

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Resumen Ejecutivo

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Resumen Ejecutivo

El contenido de esta publicación es responsabilidad de sus autores y no necesariamente refleja la posición de Oxfam México.
Ciudad de México, Octubre 2018.

INTRODUCCIÓN	3
1. Marco constitucional, incorporación de estándares internacionales y marco legal sobre la consulta y CPLI	5
2. Derecho a la consulta y CPLI en México y la pertinencia o no de una ley general sobre la materia	11
3. Conclusiones y recomendaciones	15

El respeto por los derechos de los pueblos indígenas y tribales es un componente esencial en la construcción de sociedades democráticas. Sin embargo, con frecuencia los Estados de la región adoptan decisiones inconsultas que afectan a los referidos pueblos, propiciando conflictos sociales y agudizando su desconfianza hacia sus gobiernos, producto de siglos de políticas públicas basadas en la asimilación cultural, violencia y discriminación. Ante la creciente conflictividad social derivada del avance de megaproyectos energéticos y de infraestructura, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) se han convertido en una de las principales respuestas, en México y en otros países de América Latina, a la demanda de los pueblos indígenas para que se reconozca su libre determinación.

No existe en México una ley general que regule el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y CPLI sobre decisiones estatales que puedan afectar los derechos sobre sus territorios y recursos naturales. Ante dicho vacío legal, los funcionarios estatales se han guiado, en general, por los lineamientos establecidos en un protocolo sobre consulta elaborado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Además, a raíz de la Reforma Energética de 2013, se han desarrollado protocolos específicos ad-hoc para procesos de consulta en relación con proyectos vinculados al sector energético. Los procesos de consulta que se han llevado a cabo en México emanan sobre todo de sentencias dictadas en acciones judiciales emprendidas por comunidades y pueblos indígenas.

En México y en otros países de la región, se ha dado un debate importante sobre la mejor manera de implementar el derecho a la consulta y CPLI, en el marco del cual surgen algunas cuestiones fundamentales: ¿cuál es en realidad la motivación para tener una ley general en la materia? Cuando se habla de “certeza jurídica” como una de las motivaciones principales, estamos hablando de certeza jurídica para quién: ¿para los pueblos indígenas afectados, o para las empresas y entidades del Estado con intereses en los proyectos de inversión? ¿Es indispensable una ley para hacer valer el derecho de los pueblos originarios a la consulta y al consentimiento? ¿Hay aspectos inherentes a todo proceso de consulta? ¿Cuáles son los riesgos, ventajas y desventajas de adoptar un modelo de implementación de la consulta y el consentimiento por medio de una ley general, decreto o reglamento?

El intento por responder a éstas y otras preguntas en el contexto mexicano nos ha llevado a examinar experiencias de implementación del derecho a la consulta y CPLI en diez países de la región: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras y Perú. La experiencia comparada ha sido contrastada con el marco legal vigente en México y con ejemplos de tres casos en los que se ha intentado realizar una consulta a pueblos indígenas: el caso de la soya transgénica en territorios de comunidades mayas en Campeche y Yucatán; el proyecto del “Acueducto

Independencia” en el estado de Sonora, en territorio del Pueblo Yaqui; y el caso de las comunidades zapotecas de los Valles Centrales de Oaxaca, que buscan levantar la veda al uso del agua de un manto acuífero ubicado en sus territorios.

Para la elaboración del informe, la Fundación para el Debido Proceso (DPLF por sus siglas en inglés) y Oxfam-México realizaron entrevistas a integrantes de organizaciones representativas de pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones estatales, académicos y académicas destacadas. Asimismo, se contó con valiosos insumos de los consultores Carlos Andrés Baquero (Colombia), Juan Carlos Ruiz (Perú), Julia Dellasopa (Argentina), Isabel Madariaga (Chile) y William Vega (Costa Rica). La información relacionada con el marco legal aplicable en México y los hallazgos derivados de los tres procesos concretos de consulta en dicho país estuvieron a cargo de Claudia Gómez, Ángeles Arcos y Tajín Villagómez.

El presente documento es un resumen ejecutivo del informe que fue consolidado por DPLF y Oxfam-México, resultado de la sistematización y análisis de las entrevistas realizadas, los insumos entregados por consultores de los distintos países y la información documental disponible. Para la redacción del resumen ejecutivo se contó con el apoyo de Efrén C. Olivares, de nacionalidad mexicana y experto en estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas.

1. MARCO CONSTITUCIONAL, INCORPORACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y MARCO LEGAL SOBRE LA CONSULTA Y CPLI

A nivel constitucional, algunos de los países examinados en el informe reconocen explícitamente el derecho a la consulta previa, como es el caso de Bolivia y Ecuador. Otros —al igual que México— cuentan con normas constitucionales que mencionan derechos conexos al derecho a la consulta y el consentimiento, sin llegar a ser tan garantistas como las constituciones de Bolivia y Ecuador. Entre estos países de reconocimiento “intermedio” se encuentran Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, y Perú. Por otro lado, cada país asigna un distinto rango jerárquico a los instrumentos y a la jurisprudencia internacionales, lo cual incide en el mayor o menor grado de reconocimiento del derecho a la consulta y CPLI.

Todos los países analizados han ratificado el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, México fue el primero en hacerlo, en 1990. Brasil lo ratificó en 2002 y Chile hasta 2008, mientras que todos los demás lo hicieron en la década de los noventa. De los diez países en análisis, Chile, Costa Rica y Perú cuentan con un cuerpo jurídico específico en materia de consulta. Los demás están en proceso de adoptar una ley o han realizado intentos fallidos por adoptarla. En todos los casos hubo críticas a la ley o proyectos de ley, ya sea desde el movimiento indígena por considerar que la ley se queda corta ante estándares internacionales, ya sea desde el sector privado, por considerar que la ley impone demasiados requisitos que hacen más difícil llevar a cabo proyectos de inversión en el país en cuestión.

A pesar de opiniones que ubican a Perú en la vanguardia de la implementación de la consulta y CPLI, al ser el primer país de la región en adoptar una ley específica sobre la materia, ésta no estuvo exenta de críticas¹. A diferencia de lo que se ha visto en otros países, el proyecto de ley de consulta en Perú fue una demanda de las propias organizaciones indígenas, y fue en este proceso donde surgieron algunos sobresaltos. Por momentos, algunas organizaciones se retiraron de la mesa de consulta al no sentirse en igualdad de condiciones para negociar con el gobierno. En la Ley en sí, se identificaron deficiencias puntuales, entre las que destacan que no recoge fuentes de derecho más allá del Convenio 169 de la OIT, o que no hay mención específica a la obligación de consultar decisiones emanadas del Poder Legislativo. Algunos de estos problemas fueron abordados en el Reglamento, el cual incluso incorpora un enfoque de género en la implementación de los procesos de consulta. No obstante, el Reglamento también contiene algunas disposiciones incompatibles con estándares internacionales, por ejemplo, las que disponen cuándo se debe realizar la consulta y las que crean excepciones a dicha obligación.

1 Para un análisis de la implementación de la consulta previa en Perú, véase, Ruiz Molleda, J. C. (2011). La implementación del Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional. Lima: IDL/Justicia Viva. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>

También es de notar que la aprobación de la Ley y el Reglamento de consulta en Perú no significó el fin de las normas sectoriales sobre la materia. Posterior a éstos, se han adoptado resoluciones ministeriales y guías metodológicas que han servido de herramientas prácticas para la realización de los procesos de consulta.

En algunos países se ha tratado de implementar el derecho a la consulta y CPLI a partir de los estándares emanados directamente de instrumentos internacionales y la jurisprudencia desarrollada por los tribunales internos e internacionales. Otros han optado por adoptar normas sectoriales o específicas a uno u otro sector de la economía. En casi todos los casos, desafortunadamente, un común denominador ha sido la falta de consulta —e incluso de participación— de los pueblos y comunidades indígenas en el diseño de dichas normas.

Costa Rica presenta un modelo que cuenta con un marco jurídico bastante desarrollado en la materia. El proceso partió de esfuerzos de varias instituciones del ejecutivo costarricense por realizar procesos de consulta con comunidades y pueblos indígenas, complementados por sentencias judiciales que reivindicaban dicho derecho. Estos esfuerzos culminaron en la creación de un mecanismo de consulta previa que contó con el apoyo casi unánime de los pueblos indígenas en el país, el cual se rige por dos directrices ejecutivas. La Directriz 042-MP vierte sobre la organización interna de las instituciones que llevan a cabo los procesos de consulta, normas mínimas en materia de derechos de pueblos indígenas, y convocatorias a un primer encuentro territorial. La segunda directriz, Decreto Ejecutivo 40932-MP-MJP, fue creada entre el gobierno, los pueblos y organizaciones indígenas. Ésta reglamenta la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas de forma libre, previa e informada siempre que se prevean medidas legislativas, administrativas o privadas susceptibles de afectar sus derechos². El proceso regula ocho etapas de la consulta, desde la solicitud, intercambios de información, diálogo, negociación y acuerdos, hasta cumplimiento y monitoreo de los acuerdos.

Pese a lo anterior, el modelo costarricense no está exento de críticas. Por ejemplo, se ha mencionado que hace falta mayor coordinación entre los poderes ejecutivo y legislativo para que se consulten proyectos de ley que puedan afectar derechos de los pueblos indígenas. Además, no está claro qué institución del Estado sufragará el presupuesto para los procesos de consulta, entre otras lagunas en cuanto a capacitación y descentralización.

A pesar de las imperfecciones, los casos de Perú y Costa Rica reflejan un principio fundamental en todo esfuerzo por legislar o reglamentar en torno al derecho a la consulta: es de suma importancia consultar realmente y desde un inicio con

² El Decreto Ejecutivo 40932-MP-MJP está disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86192&nValor3=111716&strTipM=TC

los pueblos indígenas e incorporar sus insumos al proyecto de ley, reglamento, o decreto —la llamada “consulta sobre la consulta”. Si no se cuenta con la aceptación y credibilidad de parte de los pueblos indígenas, es difícil que el proceso produzca una ley o reglamento bien recibido por los mismos pueblos cuyo derecho se busca salvaguardar, como demuestra el caso chileno.

Chile fue el país que más tardó en ratificar el Convenio 169 de la OIT entre los países en estudio. Su primer intento por reglamentar el derecho a la consulta mediante un decreto supremo fue ampliamente criticado, al punto que organizaciones indígenas y de la sociedad civil lograron detener el proceso. Posteriormente, en 2014, el Congreso aprobó dos decretos supremos, entre ellos el Decreto Supremo 66, Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena, los cuales fueron igualmente cuestionados por organizaciones indígenas y de la sociedad civil, por no haber contado en su diseño con la participación de un amplio sector indígena³. En temas de fondo, el Reglamento chileno agrega requisitos no contenidos en el Convenio 169 y recorta el alcance de la consulta, es decir, no contempla situaciones en las que es necesario obtener el consentimiento. Ambos decretos supremos disponen que se tratará de llegar al consenso y consentimiento, pero en caso de que no sea posible, eso no significará que no se cumplió con el derecho a la consulta. Algunas organizaciones indígenas han pedido la derogación de estos decretos, al no considerarlos válidos por no cumplir con los estándares del Convenio 169 de la OIT. A pesar de pronunciamientos del gobierno chileno en el sentido de que se realizarían modificaciones a los decretos, éstas no se han realizado.

A pesar de no contar con una ley o reglamento sobre consulta, otros países de la región han creado una institucionalidad que, en la práctica, ha implicado procesos de consulta con resultados más o menos acorde con estándares internacionales. Colombia y Ecuador presentan esta situación. Colombia no cuenta con una ley general, pero desde 1996 se creó una Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación, la cual ha llevado a cabo procesos de consulta en base a decretos y directivas relativas a este derecho⁴. Los procesos han sido criticados por organizaciones indígenas, las cuales aseveran que los decretos y directivas en que se basa el trabajo de la Mesa Permanente no fueron consultados. A pesar de no contar con una ley específica sobre la consulta, en total, existen dos leyes, un decreto-ley, y once decretos que de una manera u otra inciden sobre el derecho a la consulta y los procesos para implementarla.

En Ecuador ocurre algo similar, ya que tampoco existe una ley general sobre la materia, pero existen leyes y reglamentos sectoriales que mencionan el derecho a la consulta y el consentimiento; por ejemplo, las leyes que regulan las industrias hídricas

³ El Decreto Supremo 66 se puede consultar en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961>

⁴ Ver Decreto N° 1397 de 1996.

y de hidrocarburos, así como la Ley de Gestión Ambiental. Además, una sentencia de la Corte Constitucional de 2010 estableció algunos parámetros para todo proceso de consulta: deberá ser pública e informada; estará en un proceso sistemático de diálogo; definirá quiénes son los sujetos de la consulta; respetará el sistema de autoridad y representación de los pueblos consultados, entre otros. Estos procesos de consulta han generado en Ecuador una guía programática de actuación estatal, aunque ésta no es vinculante.

Los procesos de consulta tanto en Colombia como en Ecuador también han sido criticados por no ceñirse a los estándares internacionales en la materia. El Decreto 1247 en Ecuador, por ejemplo, excluye la consulta previa para las medidas legislativas, limita el derecho a la consulta a un “instrumento de participación e información”, y establece expresamente que uno de los objetos de la consulta es brindar certeza jurídica a las políticas de aprovechamiento de hidrocarburos en el país⁵.

En Colombia, la principal crítica es que las guías en que se basa la Mesa de Concertación no han sido consultadas. En cuanto a la posibilidad de una ley general sobre la consulta, las organizaciones indígenas colombianas se han opuesto, arguyendo que es innecesaria, al existir ya estándares internacionales detallados y una institucionalidad que los puede implementar. Asimismo, destacan la poca fuerza política de las organizaciones indígenas frente a las empresas, considerando que una Ley General tendría que ser aprobada por el Congreso, entre otros motivos.

Un grupo de países de la región ha avanzado en el proceso de reglamentación de la consulta y el consentimiento hasta el punto de que sus congresos han discutido proyectos de ley, sin que hasta ahora hayan sido aprobados. En Guatemala, Bolivia y Honduras existen anteproyectos de ley de consulta que han enfrentado una serie de objeciones por parte de los pueblos indígenas, por razones no del todo disímiles.

En Guatemala la implementación de mecanismos de consulta previa remonta a los acuerdos de paz de 1996. Algunas leyes nacionales versan sobre el tema, pero sin regularlo directamente. En 2010 hubo un proyecto de reglamento sobre consulta previa que se consultó con el entonces Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, quién recalcó que debía ser sometido a un proceso de consulta con los pueblos indígenas. Ese proyecto fue ampliamente rechazado e incluso hubo una acción de inconstitucionalidad en su contra. Posteriormente a la presentación del proyecto, Guatemala atravesó una crisis política que culminó con la remoción del entonces presidente Otto Pérez Molina.

En junio de 2017, el Ministerio del Trabajo elaboró una “Guía Operativa” para la

⁵ El Decreto 1247 y un análisis más detallado de la incompatibilidad del mismo con los estándares internacionales y la realización de procesos de consulta de lotes petroleros, se pueden consultar en: <http://amazonwatch.org/assets/files/2013-07-consulta-previa-en-la-11a-ronda.pdf>

implementación de la consulta a pueblos indígenas⁶. Esto resultó inusual, ya que las guías operativas o de implementación habitualmente se publican después de aprobada una ley general. La guía establece seis “principios” de todo proceso de consulta (previa, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, flexible, y libre), así como una descripción de ocho etapas del procedimiento consultivo. No obstante, al no haber sido consultada, la guía presenta algunos problemas de fondo: se desarrolla únicamente con representantes y no con las comunidades mismas; se enfoca sólo en el Convenio 169 de la OIT y excluye jurisprudencia interamericana; y el procedimiento consultivo omite el carácter vinculante de los acuerdos alcanzados. A pesar de estas deficiencias, en mayo de 2018 la guía fue convertida en iniciativa de ley, la cual fue objeto de una acción de amparo. La acción plantea la inconstitucionalidad de la iniciativa de ley, debido a que no fue previamente consultada con los pueblos indígenas y a que varias de sus disposiciones son contrarias a los estándares internacionales aplicables.

En Bolivia, desde 2012 existe un anteproyecto de ley sobre consulta previa, mismo que el gobierno ha intentado consultar con las organizaciones y pueblos indígenas desde 2013. El proceso de socialización del anteproyecto ha sido criticado por no ser lo suficientemente participativo. Algunos pueblos indígenas han realizado algunas propuestas de modificación, pero no todas se recogen en el anteproyecto. De mayor preocupación es un artículo en el proyecto que exceptúa de la consulta materias “expresamente prohibidas en la Constitución Política del Estado, o que por su naturaleza no admitan la aplicación de este procedimiento o por seguridad del Estado o seguridad ciudadana”. Hasta la fecha, la ley no ha sido aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En Honduras, desde 2007 se había desarrollado una propuesta de “Ley Indígena”, la cual, sin embargo, fue criticada por haber sido elaborada sin participación de los pueblos indígenas. A raíz de la crisis de 2009, las organizaciones indígenas perdieron la ya de por sí poca confianza que tenían en las instituciones del Estado, aunado al contexto de violencia en contra de defensores de derechos de los pueblos indígenas y ambientales. No obstante, en el 2015 el gobierno hondureño y algunas organizaciones indigenistas elaboraron nuevos proyectos de ley. Uno de los borradores fue sometido a la Relatora de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas para sus comentarios, quien recomendó crear condiciones de confianza para un verdadero proceso de diálogo entre las organizaciones y el gobierno, la suspensión de la aprobación y operación de proyectos de desarrollo que pudieran afectar derechos de los pueblos indígenas, entre otras cosas. Luego de estas recomendaciones, y tras más de dos años de negociaciones mediadas por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el proyecto de ley sufrió cambios significativos, pero aún

6 El texto completo de la Guía Operativa se puede consultar en: <http://www.mintrabajo.gob.gt/images/organizacion/cs/Publicaciones/GUIAoperativa169.pdf>

contiene una serie de disposiciones contrarias a los estándares internacionales. En resumen, el caso hondureño se ha visto afectado por un contexto de profunda desconfianza por parte de organizaciones indígenas, producto de un alto nivel de violencia y criminalización de líderes y comunidades indígenas que se oponen a proyectos de inversión en sus territorios.

Por último, los países que muestran el menor avance en la reglamentación del derecho a la consulta previa son Argentina y Brasil, además de México. Ante la falta de una ley o reglamentos sobre la consulta previa, tanto en Argentina como en Brasil algunos pueblos indígenas han desarrollado sus propios protocolos de auto-consulta. Esto ha tenido resultados variados. En Argentina se creó un consejo consultivo conformado por representantes indígenas, pero predominan las prácticas ad-hoc sobre en qué casos y bajo qué modalidades se realiza la consulta. Por su parte, en Brasil hubo un esfuerzo por dialogar sobre un posible decreto presidencial, entre el gobierno y organizaciones indígenas y quilombolas, pero en 2013 se fracturó el diálogo a causa de decisiones vinculadas a la demarcación de territorios indígenas por parte de entidades federales que minaron la confianza de las organizaciones indígenas. Desde entonces, por lo menos ocho pueblos y comunidades indígenas han elaborado sus propios protocolos de consulta. Algunas comunidades indígenas en Colombia también han adoptado sus propios protocolos de consulta, pero en menor escala.

2. DERECHO A LA CONSULTA Y CPLI EN MÉXICO Y LA PERTINENCIA O NO DE UNA LEY GENERAL SOBRE LA MATERIA

México fue el segundo país en el mundo en ratificar el Convenio 169 de la OIT, pero se ha hecho relativamente poco desde entonces para hacer efectivo el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

Desde 1992 la Constitución Política de México reconoce el carácter pluricultural del país, pero no fue hasta la reforma constitucional de 2001 que se incluyó expresamente el derecho a “la libre determinación” de los pueblos indígenas, así como una mención de diseñar ciertas políticas educativas “en consulta con los pueblos indígenas”. A partir de 2011, ante un nuevo marco constitucional, los derechos de los pueblos originarios pasaron a ocupar el más alto rango jerárquico en el país, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirió jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Suprema Corte incluso ha aclarado que todas las sentencias de la Corte Interamericana —al emanar de la Convención Americana— pueden tener efectos vinculantes para México aún si el Estado mexicano no formó parte del litigio, en ciertas circunstancias. Además, en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional, y si dicha armonización no es posible, debe aplicarse el principio que resulte más favorable a la protección de los derechos humanos.

Luego de estos pronunciamientos de la Suprema Corte, el desafío para las autoridades mexicanas ha sido implementar procesos de consulta ante la falta de una ley general en la materia. Desde hace ya muchos años, y desde las bancadas de distintos partidos políticos, han surgido propuestas de ley de consulta, sin que ninguna haya sido aprobada. Un común denominador de las propuestas de ley ha sido que conciben a la consulta como un proceso de participación, y no tanto de toma de decisiones, es decir, de obtención del consentimiento. En general, las propuestas establecen que, si agotado el proceso de la consulta no se obtiene el consentimiento o no se alcanza un acuerdo en relación con las medidas propuestas, únicamente se dejará constancia que el órgano responsable agotó dicho proceso y se continuará con la medida estatal. Esto presenta serios problemas para los pueblos o comunidades indígenas afectadas por las respectivas medidas o proyectos.

La falta de una ley general ha sido compensada con “protocolos” específicos. En este sentido, en febrero de 2013 la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) desarrolló el Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la OIT⁷. Además, se han creado protocolos específicos de consulta, a raíz

⁷ CDI, 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

de sentencias judiciales que ordenan su realización. Entre ellos, se encuentran el protocolo de consulta a la Tribu Yaqui, en el estado de Sonora, y el protocolo de consulta a la comunidad indígena de Juchitán de Zaragoza, en Oaxaca. Además, a partir de la Reforma Energética se han desarrollado protocolos específicos para esa industria.

En lo sucesivo, se analiza la implementación de estos protocolos, y del derecho a la consulta en general, a partir de tres casos concretos de estudio, los cuales surgieron de mandato judicial. El primero se ubica en los estados de Yucatán y Campeche, donde comunidades mayas alegaron que la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) violó su derecho a la consulta y CPLI al otorgar permisos a una transnacional para sembrar soya transgénica. Un fallo judicial suspendió el permiso de siembra hasta que se realice la consulta. El proceso de consulta inició en 2016, y hasta abril de 2018 seguía detenido, debido a que, según las comunidades, las autoridades no respetaron algunos de los acuerdos logrados y cuestionaron su representatividad.

El segundo caso es el de la Tribu Yaqui, en Sonora. El pueblo alega que las autoridades medioambientales violaron el derecho de la Tribu Yaqui al otorgar una autorización de impacto ambiental para la construcción y operación de un acueducto que extrae agua de la Presa el Novillo del río Yaqui al río Sonora, los cuales la Tribu reclama como parte de su territorio ancestral. La Suprema Corte ordenó que se realice una consulta de la Tribu Yaqui de acuerdo a estándares internacionales. A pesar de la sentencia, el acueducto sigue funcionando y las autoridades siguen extrayendo agua de la presa, poniendo en riesgo la supervivencia de la Tribu.

Por último, en los valles centrales de Oaxaca las autoridades decretaron hace años una veda a la extracción de agua en la región, incluida la extracción por parte de unas 17 comunidades indígenas en mantos acuíferos que reclaman como ancestrales. Las comunidades indígenas se organizaron y entablaron acciones judiciales con la finalidad de realizar un manejo comunitario del agua y demandar que se levante la veda. Un tribunal administrativo ordenó a la Comisión Nacional del Agua iniciar un proceso de consulta a las comunidades y pueblos indígenas afectados, para valorar la procedencia de las solicitudes planteadas.

Del estudio de estos tres casos se observan algunos patrones y denominadores comunes que minan la efectividad del derecho a la consulta. Entre ellos destacan los siguientes: i) prevalece un desequilibrio de poder entre las partes (el Estado y los pueblos indígenas) para negociar e implementar el proceso de consulta; (ii) las autoridades gubernamentales a menudo no reconocen la relación especial y ancestral

Independientes. Consultable en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/252234/CDI_Protocolo_Consulta_Pueblos_Indigenas_2014.pdf

de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios, y recursos naturales; iii) no se respeta el principio de la auto-adscripción, es decir, las autoridades no tratan a los pueblos indígenas como sujetos de derecho, sino como objetos de política pública; iv) se presentan actitudes discriminatorias contra los pueblos indígenas, e incluso se han entablado acciones penales en contra de algunos líderes comunitarios, lo cual merma la confianza de los pueblos en el proceso; v) no se observan los principios inherentes a la consulta y el CPLI —ya que no ha sido ni previa, ni libre, ni informada— y se prioriza más bien la suscripción de acuerdos; vi) no existe claridad sobre las entidades del Estado responsables de la realización de los procesos de consulta, o existe conflicto de interés ya que algunas autoridades fungen como juez y parte en el proceso; y vii) el Poder Judicial ha sido omiso y no ha dado seguimiento ante el incumplimiento de las sentencias en términos del proceso de consulta.

Cabe mencionar que, en todos los casos examinados, las consultas no son previas; las autoridades estatales desconocen a las autoridades y procesos de organización de los pueblos; los procesos han fomentado la división al interior de las comunidades; los acuerdos tomados en los procesos no se respetan por las autoridades estatales; los procesos de consulta se llevan a cabo como un mero trámite administrativo; hay un ambiente de impunidad por la falta de ejecución de las sentencias.

De las experiencias de la región se aprecia que sólo en Perú la ley fue impulsada por los pueblos indígenas. En Costa Rica se contó con un proceso altamente consensuado con los pueblos indígenas, además de que ese país cuenta con una población indígena menos numerosa y mucho más homogénea que México. En todos los demás países donde existen proyectos de ley o decretos sobre la consulta, éstos fueron impulsados por el gobierno —en algunos casos incluso con apoyo o presión del sector corporativo— y un común denominador ha sido la resistencia a incluir estándares internacionales más allá del Convenio No. 169 de la OIT, sobre todo la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El análisis de los tres casos estudiados en México hace evidente la falta de una política pública basada en el respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas, y la tensión social que ello genera. En este contexto, no es sorprendente que la mayoría de los pueblos indígenas del país hayan rechazado esfuerzos por discutir una ley de consulta indígena. De hecho, si no se atienden previamente los problemas de raíz, vinculados al respeto a la libre determinación y a otros derechos fundamentales de los pueblos indígenas, una ley de consulta previa podría servir más bien para flexibilizar aún más la concesión de actividades económicas en sus territorios.

La adopción de una ley de consulta a menudo está vinculada a la necesidad de

perfeccionar los procedimientos administrativos y de brindar certeza jurídica a las partes interesadas. Pero reducir la consulta previa a un proceso dirigido a perfeccionar la concesión de proyectos y asegurar la seguridad jurídica de los acuerdos suscritos por las partes es incompatible con las expectativas de los pueblos y comunidades indígenas. Si la manera en que las autoridades estatales mexicanas han manejado los procesos de consulta en los tres casos de estudio es indicadora de cómo se manejaría la consulta a través de una Ley, parecería preferible no optar por esa vía.

En cuanto a los recientes protocolos específicos en el sector hidrocarburos, surge la incertidumbre de cuándo se debe realizar la consulta, y si debe ser sólo en un momento determinado, o si el proceso de consulta debe abarcar cada etapa del proyecto de que se trate. Asimismo, no existe claridad sobre qué entidad del Estado mexicano es responsable de implementar y administrar los procesos de consulta. En los tres casos bajo estudio, han sido las agencias estatales que en principio autorizaron los proyectos y que han participado activamente en los litigios —SAGARPA, SEMARNAT, y CONAGUA— quienes han estado a cargo de gestionar los procesos de consulta. Tampoco están bien definidos los roles y las responsabilidades específicas de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, entre otras, en los procesos de consulta.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En resumen, no existe una fórmula única que funcione en todos los contextos para hacer efectivo el derecho a la consulta y CPLI. Solo Colombia tiene una autoridad central que gestiona todos los procesos de consulta; en el resto de los países existen otros modelos, los cuales varían en cuanto al nivel de descentralización de los procesos. Un proceso descentralizado tal vez tenga la ventaja de que las autoridades que participen tendrán un mayor conocimiento de la industria, el contexto, y la zona geográfica de que se trate, pero a la vez pueden tener menor conocimiento sobre los estándares jurídicos aplicables a todo proceso de consulta. Ante esto, se desprenden elementos mínimos de la organización de todo proceso de consulta:

- Asignar a la instancia a cargo el rol de garante de derechos, y el papel activo y de liderazgo en todo el proceso de consulta;
- Dotar a la instancia a cargo del empoderamiento necesario para realizar su labor;
- Otorgar la capacidad necesaria para canalizar las demandas surgidas durante el proceso de consulta a las instituciones estatales competentes;
- Contar con recursos humanos y financieros suficientes y adecuados;
- Contar con un equipo multidisciplinario y con participación de personas indígenas;
- Asegurar la participación activa de entidades que observen el proceso y sean garantes de derechos; y
- Destinar los mayores esfuerzos para capacitar a los funcionarios públicos en puestos clave.

Con base en el análisis de lo sucedido en otros países de la región, se puede concluir que la adopción de una Ley general o reglamento de consulta y CPLI, como tal, no es indispensable para hacer efectivo dicho derecho. Ante el gran número de intereses políticos que incidirían en la redacción, negociación, y aprobación de una ley de consulta, insistir en una ley como la única vía para implementar el derecho puede resultar contraproducente, especialmente si resulta en una ley más restrictiva que los estándares internacionales aplicables, tal como ha sucedido en otros países de la región. Por lo tanto, este informe realiza las siguientes recomendaciones básicas a tomarse en cuenta en cualquier proceso de discusión de una ley de consulta en México:

- (1) A diferencia de otros ámbitos de los derechos humanos, en el caso de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado es imposible generalizar la forma de actuación estatal. No es posible imponer los mismos tiempos, condiciones y procedimientos a todas las comunidades y pueblos indígenas, en tanto no comparten las mismas formas de toma de decisión, cosmovisión,

e instituciones jurídico-políticas.

- (2) La existencia de ciertas disposiciones legales ayuda a aclarar aspectos fundamentales de la actuación estatal en los procesos de consulta, tales como los ministerios y secretarías intervinientes, el presupuesto asignado, y el rol de instituciones nacionales de derechos humanos.
- (3) El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado es un derecho auto ejecutable, y por lo tanto no requiere reglamentación específica para ser reconocido en la práctica.
- (4) Algunos aspectos de proyectos de ley en otros países ya han sido resueltos por tratados o tribunales supranacionales, y por lo tanto no es indispensable la reglamentación interna.
- (5) Algunos pueblos indígenas han expresado su preferencia por mecanismos de implementación como protocolos comunitarios y de auto-consulta, por encima de leyes generales.
- (6) Si la certeza jurídica es uno de los objetivos de la reglamentación, no se debe perder de vista la petición de los pueblos indígenas de que primero se respete la certeza jurídica de sus territorios, mediante la debida demarcación y titulación. Sin esa certeza jurídica a priori, no es posible realizar un proceso de consulta eficaz.
- (7) Antes de debatir una ley, es necesario evaluar sistemáticamente los procesos de consulta ya realizados —tanto los de mandato judicial en estudio en este informe, como los que emanen de la Reforma Energética— para evitar que una ley contenga las mismas lagunas jurídicas o permita las mismas falencias.
- (8) Toda iniciativa o propuesta de ley debe partir de los verdaderos titulares del derecho: los pueblos y las comunidades indígenas. Si una ley o reglamento es impuesto verticalmente desde el Estado, carecerá de legitimidad entre los pueblos indígenas, correrá un alto riesgo de ser rechazado, y agravará las distenciones y la desconfianza entre los pueblos indígenas y el Estado.

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de quien lo publica y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Esta publicación está sujeta a copyright pero el texto puede ser utilizado libremente para la incidencia política y campañas, así como en el ámbito de la educación y de la investigación, siempre y cuando se indique la fuente de forma completa. El titular del copyright solicita que cualquier uso de su obra le sea comunicado con el objeto de evaluar su impacto. La reproducción del texto en otras circunstancias, o su uso en otras publicaciones, así como en traducciones o adaptaciones, podrá hacerse después de haber obtenido permiso y puede requerir el pago de una tasa. Debe ponerse en contacto con **contacto@oxfammexico.org**

Ciudad de México, Octubre 2018.



Fundación
para el Debido
Proceso



Financiado por la
Unión Europea

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea.
Su contenido es responsabilidad exclusiva de quien lo publica y no
necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.