pueblos indígenas con relación al proyecto que se somete a CPLI. Esto implica entregarla de manera acorde a su cultura, idioma, costumbres, usos, religión, organización interna, sistemas normativos y la dinámica de cada grupo.

Durante todo el proceso de la consulta se debe garantizar adecuadamente el derecho a la información de los sujetos consultados; particularmente, en lo referente a las posibles afectaciones sociales, culturales, a su salud, a su medio ambiente y, en general, a cualquiera de sus derechos reconocidos.⁴⁵ En este tenor, la información del proyecto debe contener: el nombre y descripción del proyecto, con los elementos que lo integran, sus etapas, el nombre de la empresa responsable del mismo; la ubicación precisa y caracterización del lugar o lugares donde se desarrollará el proyecto, identificándose aquellos que sufrirán mayor afectación; los impactos sociales, a la salud y medioambientales, señalando las medidas de prevención, mitigación y reparación de los daños; la duración del proyecto, enfatizando en la etapa de abandono del sitio; el procedimiento de consulta, sus etapas y, finalmente los beneficios sociales y económicos para la comunidad.

La información deberá ser entregada y difundida en las lenguas de los pueblos y comunidades indígenas sujetos a consulta, a través de documentos impresos, reuniones y asambleas, discos compactos y, en general, todos los medios de fácil alcance de los consultados. Un elemento útil puede ser el documentar las dudas y comentarios para ser explicados, lo que será de ayuda después en la fase deliberativa.

Es importante que se les brinde información sobre las afectaciones ambientales a las áreas del proyecto; las medidas preventivas y, en su caso, de corrección y mitigación, serán obligadas.⁴⁶

⁴⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁴⁶ De acuerdo con el artículo 29 de la DNUDPI, los pueblos tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos, por lo que los Estados quedan obligados a establecer programas para asegurar esa conservación y protección.

4. *Fase deliberativa*

Se refiere al periodo de diálogo dentro de la comunidad o pueblo indígena que tiene por objeto analizar la información que lleve a la toma de decisiones sobre el proyecto sometido a consulta. Durante esta fase de deliberación es importante definir cronogramas y calendarios; por ello es importante anticipar la consulta a los tiempos contemplados por los dueños del proyecto para iniciar permisos y autorizaciones, cuestiones presupuestales, tiempos de las autoridades, con el objetivo de permitir que los grupos indígenas tomen sus propios tiempos para analizar y valorar la información, sin presiones que impidan la libre toma de decisiones.

5. *Fase consultiva*

Consiste en la construcción de acuerdos o a la obtención del consentimiento previo, libre e informado, con relación al desarrollo del proyecto materia de la consulta. Esta fase es la conclusión del proceso; al momento de la decisión para la construcción de acuerdos o de otorgar el consentimiento, es necesario que los representantes se acrediten, asimismo, todos los que participen en la consulta deben estar acreditados, para lo cual deben acompañar documentos de identificación y firmar las listas de asambleas, reuniones, actas y documentos donde se asiente el acuerdo al que se llegue, o bien el consentimiento, el cual debe constar por escrito. Si no se llegare al otorgamiento del consentimiento, también se debe hacer constar por escrito, con la traducción en su caso, señalando las razones por las cuales hay oposición al proyecto.

6. *Fase de seguimiento de acuerdos*

Radica en el monitoreo del cumplimiento de los acuerdos adoptados, utilizando el mecanismo que defina la comunidad o pueblo indígena consultado. De acuerdo con el Protocolo del INPI corresponde al órgano garante y al órgano técnico llevar a cabo el seguimiento de acuerdos, mediante el monitoreo, a fin de dar cuenta, mediante indicadores objetivos y de fácil consecución, del cumplimiento de tales objetivos.⁴⁷

En términos del citado Protocolo del INPI, hay una etapa del procedimiento de consulta, que no está considerado por los reglamentos de las

⁴⁷ *Ibidem*, p. 55.

Leyes de Hidrocarburos y de la Industria Eléctrica, pero sí por el Protocolo de la CDI para la implementación de consultas a pueblos, y que se refiere a la ejecución de acuerdos, es decir, que una vez llegado a un acuerdo final y éste ha sido formalizado en un documento público con validez y efectos legales.⁴⁸

En este contexto, las empresas participan como un actor interesado en la implementación del proceso de CPLI, entregando toda la información referente al proyecto que se va a realizar, incluidos los impactos ambientales y sociales previstos, así como de resolver las dudas que hagan referencia al desarrollo del proyecto; se propone que participe en las fases que considere el órgano técnico como un participante activo.⁴⁹

Como se puede observar, se hace necesario regular detalladamente el procedimiento de CPLI, así como lo relativo al consentimiento libre, previo e informado, con el propósito de incorporar los contenidos de los protocolos analizados a fin de dar certeza y seguridad jurídica a los pueblos y comunidades indígenas.

IV. HACIA UNA LEY GENERAL SOBRE CONSULTA

A lo largo del presente trabajo hemos insistido en la gran necesidad de legislar en materia de CPLI dada la relevancia del tema; pues como sostuvo la CNDH en el punto 139 de la Recomendación 27/2016, la falta de un ordenamiento específico que regule adecuadamente el proceso de consulta impide conocer el contenido y alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales y entorpece el procedimiento de CPLI, por lo que afecta en los planes de participación de los beneficios.

En este sentido, se recomendó a los titulares del Ejecutivo Federal, de las entidades federativas y al jefe de gobierno de la Ciudad de México, que presenten una iniciativa de ley de CPLI; que recoja los estándares mínimos descritos en la recomendación. De manera similar, recomendó al Congreso de la Unión a estudiar, discutir y votar una iniciativa que presente el Ejecutivo Federal o alguna de las dos cámaras, sobre una legislación específica respecto del derecho de consulta previa, libre e informada, que integre los estándares mínimos señalados en dicha recomendación. Igual sugerencia se hizo a las legislaturas locales.

De igual manera, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión número 1144/2019, dándole la

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

razón a los quejosos quienes en su calidad de indígenas por pertenencia y autoadscripción, interpusieron un amparo en contra del Congreso de la Unión, por su omisión de expedir la ley que reglamente la consulta previa, libre, informada, adecuada culturalmente y de buena fe, para el efecto de que el Congreso de la Unión cumpla con su obligación contenida en los artículos 1, 2 apartado B, fracción IX, y apartado C de la Constitución Federal, y transitorio segundo de su reforma de 14 de agosto del 2001, en relación con los diversos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.⁵⁰

Con relación a los derechos de audiencia y protección judicial para acceder a recursos efectivos de defensa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵¹, en su artículo 2o. refiere que, si el ejercicio de los derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados deben asumir el compromiso para adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias, para hacer efectivos dichos derechos.

El relator de la ONU Rodolfo Stavenhagen señala que las legislaciones indígenas nacionales son limitadas y se subordinan a intereses de terceros o al interés general de la Nación, advirtiendo dos tipos de problemas: 1) la inconsistencia de la legislación indígena respecto de otras leyes y 2) el rezago en la adopción de leyes reglamentarias y secundarias.⁵²

En este contexto, en nuestro país, a pesar del reconocimiento constitucional de ciertos derechos indígenas, la incipiente legislación y ante la dispersión de algunas leyes locales con disposiciones sobre el tema, consideramos que el documento idóneo sería una Ley General sobre Consulta Previa a Pueblos y Comunidades Indígenas, que estableciera los principios, bases, directrices, lineamientos generales sobre la consulta previa, libre e informada; cuyo contenido versa sobre el objeto, materias, etapas, modalidades, autoridades responsables, autoridades indígenas, aspectos lingüísticos, culturales y sociales, mecanismos económicos, los órganos técnicos, el garante, asesores académicos, externos, seguimiento y ejecución de acuerdos, régimen de responsabilidades y sanciones; asimismo, establecer las directri-

⁵⁰ Franco González Salas, José Fernando, *Amparo en Revisión 1144/2019*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, Segunda Sala, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-04/1144.pdf.

⁵¹ Cámara de Diputados, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, disponible en: http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/view/full/262310_

⁵² Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos: informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, México, UNESCO, 2007, p. 130.

ces y estándares mínimos sobre los cuales, las legislaturas de las entidades federativas y asamblea de la Ciudad de México, deban emitir sus ordenamientos locales. De esta manera dichas legislaturas, atendiendo al principio de concurrencia determinado por las leyes generales, dictarían sus propias leyes, dentro del ámbito de competencia material que la propia ley general establezca.

Un aspecto de suma importancia a tomar en cuenta es la participación municipal dentro del proyecto de Ley en comento, las autoridades municipales son el primer contacto con la población indígena, por lo que su problemática y condiciones sociales, culturales y económicas no les son ajenas; sobre este punto, los recursos naturales son tutelados en primera instancia por el municipio, por lo cual, sus atribuciones deberán ser lo suficientemente reguladas para coadyuvar en el proceso de consulta.

En virtud de lo anterior, se hace necesaria la modificación al artículo 73, fracción XXIX-Q que se refiere a la facultad del Congreso para legislar sobre iniciativas ciudadanas y consultas populares, para, además, facultarlo a expedir leyes generales sobre consulta indígena.

V. CONCLUSIONES

- 1) La reforma en materia energética tuvo como objetivos modernizar las industrias de hidrocarburos y eléctrica del país, aprovechando sustentablemente los recursos naturales para potencializar el crecimiento económico, satisfacer el mercado interno y generar riqueza para el país para beneficiar a los sectores desprotegidos.
- 2) Si bien es cierto las leyes de hidrocarburos y de la industria eléctrica, así como sus respectivos reglamentos son la primera normativa en regular el tema de consulta previa y consentimiento libre, previo e informado; también lo es que es necesario abundar sobre qué es la consulta, a quiénes se consulta, clase de información a brindar en la consulta, quién consulta y condiciones de la consulta.

Se acentúa la necesidad que el Poder Ejecutivo unifique los pasos de la consulta previa en los reglamentos de las leyes de hidrocarburos y de la industria eléctrica, toda vez que en el caso de ésta última las fases deliberativa y consultiva presentan errores.

- 3) En atención a la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, que en sus dispositivos 19 y 38 establecen la obligación de los Estados de legislar sobre pueblos indígenas y ante la urgente necesidad de legislar en materia de consulta previa y consen-

timiento libre, previo e informado. Se debe expedir una Ley General sobre Consulta Previa a Pueblos y Comunidades Indígenas, que incorpore dentro de su texto, de manera enunciativa más no limitativa, las siguientes consideraciones: características del consentimiento, principios, obligaciones de las autoridades responsables y empresas que participen en el procedimiento de consulta previa, instituciones coadyuvantes, fases del procedimiento, transparencia del procedimiento, información de las obras, actividades, proyectos o medidas legislativas o administrativas, conciliación en caso de discrepancias internas, así como seguimiento, ejecución y monitoreo de acuerdos.

- 4) Dadas las modalidades que la nación puede imponer a la propiedad, por el carácter de orden público e interés social que tienen las actividades reguladas por las leyes de hidrocarburos e industria eléctrica y, en virtud del carácter de áreas estratégicas como son planeación y control del sistema eléctrico nacional, el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica así como la exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos, por ser bienes del dominio exclusivo de la Nación, es importante legislar sobre el tema de consulta previa, para garantizar derechos indígenas, toda vez que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció limitantes al derecho de preferencia sobre los recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas, con la finalidad de garantizar la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., “La Garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales, Caso *Cucapá*”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. y ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (coord.), *Primera memoria del seminario itinerante internacional, La cuestión agraria: Tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- ARCE NAVARRO, F. J., “El proyecto Prometeo. Perspectivas para la construcción de un observatorio energético”, *Marco Constitucional para la Soberanía Nacional y Energética*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados, XLII Legislatura, 2015.
- CANAL JUDICIAL, *Precisiones de la SCJN sobre Acueducto Independencia*, México, 5 de julio de 2013, disponible en: <https://canaljudicial.wordpress.com/2013/07/05/precisiones-de-la-scn-sobre-acueducto-independencia/>.

- COLDWELL, P. J., “La propuesta del gobierno federal para la reforma energética de México”, *Reforma Energética. Motor de crecimiento económico y bienestar*, vol. 1, México, Fundación Colosio, M. A.-Porrúa, 2014.
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, *Explicación ampliada de la Reforma energética*, México, Gobierno de la República, 2014, disponible en: <https://www.gob.mx/sener/documentos/explicacion-ampliada-de-la-reforma-energetica>.
- GRUNSTEIN, M., “El cambio de piel. La nueva industria de la explotación del petróleo en México”, en OROPEZA GARCÍA, A. (coord.), *Reforma Energética y Desarrollo Industrial un Compromiso Inaplazable*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IDIC, 2015.
- GUTIÉRREZ RIVAS, R. y EMANUELLI, M. S., *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con Proyectos de Desarrollo e Infraestructura*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E., *Derechos de las Obligaciones*, México, Cajicá, 1976.
- HERNÁNDEZ MEZA, Ma. de L., “El acceso de las comunidades indígenas a la justicia ambiental, en relación con los derechos al uso y disfrute preferente de los recursos naturales y a un medio ambiente adecuado”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. y ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (coords.), *Primera Memoria del seminario itinerante internacional, La cuestión agraria: Tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones de Jurídicas, 2012.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, L., *El sistema agrario constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa, 1980.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, vol. 7, 23a. ed., Madrid, 2014.
- REBOLLEDO, J. M. y CASTAÑÓN RAMÍREZ, A., *Amparo en Revisión 631/2012*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- SECRETARÍA DE ENERGÍA, *Consulta previa, libre e informada a Comunidades Indígenas*, México, 2016, disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/consulta-previa-libre-e-informada-a-comunidades-indigenas>.
- SECRETARÍA DE ENERGÍA, *Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial*, México, noviembre de 2016, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/176174/Dirección_General_de_Impacto_Social_y_Ocupaci_n_Superficial.pdf.
- STAVENHAGEN, R., *Los pueblos indígenas y sus derechos: informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, México, UNESCO, 2007.