



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES

MAESTRÍA EN DERECHO CON ACREDITACIÓN PNCP (002478)

EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS Y
COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO Y LA REFORMA
ENERGÉTICA DE 2013-2014

T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO:

MAESTRA EN DERECHO

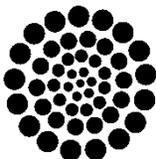
PRESENTA:

LIC. ANGÉLICA DOMÍNGUEZ ARIAS

DIRECTORA DE TESIS: DRA. DANIELA CERVA CERNA
PROFESORA INVESTIGADORA DE TIEMPO COMPLETO

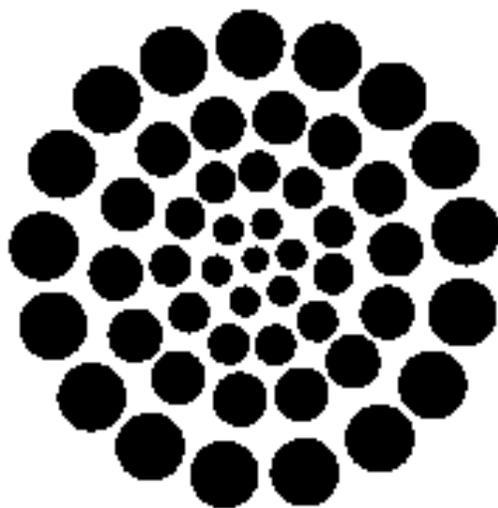
CUERNAVACA, MORELOS

ABRIL, 2018



CONACYT

RECONOCIMIENTO



CONACYT

**ESTA TESIS FUE REALIZADA POR BECARIO NACIONAL
CONACYT EN EL PROGRAMA EDUCATIVO DE MAESTRÍA
EN DERECHO PNCP (002478)**

AGRADECIMIENTOS

¡A la vida ¡

Hay tantos a quien quisiera agradecer que temo excluir a alguien. Ya tendré la oportunidad de hacerlo personalmente, por el momento, doy ¡Gracias! a todos aquellos que han sido coparticipes en el logro de este trabajo. Familia, Amigos, Compañeros, Maestros... ¡Gracias !

A ti mi niña, por tu tiempo concedido, tu apoyo y paciencia, pero sobre todo, por tu amor.

A ti, Gracias por tu estar, tu apoyo y paciencia.

A mis padres, mi eterno amor y agradecimiento. A ti mamá, por ser mi fortaleza espiritual, por tu amor y cuidados. A ti papá, por tu enorme apoyo, confianza en tiempos titubeantes, por tu fe en mi.

A mis hermanos, quienes prestaron sus ojos y oídos y alentaron cuando fue necesario.

A la Doctora Daniela Cerva Cerna, mi directora de tesis.

Por la oportunidad otorgada, el voto de confianza, su apoyo, paciencia, guía y brillantez para despejar mis dudas, ha sido parte esencial en la consecución de este trabajo. Mi admiración y agradecimiento.

A los doctores revisores de este trabajo, quienes dedicaron su tiempo a mi persona y a este trabajo, agradezco cada sugerencia, observación y aportaciones; además de ello, me permito decir que les tengo gran aprecio y admiración, tanto como profesionales como personas. Gracias Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Dr. Juan Manuel Ortega Maldonado, Dr. Juan Manuel Gómez Rodríguez y Dr. Rubén Toledo Orihuela.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se ha desarrollado principalmente mediante el análisis de los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas en México frente a la reforma constitucional en materia energética realizada en el año dos mil catorce, lo que se realiza mediante el estudio de caso, bajo un enfoque teórico doctrinal, sociológico, así como del análisis de leyes de aplicación en México y Tratados Internacionales.

Se ha tomado al método deductivo como hilo conductor de este trabajo, razón por la cual se ha dividido en cuatro capítulos. En el primer capítulo se abordan los principales conceptos que han de usarse en el desarrollo de todo el trabajo y que tienen como objetivo ubicar y contextualizar al sujeto de estudio en la problemática que se plantea. Por ello, de manera sucinta se ubica a los pueblos y comunidades indígenas dentro del derecho.

México es un país integrado por un gran número de pueblos y comunidades indígenas; no obstante que las disposiciones constitucionales e internacionales intentan salvaguardar sus derechos, resulta aún de carácter restrictivo, razón que motiva el estudio de su estructura y derechos, así como el análisis normativo de sus derechos frente a la aprobada reforma constitucional en materia energética realizada en el año dos mil catorce.

Tanto los pueblos como comunidades indígenas en nuestro país han perdurado de hecho desde tiempos inmemoriales, y han sido sus derechos acogidos y reconocidos por la legislación tanto a nivel nacional como internacional; de tal suerte que al reconocerles en la normatividad sus derechos humanos y sociales también los han restringido con la sujeción al derecho positivo.

Para entender de mejor manera esta interrelación derecho-sujeto, es que en el segundo capítulo me he dado a la tarea de establecer algunos antecedentes, especialmente los relativos a la reforma constitucional en materia energética y su relación con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, para ello, se han revisado

nueve leyes secundarias expedidas con motivo de la reforma, a efecto de establecer su vinculación con el sector indígena.

Cabe recordar que con la reforma energética se establecieron como actividades de utilidad pública, interés social, de orden público y con carácter preferencial las actividades del sector de hidrocarburos y de industria eléctrica frente a cualquier otra que implique el aprovechamiento superficial de la tierra mediante figuras diversas a la expropiación, justificándolas con la utilidad pública: *servidumbre legal de hidrocarburos y la ocupación superficial*.

Las leyes secundarias prevén figuras como las *servidumbres legales* y la *ocupación superficial*, que implican una restricción al derecho de propiedad en forma desigual, toda vez que no hay opción de negarse a ceder o limitar su derecho frente a los asignatarios o contratistas del sector energético, los que pueden ser empresas privadas, nacionales o internacionales; y es precisamente la propiedad social y de los pueblos y comunidades indígenas las que en mayor medida se ven afectadas por estas figuras, pudiendo vulnerar así su derecho a la propiedad, posesión, territorio, vivienda, cultura, la autonomía, la autodeterminación, el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos cuando puedan afectarse sus derechos, acciones que deben realizarse mediante mecanismos apropiados donde se pondere la buena fe y puedan participar libremente en el consentimiento de las medidas propuestas.

El carácter preferencial de las actividades del sector energético respecto de cualquier otra forma de aprovechamiento de la tierra es lo que impulsó la presente investigación, y su vez, es el vínculo entre el derecho, la reforma y el sujeto; toda vez que a través de ese carácter preferencial es que el derecho de propiedad y las actividades que por ejercerlo se realizan, pueden ser afectadas y, por ende, trasgredir derechos de las Comunidades y Pueblos indígenas.

Hecho esto, consideré necesario extender la visión respecto de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas fuera de México y lograr una mejor perspectiva, dando como resultando en el tercer capítulo de este trabajo. El enfoque principal de este capítulo se dio en dos sentidos: el primero, establecer si sus derechos han sido constitucionalmente reconocidos y cuáles son; el segundo, en visualizar la situación que

guardan esos derechos en el contexto social y de derecho. Para este apartado decidí incluir a Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala, advirtiéndole que dichas observaciones no deben considerarse como exhaustivas, más bien generales y comparativas.

Este apartado me ha permitido establecer las coincidencias que guardan los pueblos y comunidades indígenas de México con el resto en Latinoamérica. La lucha por el reconocimiento y reivindicación de sus derechos, los conflictos por sus derechos territoriales y humanos son una constante, al igual que los conflictos con el área de los hidrocarburos y el aprovechamiento de los recursos naturales, y por supuesto, la conflictividad con la figura jurídica de la consulta previa, libre e informada.

Actualmente la puesta en marcha de megaproyectos energéticos en México, a decir del Centro Mexicano de Derecho Ambiental, ya presenta fallas importantes que han generado la violación a derechos humanos y conflictos socio ambientales, lo que lleva a considerar el estudio del marco jurídico, pero sobre todo al de los pueblos y comunidades indígenas, al encontrarse en las leyes secundarias que en materia de reforma energética se expidieron, un señalamiento específico para su tratamiento, que debe atender tanto al marco constitucional como internacional: la consulta previa, libre e informada.

Cierto es que los efectos de la reforma energética no son aún visibles de manera concreta a razón de su reciente entrada en vigencia, sin embargo, el Estudio de Caso planteado en el cuarto capítulo nos dará acceso a observar el proceso, sus momentos críticos, los sujetos, así como el contexto en que se desarrolla; con la finalidad de estudiar las causas, consecuencias, aspectos de relevancia a considerar, así como las posibles propuestas, por tanto este estudio es de carácter exploratorio y abona al conocimiento de una problemática emergente y central para el desarrollo de nuestro país.

Para el desarrollo y análisis del problema planteado se ha tomado como objeto de estudio a la comunidad indígena Zapoteca de Juchitán, del Estado de Oaxaca, primer caso posterior a la reforma energética que se somete a litigio mediante el amparo indirecto, argumentando violaciones a sus derechos humanos y fundamentales. Este proceso legal permite analizar de manera práctica los posibles alcances, conflictos y consecuencias de la implementación de la reforma en materia energética y la aplicación

de la nueva legislación en el ámbito del derecho indígena, pudiendo sentar las bases para los procesos, y en su caso, evidenciar los fallos y violaciones de derechos.

Por otra parte, se debe recordar que las leyes secundarias no contienen mecanismos que tengan como finalidad el prevenir e impedir la realización de proyectos que puedan generar grave impacto ambiental o social, situación que puede poner en riesgo los derechos humanos legalmente reconocidos en la Constitución mexicana y los Tratados Internacionales suscritos por México, tales como el derecho a un medio ambiente sano, derecho al agua, derecho de propiedad, vivienda, trabajo, alimentación, de acceso a la información, participación y acceso a la justicia; derechos que les han sido reconocidos no sólo a las comunidades y los pueblos indígenas en nuestro país.

Bajo esta perspectiva general, el presente trabajo de investigación se justifica como una necesidad social en el sentido de que a través del estudio de caso y análisis crítico de las diversas disposiciones legales en México y tratados internacionales, su aplicación y posibles impactos en la vulneración de derechos de los pueblos y comunidades indígenas en México, desde una perspectiva de los derechos sociales como derechos fundamentales con carácter supraconstitucionales pueda brindarse una posible alternativa para consolidar la protección y el desarrollo dentro del marco de sus derechos a la autonomía y la libre autodeterminación como fundamento original de esta nación a nuestros pueblos y comunidades indígenas.

La reforma energética y la aplicación de las leyes secundarias pueden y han trasgredido los derechos reconocidos a los Pueblos y Comunidades Indígenas por la Constitución y los Tratados Internacionales suscritos por México. El derecho a la consulta sería el instrumento para evitarlo, sin embargo, no existe ley reglamentaria del proceso de consulta, lo que no permite garantizar a través de ella el respeto a los derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, por lo que se requiere elaborar una ley reglamentaria del proceso de consulta, ésta como marco referencial del proceso, así como garantizar en ella el pleno respeto a la decisión que tomen las comunidades al concluir el proceso, así como mejorar sus condiciones si fuera su decisión negociar por las posibles afectaciones.

CAPÍTULO I MARCO CONCEPTUAL

Sumario

Introducción. 1.1. El derecho, 1.2. La clasificación del derecho, 1.3. El Derecho Social en México, 1.4. El Derecho Económico como Derecho Social, 1.5. El Derecho Indígena, 1.6. El Derecho Agrario, 1.7. El derecho de Propiedad, 1.7.1. La propiedad en nuestra constitución, 1.7.2. El derecho de propiedad y su relación con el Derecho Social. 1.7.3. Modalidades y cargas que pueden ser impuestas a la propiedad, 1.8. Pueblos y comunidades indígenas, 1.9. Los indígenas como grupo Vulnerable, 10. Los derechos de los pueblos indígenas, 11. Ámbito nacional, 11.1. Autonomía, 11.2. Autodeterminación, 11.3. Derecho a la consulta previa, libre e informada, 11.4. Ámbito internacional, 11.4.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Introducción

En el presente capítulo se plasman teorías y doctrinas que sirven de sustento a la presente investigación, enunciando definiciones y conceptos que atienden al contexto de los derechos indígenas y la reforma energética, su interrelación y sus mutuos impactos.

Se establece la necesidad de ver más allá del derecho para abordar y conjugar elementos contrapuestos; por un lado, el desarrollo y la globalización¹, por el otro, tradiciones, usos, costumbres y una visión cosmogónica distinta. Ambos polos unidos legalmente por las normas del derecho internacional, donde el sector interno es el que ha tenido que adaptarse a veces forzosamente a tales condiciones, lo que ha repercutido de forma consonante al resto de los sectores sociales del país

¹ Globalización, entendiéndola como un fenómeno de incidencia de gran influencia en sectores como el financiero, el económico, cultural, social, por señalar algunos, producto del avance tecnológico que hoy se vive.

a través de las leyes elaboradas como consecuencia de las reformas estructurales como la reforma energética.

Se desarrolla de manera exploratoria un avistamiento de ambos elementos, su vinculación e importancia no sólo desde una perspectiva legal positivista, sino también desde un enfoque sociológico, lo que lleva a establecer una visión abierta donde se contraponen la aplicación de las leyes y el hecho social como producto de su aplicación.

1.1. EL DERECHO

Pareciera reiterativo e innecesario establecer conceptos tan básicos como qué es el derecho, sin embargo, resulta importante unir cada uno de los elementos que participan en el escenario de los derechos, las leyes, su aplicación y observancia en la sociedad, razón suficiente para que haya decidido desarrollar, aunque no de forma exhaustiva, estos temas.

Una de las principales discusiones teóricas doctrinales, lo ha constituido el definir qué es el derecho, desde los sofistas hasta los teóricos modernos, sin embargo, todos de alguna manera han concluido y coincidido en que no es posible definir al derecho, pese a que contamos con un sin número de conceptos que han tratado de aproximarse a lo que debiera entenderse como derecho.

El definir al Derecho ha sido una tarea ardua aún sin terminar, existen numerosas aproximaciones a conceptos atendido a las diversas corrientes y teorías que se han desarrollado a través de la historia. Los teóricos han coincidido en que el derecho tiene una relación directa con la actividad humana, sin embargo, la división de ideas surge al momento de establecer la esencia.

Dentro de los conceptos con mayor aceptación tenemos al del maestro García Máynez, quien tampoco ha escapado a esa diversidad, así por ejemplo, define al Derecho desde el punto de vista formal como: *“... el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en una cierta época y en un determinado país la*

autoridad suprema considera obligatorias.² En tanto que en su libro *Introducción al estudio del derecho*, hace referencia a los deberes y obligaciones, es decir, hace una inclusión dicotómica de los derechos objetivos y los subjetivos: *“El derecho, es el conjunto de normas. Trátense de preceptos impero-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes concede facultades.³”*

Esta disyuntiva no es exclusiva de Máynez, se ha dado gran discusión en torno a si el derecho subjetivo es una función del derecho objetivo o viceversa, sin embargo, no debemos olvidar que ambos se complementan y logran su cometido, la regulación de la actividad del hombre en sociedad.

Como se ha dicho, todos coinciden en que el derecho tiene una relación directa con la actividad humana. Recasens Siches afirma que el Derecho es producto cultural y por tanto *pertenece al mundo de la vida humana objetivada⁴* y por tanto cambia y se adapta según la actividad humana lo requiera y por otra, cambia o se modifica para regular la conducta de los hombres dentro de la sociedad a modo de facilitar la convivencia y colaboración social.

Atendiendo a lo anterior y de manera general se puede concluir que el derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta del hombre en sociedad, producido por éste y garantizado mediante el poder concedido al Estado para su debido cumplimiento.

1. 2. LA CLASIFICACIÓN DEL DERECHO

Históricamente el Derecho ha sido clasificado en derecho público y derecho privado; esta clasificación del derecho se remonta a la época de Ulpiano, a quien se le atribuye tal clasificación. El derecho público se le ha definido como: *“el que le atañe a la conservación de la cosa romana; el derecho privado es el que concierne a la utilidad de los particulares, concepción que se le conocería como teoría del*

² García Máynez, Eduardo. *La definición del derecho*. México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 17.

³ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 2002. P. 3.

⁴ Cfr., Recasens Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 1997. pp. 25-28

*interés en juego*⁵ de lo que se desprende que atendiendo a la naturaleza de la norma y lo que tutele será derecho público o derecho privado.

Esta dicotomía no fue suficiente para responder al ámbito de competencia del Derecho, en virtud de que dejaba de lado un conjunto de normas importantes que por su propia naturaleza esencial y utilidad no son de orden público o privado exclusivamente.

En el siglo XX las diversas discusiones llevaron a la creación de una tercera rama en el derecho: el Derecho Social, lo que ha resultado conveniente dado el tipo de derechos que se tutelan en esta nueva rama del derecho, que, si bien tiene rasgos del derecho privado, también los tiene del derecho público, y rasgos que no son compatibles con la dicotómica clasificación, razones que llevaron a la creación de esta nueva rama y que a mi juicio aproxima al derecho con la sociedad.

Atendiendo a los elementos individuo, sociedad y estado, la tercera rama la constituye el Derecho Social, entendiendo a éste como: *“el conjunto de normas jurídicas tutelares de la sociedad y de sus grupos débiles obreros, campesinos, indígenas, entre otros, consignadas en las constituciones modernas y en los códigos orgánicos o reglamentarios”*⁶.

Bajo esta perspectiva debemos establecer los factores comunes que hacen al Derecho Social una rama más del Derecho. Estos factores o elementos son: 1) va dirigido a individuos o grupos determinados de la sociedad que pueden ser considerados como vulnerables; 2) tiene como finalidad proteger a esos individuos o grupos vulnerables de la sociedad, y para ello 3) crea normas e instituciones que transformen la vulnerabilidad en equilibrio y como resultado de ello se alcance la justicia social, factores enunciados de manera más extensa por Trápaga⁷.

⁵ (García Máynez, *Introducción al estudio del derecho* 2002) p. 131

⁶ Cfr., Trápaga Reyes, Jesús, El derecho social en México: problemas y perspectivas. El Cotidiano [en línea] 2000, 16 (enero-febrero): [Fecha de consulta: 14 de junio de 2016] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32509902>> ISSN 0186-1840

⁷ Ídem.

En México, el derecho público se encuentra conformado por el derecho que tiene como finalidad el garantizar la convivencia social y regular la actividad gubernamental en cuanto a las relaciones de supra y subordinación; mientras que el derecho privado tiene como finalidad el regular la actividad e intereses de los particulares; en tanto que el derecho social protege a los grupos sociales en estado de vulnerabilidad a través de leyes, principios e instituciones⁸. Al derecho social debe entenderse no sólo como vía para la tutela de los grupos vulnerables sino como un mecanismo de tutela de la sociedad misma, desde la premisa de que como ciudadanos podemos encontrarnos en un estado de vulnerabilidad en algún momento de nuestras vidas en el interactuar social, derechos que salen del ámbito privado o del público y que deben ser igualmente atendidos.

Como se observa, el sector de la sociedad al que ha de prestarse atención dentro del presente trabajo de investigación son los indígenas, sujetos que son considerados para su tutela dentro de esta nueva rama del derecho que ha definido a este grupo como un grupo vulnerable, de ahí que sea necesario posicionarlos dentro del tratamiento que debe otorgárseles a través del derecho frente a la sociedad y el estado mismo.

1.3. EL DERECHO SOCIAL EN MÉXICO

Todo el derecho como producto de la sociedad se dice que es social, toda vez que viene de la sociedad y va dirigido a ella.

Para Radbruch, el derecho encuentra su justificación en la medida en que sea capaz de alcanzar la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Mendieta y Núñez define al Derecho Social como “*un Derecho de clases y grupos protegidos frente al Estado, frente a otros grupos, y frente a la misma sociedad*”⁹. Concepto que a mi juicio puede ser contradictorio, pues por una parte la establece como un derecho de clases y de grupos, lo que podría excluir al resto

⁸ Cfr., Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad Social en México*, Porrúa, México, 2013, p. 7,8.

⁹ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad Social en México*, Porrúa, México, 2013, p. 7

de la sociedad que no se encuentre en ese supuesto, y por la otra, apertura la defensa de esos derechos a la sociedad misma.

Disciplinas jurídicas como el Derecho del Trabajo, el Derecho Económico, Derecho Agrario y el Derecho de la Seguridad Social en México corresponden a esta rama del Derecho Social; algunas de ellas efectivamente surgen como victorias de lucha de la clase trabajadora y campesina, sin embargo, el Derecho Económico atiende no sólo a una clase social, sino a la sociedad regida por el Estado. Todas ellas tienen como objetivo proteger derechos de la sociedad, incluida la clase social marginada, y es mediante el intervencionismo estatal que trata de equilibrar las desigualdades económicas, culturales, sociales y de oportunidad, buscando hacer valer la justicia social y alcanzar el estado de bienestar social.

Mendizábal Bermúdez dice que *“el Derecho Social recoge el conjunto de los llamados derechos sociales, que son aquellas garantías constitucionales que se incluyen en la mayoría de las constituciones modernas y que el legislador consagra en contraposición con las garantías individuales.”*¹⁰ Una definición abierta e inclusiva, sin embargo yo no podría hablar de una contraposición, sino más bien complementarios, ya que los derechos sociales no sólo son derechos colectivos sino que además pueden atender a una afectación en lo individual y como parte del colectivo.

La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 es considerada como la primera constitución social del mundo en incluir derechos sociales como el derecho a la educación, la cuestión agraria, el derecho al trabajo y la previsión social; derechos contenidos en los artículos 3º, 27 y 123; de estos artículos se crearon leyes reglamentarias e instituciones para su aplicación y administración de justicia.

Los derechos sociales deben entenderse como derechos susceptibles de plena exigibilidad frente al Estado a través de mecanismos procesales existentes o adaptados a ese mecanismo para hacer efectivos los derechos reconocidos,

¹⁰ Ibid. p. 8

haciendo valer tanto la Constitución como las leyes federales de aplicación al caso concreto. Gregorio Peces-Barba refiere que Robert Alexy en su obra *Teoría de los derechos fundamentales* reconoce y sitúa a los derechos sociales como acciones positivas del Estado, es decir, prestaciones en sentido amplio a la par de los derechos a protección, organización, procedimiento; denominándoles derechos a prestaciones en sentido estricto¹¹, concepción compartida por Peces-Barba.

En el ámbito interno, la ex-Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Olga Sánchez Cordero en su participación en el Foro “Evolución y Trascendencia de la justicia agraria en México”¹² señaló que: “ *Los derechos sociales son normas, y como tales deben tener efectos vinculatorios para los sujetos obligados, entre los que se encuentran, por supuesto, los poderes públicos.*” y que “*La función de los derechos sociales en la Constitución debe servir como medio de control de las políticas públicas y de los actos del legislativo que se aparten de los fines establecidos en la Constitución*”.

En términos generales, para la exministra, la protección de los derechos sociales tiene que ser el medio para alcanzar el Estado de Derecho; consideración que comparto, ya que en la medida en que el respeto a los derechos sociales se realice, estaremos más cerca de alcanzar la justicia social. Tales posiciones vislumbran no sólo la protección de derechos de grupos sino de la sociedad misma.

Los indígenas y sus derechos se encuentran contemplados dentro del derecho social al considerarse como grupo vulnerable, al estar sus derechos concebidos desde una perspectiva colectiva y, por tanto, los mecanismos para

¹¹ Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, Segunda, México, Fontamara, 2013. p. 85*

¹² Participación de la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en el foro “Evolución y Trascendencia de la Justicia Agraria en México”, organizado por el Tribunal Superior Agrario, a través del Tribunal Unitario Agrario del Distrito 7, el 23 de agosto de 2007, en las instalaciones de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Xavier Icaza y López Negrete”, en la ciudad de Durango, Durango, documento que puede ser consultado en la página de internet: <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/23agosto-durango-derecho-agrario.pdf>, consultada en fecha 28 de mayo de 2016.

acceder a la justicia resultan un tanto cuanto disperso, teniendo que diferenciar los derechos individuales o colectivos de los indígenas para poner en acción a los órganos de justicia.

1. 4. EL DERECHO ECONÓMICO COMO DERECHO SOCIAL

Como se ha dicho, dentro de la rama del Derecho Social encontramos al Derecho Económico, plasmado en nuestra constitución en los artículos 25, 26, 27, 28, 73 y 131. Los primeros cuatro artículos fueron objeto de reforma en materia energética, de ahí se tenga la necesidad de explorar la rama del Derecho Económico como Derecho Social y su naturaleza en el presente trabajo.

En términos generales, se puede establecer que en el artículo 25 se encuentran establecidos los principios rectores de la economía y desarrollo del Estado, determinando las áreas estratégicas, prioritarias y reservadas para él; lo relacionado al sector social, su organización, expansión económica y productividad, así como la participación del sector privado en el desarrollo nacional.

El artículo 26 constitucional se establece la planeación democrática del desarrollo nacional, señalando la existencia de mecanismos de participación para recoger las aspiraciones y demandas de la sociedad, es decir, señala los procedimientos de participación y consulta popular, así como el sistema de planeación, los actores y organismos encargados.

En estos dos artículos se observa la rectoría del Estado en el ámbito económico y desarrollo social, pero también la obligación del estado de atender a las necesidades de la sociedad mediante los mecanismos apropiados, como el derecho de consulta tutelado por nuestra constitución en este mismo sector económico y de desarrollo social, derecho que no se ha ejercitado, ya sea por falta de mecanismos apropiados o por desconocimiento de tales derechos por sectores de la sociedad.

Por lo que respecta al artículo 27 constitucional, en él se establecen la propiedad originaria, sus modalidades, formas, figuras y procedimientos para su

afectación, autoridades para la impartición de justicia, órganos de procuración de justicia, así como las bases para el desarrollo rural integral y sustentable.

Este artículo, tiene gran relevancia en el desarrollo del presente trabajo de investigación, ya que en su fracción VII párrafo segundo establece la protección de la integridad de las tierras de grupos indígenas. Además, puede observarse la importancia de la propiedad en la función económica y social.

En materia de reforma energética, este punto es delicado, ya que a través de la reforma se crean nuevas Leyes, Reglamentos y figuras jurídicas que afectan al derecho de propiedad y establecen nuevos procesos y mecanismos tanto para su afectación como para garantizar el resarcimiento por las afectaciones que se realicen y son precisamente estas figuras, procesos y mecanismos los que serán objeto de estudio en el presente trabajo de investigación al enfrentarse con la obligación del Estado de proteger los derechos de sus ciudadanos, así como recabar las necesidades de la sociedad mediante los mecanismos de consulta previsto por nuestra constitución.

Es aquí donde el estudio de caso toma relevancia, ya que a través de éste podrá determinarse si los procesos y mecanismos propuestos en la reforma energética contienen errores de diseño legal o bien de aplicación y si esto genera la violación de derechos tanto humanos como fundamentales, y, particularmente, de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

En cuanto al artículo 73 constitucional, éste contempla las funciones, facultades y atribuciones del Congreso, destacando para efectos del presente trabajo lo concerniente a la determinación de contribuciones (fracción VII), el dictar leyes sobre vías generales de comunicación (fracción XVII), la regulación de terrenos baldíos (fracción XIX), la rectoría de la educación y la conservación del interés nacional (fracción XXV), la expedición de leyes para la regulación del asentamiento humano en correlación al párrafo tercero del artículo 27 constitucional (fracción XXIX-C), la expedición de leyes para el desarrollo económico y social del país (fracción XXIX-D), la expedición de la legislación económica (fracción XXIX-E), la expedición de la legislación de inversión nacional y extranjera (fracción XXIX-F),

la expedición de legislación en materia de protección al medio ambiente, la preservación y restauración del equilibrio ecológico (fracción XXIX-G), expedición de leyes en materia de protección civil (fracción XXIX-I), y en términos generales la expedición de leyes que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones. El 131 constitucional establece la facultad privativa de la federación en materia de impuestos a importaciones y exportaciones, así como la política de comercio exterior a través del Ejecutivo Federal.

Lo relevante en este conjunto de articulado reside en que realiza una conexión armónica entre su facultad de expedir leyes y su obligación de generar el desarrollo económico y social del país, con la obligación de salvaguardar los derechos otorgados por la propia Constitución, incluido claro está, el respeto a los derechos humanos, fundamentales y sociales contenidos en ella, por lo que su función se encuentra limitada en tanto sean respetados tales derechos, de ahí que se reconozca al Derecho Económico como parte del Derecho Social y los derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas como parte de éste.

1.5. DERECHO INDÍGENA

Hablar del derecho indígena implica reconocer que es hasta hace poco que se ha visto a éste como derecho, y que en todo caso se hace referencia a derechos reconocidos a los Pueblos y Comunidades Indígenas pero no de un derecho como tal, sino más bien integrado a otras ramas del derecho, principalmente confundido entre los derechos humanos y el derecho agrario, otorgando tratamiento especial a los integrantes de este grupo por las diversas legislaciones, pero no se habla de derecho indígena sino de derechos a indígenas.

El derecho no puede ser entendido sólo como el *conjunto de normas*¹³ y mucho menos de forma restrictiva a meras cuestiones legales. El derecho indígena o derecho de los Pueblos y Comunidades Indígenas implica una concepción interdisciplinaria donde se efectúe una vinculación estrecha entre la Antropología, la Sociología y el Derecho, es decir, la observación y estudio de los fenómenos

¹³ Las cursivas son mías.

sociales desde un enfoque no sólo jurídico sino también desde un punto de vista antropológico, sociológico y económico como un todo del fenómeno mismo.

Como producto social, el derecho es tan diverso como lo es la humanidad y sus culturas, por tanto, debemos percibir al derecho como creación pluricultural compleja. En el caso particular de México, nuestra propia constitución establece en su artículo 2º que nuestra Nación tiene una composición pluricultural sustentada en nuestros pueblos indígenas. Desde este enfoque el Derecho Indígena o derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas no deben ser relegados a mera interpretación legal o jurídica, debe atenderse al vínculo de los sujetos de derecho indígena con su cosmovisión, su relación estrecha con la tierra (su territorio) y desde ese enfoque aplicar el derecho.

Tal complejidad y la necesidad de hegemonía social y política en nuestro país han dado como resultado que el Derecho Indígena o derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas sean incrustados o confundidos en distintas ramas del derecho. Históricamente este derecho ha sido absorbido en el denominado Derecho Agrario, sin embargo, resulta indispensable su diferenciación en el trato, estudio y aplicación. La comprensión del entorno tanto natural, social, económico y cosmogónico del sector rural y del indígena es distinta y como tal deben ser diferenciados en sus derechos.

El derecho indígena, tal y como se ha indicado, no pertenece a las ramas reconocidas al Derecho, apenas considerado como derecho consuetudinario, o un pre-derecho, siempre supeditado al marco normativo del sistema legal mexicano. El denominado derecho azteca, se caracterizó por ser un derecho híbrido, producto de la mezcla de las culturas, ya sea por conquista o por relaciones interculturales. Con la conquista se vio igualmente influenciado, y posteriormente, con el sistema mexicano instaurado tras la independencia. El factor común de todas estas interrelaciones ha sido el espacio territorial, es decir, la tierra, y sobre ésta, el derecho de propiedad.

Durante el periodo de desamortización de tierras trajo como consecuencia que en 1910 el 1% de la población era la propietaria del 97 % del

territorio nacional¹⁴, mientras que sólo el 40 % de las comunidades indígenas, de las zonas más alejadas conservaban sus tierras. Para González Galván la “*etnopolítica mexicana del periodo 1810-1910 (...) tenían como objetivo la unidad nacional y otorgaban implícitamente el status de nacionales a los indígenas. Este proceso de formación nacional significó para los indígenas la pérdida de más de la mitad de sus tierras y la pérdida del reconocimiento de sus sistemas jurídicos consuetudinarios*”¹⁵.

Oliva Martínez dice que el Derecho Indígena es:

“El conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad indígena, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos, incluyendo un sistema de sanciones para quienes violan esas normas. Normas y reglas que no han sido creadas por el Estado, sino por los propios pueblos indígenas a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía”¹⁶

Aunado a ello, para el denominado derecho consuetudinario piensa tanto al ser humano como a la naturaleza y lo que en ella hay, como uno sólo, relación basada en el respeto mutuo; de ahí que se considera al derecho indígena como cosmológico y colectivista y, por tanto, diferenciado respecto de cualquier otra rama del derecho.

1. 6. EL DERECHO AGRARIO

Con el nacimiento de la civilización la tierra se convirtió en un factor importante y determinante en el desarrollo de las sociedades, en primer término como objeto del sustento y posteriormente como objeto de desarrollo y poder;

¹⁴ Mac-Lean y Estenos, Roberto, *La revolución de 1910 y el problema agrario de México, México, Cultura, 1959, pp. 38 y 39, citado por González Galván, Jorge Alberto, El Estado, los Indígenas y el Derecho, México, 2010, p. 110.*

¹⁵ González Galván, *Op. Cit.* Pp. 112.

¹⁶ Definición aportada en conferencia por el Doctor J. Daniel Oliva Martínez, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, en la Universidad de Castilla la Mancha, Toledo España el 15 de febrero de 2018.

acciones que tuvieron como resultado conflicto por su tenencia y aprovechamiento, problemática que debió ser resuelta mediante los mecanismos apropiados de control social y resolución de conflictos, es decir, se da paso a la creación del Derecho Agrario (no denominado así en origen), como regulador del derecho de propiedad, posesión, uso, goce, disfrute y disposición de la tierra.

El Derecho Agrario como Derecho Social y como actualmente se conoce en México no surge como tal sino hasta 1917, producto del acontecer histórico, de la lucha social y los triunfos de ésta, triunfos que han sido plasmados en nuestra Constitución (artículos 1º, 2º, 4º y 27 entre otros) y nuestra legislación, derechos que pese al transcurso del tiempo siguen siendo objeto de regularización y otorgamiento de certeza jurídica.

Tras la conquista los indígenas en México habían sido despojados de sus tierras, sometidos y concentrados en determinadas regiones del país (zonas productivas) bajo pretexto de evangelización y protección de sus conquistadores y desde ese entonces sus condiciones y derechos se fueron desvaneciendo.

Dentro del proceso evolutivo de esta rama del derecho se observa la importancia del derecho de propiedad y su justa distribución; y por la otra, el surgimiento de la supremacía de un sector social como lo es el sector rural (clase campesina); el surgimiento de entidades colectivas como los Ejidos y Comunidades y la desaparición de los derechos de los propietarios originarios de las tierras que hoy albergan nuestra Nación, los indígenas; quienes parecían ser asimilados por este nuevo sector social y su legislación de aplicación en lo particular (legislación agraria).

A pesar de la evolución y los triunfos de los movimientos indígenas que tienen como consecuencia la reforma constitucional de los artículos 2º, 4º y 27 y el reconocimiento de los derechos indígenas en supremacía constitucional, aún hoy en día, son las leyes, autoridades e instituciones del Derecho Agrario, las encargadas de la tutela de los derechos indígenas en materia de tenencia de la tierra; de ahí que sea inevitable hablar del Derecho Agrario cuando se habla de los derechos de las Comunidades y Pueblos Indígenas.

El Derecho Agrario como rama del Derecho Social en México ha sido conceptualizado como “... *la norma del Derecho que contiene las normas reguladoras de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura*” según Eduardo García Máynez, concepto que parece restrictivo por cuanto a que lo constriñe a lo relativo a la agricultura, es decir, a una actividad y no hace referencia a los sujetos tutelados por éste o las relaciones que se establecen entre ellos y con la función de la tierra.

La Procuraduría Agraria¹⁷ ha definido al Derecho Agrario como “*Conjunto de normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia de carácter social tendentes a regular las diversas formas de propiedad y de tenencia de la tierra en el medio rural, así como las actividades que se vinculan con la explotación y aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal...*”¹⁸ De nueva cuenta el concepto aunque más amplio resulta estrecho atendiendo a la realidad social actual y la pluralidad de variantes que se suscitan y que sólo está vinculado con lo indígena a través de la actividad agro-productiva.

Gerardo N. González Navarro concluye que el Derecho Agrario¹⁹:

... es el conjunto de normas legales que regulan las relaciones que surgen entre los sujetos dedicados a la actividad agropecuaria, derivadas esas relaciones con motivo de la tenencia de la tierra con destino agrícola, pecuario o forestal, así como de su explotación racional del medio ambiente, llevando como principal objetivo el mejoramiento de la calidad de vida de las familias campesinas a partir de una mayor redituabilidad en la producción del sector

¹⁷ Organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con funciones de servicio social, encargada de la defensa de los derechos de los ejidos, comunidades, ejidatarios, comuneros, sucesores de estos, pequeños propietarios, vecindados y jornaleros de conformidad con la Ley Agraria y su reglamento.

¹⁸ Procuraduría Agraria, *Glosario de términos jurídico-agrarios*, Dirección General de Estudios y Publicaciones, México, 2009, primera reimpresión, p. 66

¹⁹ González Navarro, Gerardo N., *El Derecho Agrario en el nuevo contexto legal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2002, p.p. 16,17.

primario, otorgando para ello seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, a la vez que permite el esfuerzo asociado entre sujetos agrarios con terceras personas.

El proceso evolutivo de este derecho ha requerido que su concepto evolucione con él tratando de adaptarse al nuevo contexto social, así, la Procuraduría Agraria define al Derecho Agrario desde un punto de vista integral y señala:

*“**Derecho Agrario Integral.** Es el conjunto de normas jurídicas que regulan el acceso, uso y administración de la tierra, así como su situación jurídica. Esta categoría comprende el estudio que formalmente corresponde a otras ramas del derecho, generales o especiales, que resultan complementarias a la materia agraria. Actualmente, en el Sector Agrario existen procesos que se encuentran estrechamente vinculados con las actividades de los núcleos agrarios como la producción, los actos jurídicos que se realizan respecto a su tierra, el aprovechamiento de los recursos naturales y preservación del medio ambiente, la organización agraria y la capacitación como instrumentos necesarios para lograr el desarrollo rural integral.²⁰”*

Concepto que se aproxima más a la realidad social que impera en nuestro país, y sin embargo tampoco contempla el derecho que respecto de las tierras tienen los pueblos y comunidades indígenas y que sin embargo al momento de dilucidar respecto de estos derechos es este derecho el que por lo general debe aplicarse.

El Derecho Agrario encuentra su fundamento legal en el artículo 27 constitucional, de él emanan las Leyes y Tribunales encargados de la impartición de justicia y también en él se instituye la protección del territorio indígena, estableciéndose y sometiéndose de esta manera su propiedad y por ende los indígenas a lo contenido por el Derecho Agrario, a su legislación y administración de justicia.

²⁰ Ídem, p. 67

Atendiendo a la vinculación entre Derecho Agrario y Derecho Indígena o Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas es que la reforma constitucional en materia energética y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas se encuentran, ambos bajo el amparo del Derecho Social, donde las leyes emanadas de la reforma deberán ser respetuosas e inclusivas a efecto de no violentar derechos plenamente reconocidos por nuestra Constitución, debiendo el Estado lograr el equilibrio entre la justicia social, sus funciones y atribuciones, donde se pugne y logre alcanzar el Estado de Derecho y Bienestar Social, evitando que existan violaciones de derechos al momento de la aplicación de leyes y procesos contenidas en ellas; en este caso, la aplicación de las normas producto de la reforma energética.

Esta diferenciación entre lo indígena y lo agrario tiene una gran repercusión al momento de resolver los asuntos o bien al momento de la implementación de los mecanismos procesales de salvaguarda de los derechos y tiene suma relevancia para el juzgador, quien desde una perspectiva de género deberá resolver la controversia planteada, pues como veremos no es el mismo tratamiento para uno y para otro sector, y en muchos casos, los derechos indígenas se verán atravesados por el derecho agrario.

1. 7. EL DERECHO DE PROPIEDAD

1. 7.1. Conceptos y antecedentes

La reforma energética gira en torno a un concepto fundamental, el derecho de *propiedad*, por lo cual, es necesario tener un concepto que nos permita vislumbrar el papel que juega este derecho dentro de la política pública y el desarrollo económico y social del país, así como su vinculación directa con los indígenas, los derechos sociales, humanos y fundamentales tutelados por nuestra Constitución.

No es posible hablar de propiedad sin recurrir a la historia y la evolución de las sociedades. La actividad agrícola sienta las bases para el nacimiento de las sociedades sedentarias, la especialización del trabajo, los medios de producción, el

desarrollo económico y social de dichas sociedades, y a su vez el factor del valor de la tierra y la necesidad de regular tanto el derecho como los procesos.

Algunos doctrinarios han considerado que históricamente la propiedad tiene tres fases evolutivas: a) la comunidad agraria o propiedad colectiva; b) la propiedad familiar o de grupo, y, por último; c) la propiedad individual²¹.

En términos amplios se entiende como propiedad “...*el poder que una persona física o moral ejerce de manera directa e inmediata sobre bienes muebles, inmuebles y derechos para aprovecharlos en el ámbito jurídico, siendo oponible a terceros. Derecho de goce y disposición que tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con lo permitido por las leyes.*”²² concepto que en términos generales resulta ser el más adecuado al confrontarse con el desarrollo del presente trabajo.

Nuestro sistema jurídico encuentra sus bases en el Derecho Romano, para el que la propiedad era una facultad otorgada a un sujeto respecto de una cosa para servirse de ella (*ius utendi*), disfrutar de sus frutos (*ius frutendi*) y en su caso, disponer de ella (*ius abutendi*), siempre dentro de los parámetros permitidos por la misma ley. En el sistema jurídico romano la propiedad de las tierras correspondía al Estado, quien en todo momento le asistía el derecho de retirar la tierra a los poseedores, quienes tenían que pagar impuestos para poder conservarlas, por lo tanto, el derecho que ostentaban era el de poseer la tierra y gozar de sus frutos.

Es decir, la propiedad era un derecho otorgado por ley en favor de un particular para usar, gozar y disponer de un bien, siempre y cuando la propia ley le concediera ese derecho. La evolución de este derecho no ha alcanzado una potestad plena en el ámbito privado como en otros países, donde la propiedad la adquieren de manera plena los ciudadanos, siendo el dueño absoluto el estado en tanto que a través del derecho delimita y limita el ejercicio del derecho de propiedad,

²¹ Cfr. González Navarro, Gerardo N., *El derecho agrario en el nuevo contexto legal*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2002, p. 23

²² Procuraduría Agraria, *Glosario de términos jurídico-agrarios*, Dirección General de Estudios y Publicaciones, México, 2009, p. 122.

en otras palabras, la propiedad es un derecho otorgado y delimitado en nuestro propio sistema jurídico.

Este derecho tiene un origen antiguo y proceso tortuoso y puede ser observado multidisciplinariamente, sin embargo, no es objeto del presente trabajo abordarlo de forma exhaustiva sino relacional en cuanto al derecho de propiedad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y por tanto sólo se han sentado las bases para su discusión y análisis posterior en lo particular.

1.7.2. La propiedad en nuestra Constitución

Para efectos de la presente investigación abordaré un poco más detallado lo que concierne a la propiedad tal y como lo establece la constitución a efecto de poder ubicar el derecho de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas y establecer en posterior análisis los alcances, las instituciones, esferas competenciales, los procesos y autoridades de decisión que deberán involucrarse al momento de resolver los conflictos que por este derecho se planteen de manera directa o indirecta.

El derecho de propiedad en nuestro país se encuentra establecido en el primer párrafo del Artículo 27 que dice: “ *la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada*”; luego entonces, la propiedad original es de la nación, correspondiéndole a los mexicanos una propiedad derivada instituida por ésta a nuestro favor, la que se sujetará a las modalidades que esta misma imponga. Bajo esta primera premisa, tenemos definida la propiedad en México, por un lado, la propiedad *originaria* y por la otra *la propiedad privada*.

1.7.2.1. Propiedad originaria

Existen diversas posturas por cuanto al origen de la propiedad originaria establecida en nuestra constitución, sin embargo, no es objeto de esta investigación el estudio minucioso de estas teorías y posturas, sino establecer a este derecho como esencial para el pleno respeto a los derechos fundamentales, humanos y

sociales a los que pueden tener acceso los pueblos y comunidades indígenas, para ello he de hacer referencia al constituyente de 1917, quien señaló lo siguiente:

El artículo 27 tendrá que ser el más importante de todos cuantos tenga la Constitución que el H. Congreso viene abonando. En este artículo tienen por fuerza sentarse los fundamentos sobre los cuales deberá descansar todo el sistema de los derechos que pueden tenerse a la propiedad raíz dentro del territorio nacional...

Este artículo fue fundamental para el Constituyente en cuanto entendieron la importancia y el alcance de la propiedad en el sistema de derechos y del propio estado. A la fecha, este artículo sigue siendo fundamental tanto para la certeza jurídica como para el desarrollo económico y social del país, es el que guarda para la nación los bienes susceptibles de aprovechamiento para fines de función social.

Sin embargo, el Constituyente al salvaguardar la recién nación, adopta una postura tajante en cuanto a la propiedad al disponer que:

La propiedad, tal cual ha llegado hasta nosotros, se formó durante la época colonial, y es extremadamente compleja. El principio absoluto de la autoridad del rey, dueño de las personas y de los bienes de sus súbditos, en tanto que la voluntad del rey no dispusiera lo contrario.

(...)

Por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta del rey, bien podemos decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la nación, en tal concepto, la nación viene a tener derecho pleno sobre las tierras y aguas de su territorio, y sólo reconoce u otorga a los particulares, el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tuvo por los mismos particulares durante la época de la colonial y en las mismas condiciones en la República después lo ha reconocido u otorgado...

En este sentido el Constituyente a efecto de no propiciar una condición más compleja, opta por ser práctico y asumir para la nación (en un sentido nacionalista y de soberanía) los derechos ejercidos por la corona, atribuyéndose a sí misma la propiedad absoluta y plena, estableciendo las formas regulatorias, estatuyendo la propiedad privada con tintes sociales al señalar que:

El artículo 27 deroga el concepto romano de propiedad individual, para hacer de ésta un factor social de aglutinación y de progreso, interviniendo el Estado en la distribución de la riqueza para que el mayor número participe de los goces de la propiedad, base de una estructura social, sólida y sana²³.

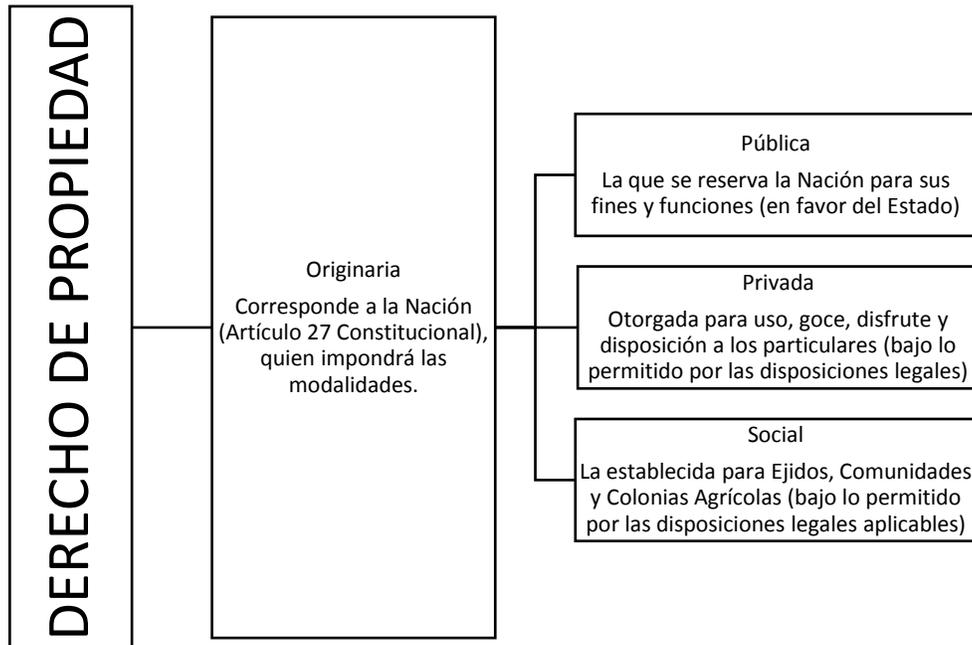
Como se observa, para el caso particular de los indígenas, no hubo reconocimiento respecto de su propiedad, fueron desposeídos al momento de la conquista, perpetuándose la condición con la conformación de México como República. El Constituyente no fue más allá, no hay un reconocimiento de la propiedad como derecho antes de la ostentada por el rey tras la conquista; es desde este momento que el derecho de propiedad de los indígenas no fue reconocido, su derecho fue reducido al derecho de elegir alguna de las modalidades previstas por la constitución para su restitución u otorgamiento de este derecho a través de la propiedad privada.

Respecto a la clasificación de la propiedad existen diversas posturas. Una de ellas consiste en que sólo existe la pública y la privada, ambas derivadas de la propiedad originaria, la otra, en que existen tres tipos, la pública, la privada y la social. Para efectos de la tutela jurisdiccional tomaremos esta última, aunque de manera particular, coincido con incluir a la propiedad social dentro de la propiedad privada por cuanto a su conformación colectiva.

Para efectos de claridad en lo aquí planteado se muestra el siguiente esquema, en el que se muestra de manera gráfica, el derecho de propiedad, tomando como base lo previsto por el artículo 27 Constitucional.

²³ Gobierno de la República, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, Debates Notables*, en línea, <http://constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/251/1/images/020.pdf>, 2015, consulta 4 de septiembre de 2016.

Sirve de apoyo el siguiente gráfico²⁴:



1.7.2.2. Propiedad pública

Por cuanto a la propiedad pública, no existe una definición como tal, este derecho de propiedad es el que ejercita el Estado, y para ello es necesario relacionarlo de manera directa con otro concepto: *bien*, el cual se ha definido como “*Cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial*”²⁵.

De conformidad tanto con la legislación²⁶ como los criterios asumidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁷, se ha establecido que los bienes pueden

²⁴ De elaboración propia con base a lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁵ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, 1993, p. 126

²⁶ Ley General de Bienes Nacionales

²⁷ Véase la Tesis aislada (Administrativa, Civil) que al rubro dice: “*BIENES DE USO COMÚN*, Semanario Judicial de la Federación Tomo XXV Pág. 188, Quinta Época, registro 338580, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultada en línea el día 14 de abril de 2017.

ser de propiedad pública o privada, siendo de interés particular en este apartado lo correspondiente a los bienes de propiedad pública.

Los bienes de propiedad pública, para la Suprema Corte se subdividen en: a) bienes de uso común y b) bienes propios, mientras que, de conformidad con la Ley General de Bienes Nacionales los bienes que constituyen el patrimonio nacional son: a) los bienes de dominio público y b) los bienes de uso común, donde los segundos se encuentran contenidos en los primeros

De acuerdo con el planteamiento anterior, resulta práctica la división propuesta por la Suprema Corte, ya que de manera general divide a los bienes públicos atendiendo a la función que desempeñan, es decir, aquellos que están resguardados por la soberanía nacional y aquellos que sirven para cubrir las necesidades de la federación, los estados y municipios (bienes muebles e inmuebles), de ahí que los denomine como bienes propios.

También señala que tratándose de bienes de uso común donde deba ejercerse el dominio público, este deberá hacerse mediante normas distintas a las que rigen para los particulares, por ejemplo Ley de Expropiación, la Ley de Hidrocarburos, entre otras, o en el caso particular en discusión, la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos; por tanto, cuando se trata de bienes de uso común, las acciones deberán realizarse de conformidad a disposición expresa consignada en las disposiciones legales.

Sirve a modo de ilustración el siguiente cuadro²⁸, en el que su objetivo principal es brindar un acercamiento a la propiedad pública desde la función que realiza o a la que va encaminada, de tal suerte que al final, podamos ubicar la finalidad de la reforma en relación con la propiedad o posesión de los territorios indígenas en el país.

²⁸ De elaboración propia, tomando como base lo dispuesto en la Ley General de Bienes Nacionales vigente a la fecha de la consulta, abril de 2017.

Cuadro Ilustrativo de las funciones de la propiedad pública.

PROPIEDAD PÚBLICA.

Bienes que constituyen el patrimonio nacional
(artículo 1 de la Ley General de Bienes Nacionales)

BIENES NACIONALES (Artículo 3 de la LGBN) Son:

Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Los bienes de uso común; Los bienes muebles e inmuebles propiedad de la Federación y de las entidades; las instituciones con autonomía; y los demás que señalen otras leyes

BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.

(Artículos 6 y 8 de la LGBN)

Estarán de manera exclusiva bajo la jurisdicción de los poderes federales, excepto los adquiridos después de 1917, en cuyo caso se requerirá del consentimiento de las legislaturas locales.

BIENES DE USO COMÚN (Artículo 8 de la LGBN)

El espacio aéreo; Las aguas marinas interiores; El mar territorial; Las playas marítimas; La zona federal marítimo terrestre; Los puertos, bahías, radas y ensenadas; Los diques, muelles, escolleras, malecones; Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros; Las riberas y zonas federales de las corrientes; Las presas, diques; Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación; Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos; Las plazas, paseos y parques públicos y Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes

1.7.2.3 Propiedad privada

Ahora bien, tal y como lo dispone el artículo 27 constitucional, todo el territorio es propiedad absoluta (originaria) de la nación, dentro de ésta se encuentra la pública, privada, bienes nacionales. Dentro de la propiedad privada, como derivada y que se otorga a los particulares encontramos la propiedad colectiva reconocida a ejidos y comunidades, a quienes se les otorga dentro de los supuestos para adquirir la propiedad (fracción VII) el reconocimiento de su personalidad jurídica, así como la protección de su propiedad sobre la tierra en sus vertientes de asentamiento

humano, uso común y para las actividades productivas, el respeto a su voluntad para el aprovechamiento de las mismas, así como la provisión de acciones que fomenten el mejoramiento de vida de sus pobladores mediante la Ley (Ley Agraria).

Para la propiedad privada colectiva se establecieron tres vías para adquirirla, la dotación (ejidos) y el reconocimiento o restitución para efecto de las comunidades, que de alguna manera el constituyente trató de devolver a las comunidades indígenas su propiedad a través de estas figuras, al darle la oportunidad de constituirse en una comunidad agraria. Esta distinción entre comunidad indígena y comunidad agraria es importante como veremos en el desarrollo del presente trabajo de investigación, ya que cada una de estas figuras tiene un contexto distinto y son juzgadas por el derecho de formas diferenciadas.

Esta fracción (VII) no sólo crea o reconoce las figuras colectivas del ejido y comunidad, sino que además reconoce su propiedad y genera todo un sistema jurídico para su tutela y desarrollo, sin embargo, los indígenas no corrieron con la misma suerte, esta misma fracción en su segundo párrafo sólo dispone que *“La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas.”* Como se observa, no hay un reconocimiento de derecho de propiedad a favor de los indígenas, sólo prevé la protección de la integridad de las tierras de estos grupos indígenas, pero tampoco dispone cómo y en base en qué, a diferencia de las figuras colectivas del ejido y la comunidad que determina hacerlo mediante leyes, reglamentos e instituciones. De nueva cuenta los indígenas quedaron fuera y condicionados.

Por qué digo condicionados, porque este precepto va ligado al actual artículo 2º constitucional que en su apartado A *“...reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:...”* *“Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia,...”* (Fracción VI) lo que conlleva a que debe elegir alguna figura prevista por la propiedad privada, por tanto no hay propiedad indígena como tal, entonces ¿cómo defenderán los pueblos y las comunidades indígenas una propiedad que no existe dentro del ámbito constitucional, ese es un elemento que habrá de repercutir

al momento de resolver conflictos que involucren el derecho de propiedad y los indígenas?

Con relación a la imposición de modalidades, la SCJN ha establecido que el derecho de propiedad tiene como límites la función social y como causales la utilidad pública y el interés social en aras del bien colectivo²⁹; debiendo entenderse que sólo bajo estas premisas sería posible la institución de modalidades a la propiedad, lo que pongo en duda al advertir en la reforma energética que se abre la propiedad de las tierras al capital privado y no precisamente en beneficio del colectivo a que refería el Constituyente de 1917 y la propia constitución.

Los criterios de la SCJN relativos a la división distintiva del derecho de propiedad en tratándose de tierras y aguas, ha tenido varias interpretaciones y modificaciones que se han realizado en virtud de la necesidad de adaptación al nuevo contexto social. En términos generales ha dividido a la propiedad en pública, privada y social.

1.7.2.4. Propiedad social

Dentro de la propiedad privada, como derivada y que se otorga a los particulares, encontramos la propiedad colectiva reconocida a ejidos y comunidades, a quienes se les otorga dentro de los supuestos para adquirir la propiedad (fracción VII del artículo 27 constitucional) el reconocimiento de su personalidad jurídica, así como la protección de su propiedad sobre la tierra en sus vertientes de asentamiento humano, uso común y para las actividades productivas, el respeto a su voluntad para el aprovechamiento de las mismas, así como la provisión de acciones que fomenten el mejoramiento de vida de sus pobladores mediante la Ley (Ley Agraria).

Para la propiedad privada colectiva se establecieron tres vías para adquirirla, la dotación para los ejidos, el reconocimiento y la restitución para efecto de las comunidades.

²⁹ Véase Amparo Directo en Revisión 5838/2014

Esta fracción (VII) no sólo crea o reconoce las figuras colectivas del ejido y comunidad sino que además reconoce su propiedad y genera todo un sistema jurídico para su tutela y desarrollo, al estar identificada esta modalidad de propiedad con el régimen jurídico de las tierras ejidales y comunales, los conflictos sobre posesión de tierras agrarias deben resolverse a la luz del régimen jurídico agrario e interpretando las normas respectivas conforme a las disposiciones constitucionales tendentes a regular la propiedad de dichas tierras en forma condicionada, con el objeto de no desatender los fines sociales perseguidos, aun cuando la figura de la posesión suela entenderse propia de la materia civil; De ahí que se desprenda no como propiedad privada sino como propiedad social, toda vez que quienes la ejercitan son entes colectivos, social y legalmente considerados como grupos vulnerables, y, al establecerse un marco normativo e instituciones propias, para su estudio se le ha denominado propiedad social.

Con relación a la imposición de modalidades, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho de propiedad tiene como límites la función social y como causales la utilidad pública y el interés social en aras del bien colectivo³⁰; debiendo entenderse que sólo bajo estas premisas sería posible la institución de modalidades a la propiedad, lo que pongo en duda al advertir en la reforma energética que se abre la propiedad de las tierras al capital privado y no precisamente en beneficio del colectivo a que refería el Constituyente de 1917 y la propia constitución.

Del mencionado precepto constitucional se advierte que la propiedad de tierras y aguas se divide en: a) pública, cuando la Nación se reserva el dominio de ciertos bienes; b) privada, cuando transmite el dominio de tierras y aguas a particulares, y c) social, que deriva de la dotación de tierra a ejidos y comunidades. Tratándose de la propiedad social, al estar identificada con el régimen jurídico de las tierras ejidales y comunales, los conflictos sobre posesión de tierras agrarias deben resolverse a la luz del régimen jurídico agrario e interpretando las normas respectivas conforme a las disposiciones constitucionales tendentes a regular la

³⁰ Véase Amparo Directo en Revisión 5838/2014

propiedad de dichas tierras en forma condicionada, con el objeto de no desatender los fines sociales perseguidos, aun cuando la figura de la posesión suela entenderse propia de la materia civil.

1.8. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO SOCIAL

En México el derecho de propiedad y su certeza jurídica es en suma relevante, en tanto que se percibe a ésta como un factor que influye de manera directa en la generación y distribución de ingresos; la falta de certeza genera desigualdad y organizaciones desiguales del poder, se convierte en un obstáculo para el desarrollo económico y social del país y la participación de los ciudadanos en ese desarrollo. Desde esta perspectiva, el derecho de propiedad y el desarrollo económico-social se encuentran fuertemente ligados.

El origen de la tenencia y derechos de propiedad en México no son homogéneos y aunque se cuenta con un sistema formal para definir el derecho de propiedad, tal sistema es complejo, tanto para los ciudadanos como para las autoridades a quien les concierne tutelar este derecho, lo que suele propiciar la falta de garantía y tutela en los casos de conflictos, mientras que tal incertidumbre frena el desarrollo económico y su impacto en el desarrollo social.

Este binomio entre el derecho de propiedad y el desarrollo económico-social trae implicaciones aplicables al caso en estudio. En primer término, nuestro sistema legal prevé la subordinación de la propiedad privada al interés público atendiendo a que lo que se persigue es el bienestar y desarrollo social del país. Es esta premisa la que ha tomado como base sustancial la reforma en materia de energía, eliminando los obstáculos para la inversión del capital privado tanto nacional como extranjero a través de nuevas modalidades de subordinación de la propiedad privada al interés social.

Bajo esta perspectiva los derechos de propiedad se transforman en recursos, estos en ingreso que debieran reflejarse en un desarrollo económico y bienestar social, debiendo obtener la sociedad los beneficios sociales más difusos; es decir, una acción recíproca entre los fenómenos económicos y sociales; en este caso, los

derechos de propiedad son un vínculo, y en el proceso el respeto irrestricto de los derechos humanos y fundamentales.

El gran reto que enfrenta la relación entre el derecho de propiedad y el derecho social en el contexto de la reforma energética será el respeto y equilibrio entre los derechos en pugna, pues ambos luchan por un fin en común, el bienestar social.

1.9. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Partamos de la idea compleja de lo que significa el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho, cuando el sujeto como tal, por sí mismo es difícil de definir. Por tanto, si bien no es el objeto de esta investigación definir qué es pueblo o comunidad indígena, sí es pertinente abonar a cierta claridad a este respecto, a fin de que se logre entender los alcances que el Derecho debe tener por cuanto a este ente colectivo como sujeto de derecho.

Mi primer acercamiento lo haré desde un enfoque de derechos humanos. Es sumamente antiguo el debate en materia de atribución de derechos humanos a cierto tipo de sujetos, tal es el caso de los llamados pueblos indígenas, comunidades indígenas, pueblos originarios o ancestrales, pueblos tribales, naciones originarias, solo por enunciar algunas nomenclaturas sujetas a discusión en el ámbito internacional y de derechos humanos.

Si bien los debates han sido arduos, *“...Lo cierto es que la característica fundamental de los derechos humanos es su atribución a todos los seres humanos, por encima de los reconocimientos que sus Estados les hagan en sus ordenamientos jurídicos³¹, idea que comparto por completo, al fin y al cabo, son humanos aquellos que componen la entidad colectiva que reclama tutela*

³¹ Martínez Jiménez, Aitor; Vergara Céspedes, Manuel Miguel; *La jurisdicción como Instrumento para la protección de pueblos indígenas. Una guía práctica para defensores de derechos humanos*, Fundación Internacional Baltasar Garzón, Grupo Internacional de trabajo sobre asuntos indígenas IWGIA, Copenhague, 2015, p. 37

jurisdiccional; discordando con aquellos que ven a los derechos humanos como derechos individuales.

Desde el marco penal internacional los derechos colectivos se encuentran tutelados bajo el concepto de *crímenes contra la humanidad*, luego entonces, si este concepto advierte elementos como ataque a grupos determinados (genocidio, por ejemplo) por razones de género, de entre ellas, la etnia; por consiguiente, los grupos indígenas, como colectivo que comparten determinados lazos o características ideológicas y socioculturales, se convierten en sí mismos sujetos de protección por parte del Derecho y como sujetos de los derechos humanos.

Otro elemento que destacar es precisamente su estado colectivo, al que he observado desde la perspectiva de los derechos humanos. Esos elementos que hacen singular y caracterizan a un colectivo, lo singulariza desde el punto de vista del derecho, así, por ejemplo, sus derechos se encuentran vinculados los unos con los otros, al igual que cuando hablamos de derechos humanos.

Para ejemplificar lo anterior, basta con mirar la interdependencia que existe entre el derecho de propiedad con el territorio, y estos a su vez con el derecho a la autonomía, la implementación de sus sistemas normativos, su derecho a la cultura y su propia concepción de desarrollo.

Bajo este enfoque es que resulta necesario tomar en consideración tener claridad de qué hablamos cuando nos referimos a pueblos y comunidades indígenas en México, pues si bien no hay una definición como tal, si aproximaciones con cierta claridad, lo que nos permitirá una idea general más amplia, ya desde el marco conceptual como del jurídico.

1.9.1. Distintas definiciones y conceptos

En la actualidad y a manera de antecedentes se sabe cuáles han sido y cómo se han desarrollado las manifestaciones sociales en que han participado los pueblos indígenas³²; y se ha discutido en torno a los derechos colectivos e individuales

³² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, 2015, P. 2.

desde enfoques específicos, ya sea de carácter étnico o de género, por citar algunos, sin embargo, resulta necesario clarificar de qué hablamos cuando nos referimos a Pueblos y Comunidades Indígenas, por lo que se procederá a enunciar algunos conceptos y definiciones.

1.9.1.1. Indígena

En el ámbito internacional el vocablo indígena atiende a tres acepciones o usos: *indigenae* (latín) para el inglés y español; *Autochtone* (griego) francés; *Ursprung* (alemán).

Entonces, la pregunta que surge es ¿Qué es ser indígena?, y por qué no ¿Qué es ser indígena en México? Sin duda una pregunta valiosa y pertinente para entender mejor el contexto y su interrelación con la sociedad, el derecho y la necesidad misma de la propia investigación; sin embargo, la finalidad no es esa, sino aportar elementos que pongan en relieve la necesidad de mayor tutela jurídica y el contexto propio de sus derechos.

La reflexión sobre qué es ser indígena se ha llevado a cabo desde todos los sectores de investigación (la antropología, la sociología, la educación, el derecho, etc.). El término *indígena* es una categoría colonial europea, de la que se han desprendido las categorías de *indio muerto* (el que fue, acaecido en las tradiciones), *indio tolerado* (aquél apenas perceptible) e *indio vivo* (el que se encuentra presente, el que lucha)³³, previo a la colonización este término no existía, se utilizó para denominar a lo diferente.

El uso de la palabra *indígena* implica la invisibilización del grupo étnico particular, es decir, es un término genérico, donde poco importa la lengua, la cultura, identidad o prácticas religiosas, en él se incluyen todas y cada una de las colectividades sin importar sus especificidades, al generalizar se evita conocer, de ahí que aunque de forma general en México se sepa de la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, no es conocimiento general el cuántas o cuáles son, y

³³ Categorías vertidas por el antropólogo Fernando Benítez en los años setenta

por ende, tampoco se conoce y entienden sus particularidades, consecuentemente, ¿Cómo proteges lo que no conoces?

Pues bien, si partimos de esta idea general de qué es indígena, como sujeto inmerso en una colectividad a la que suelen llamar pueblo indígena, pueblos originarios o comunidad indígena (cuando menos en México), o bien en el caso de los Yaqui, Nación Yaqui, ¿Qué debemos entender por pueblo o comunidad indígena?

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo segundo establece como pueblos indígenas: “*aquellos que descienden de poblaciones que habitan en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales, políticas o parte de ellas*”³⁴. Mientras que por comunidades dice que: “*Son comunidades de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica, y culturales asentadas en un territorio y que reconoce autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres*”³⁵.

Sin embargo, como podemos observar, tal declaración no puede ser considerada como un concepto, sino como características generales para determinar a cierto grupo de la sociedad; Así, la Suprema Corte de Justicia en un análisis de las implicaciones de la Constitución de 1917 visualiza que los pueblos indígenas “*...han pasado a ser homogeneizados como campesinos, hasta el reconocimiento de su existencia*”³⁶, tal inclusión de alguna manera hoy en día aún suele ser materia de confusión cuando se habla de ejidos y comunidades en relación a los pueblos y comunidades indígenas, de ahí que sea necesario definirlos y diferenciarlos.

³⁴ Artículo 2º, párrafo Primero de la Constitución *Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Tirant Lo Blanch México, México, 2ª Edición, 2015, P. sn

³⁵ *Ibidem*, párrafo tercero.

³⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, 2015, P. 11.

En Chile por ejemplo en el artículo 1º de la Ley indígena 19.253 establece que:

“Artículo 1º.- *El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura³⁷”.*

Y establece en su artículo 9º que se entenderá por Comunidad indígena como:

“...toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provenzan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provenzan de un mismo poblado antiguo³⁸”.

Esta comparativa sirve para hacer notar que, aunque ambas legislaciones lo abordan, lo cierto es que ambas atienden a características, las cuales terminan por convertirse en parámetros para determinar, desde una esfera externa y de estado, quienes son o no indígenas.

Me resulta pertinente la reflexión que hace David Chacón Hernández sobre qué entender como nación, si bien como unidad política o bien, que contiene en ella pueblos, o bien como un pueblo en una concepción proyectable al exterior más como una colectividad distinta, basada en una identidad colectiva, con factores culturales distintos a otras naciones³⁹.

³⁷ Chile, *Ley Indígena 19253*, Información que puede ser consultada en la siguiente página electrónica: <http://www.mapuche.info/indgen/ley-1.html#primero>.

³⁸ Ídem

³⁹ Chacón Hernández, David, *Democracia, Nación y Autonomía étnica. El derecho fundamental de los pueblos indígenas*, Porrúa, México, 2009, pp. 77, 78

Lo paradójico de estas acepciones es que todas ellas, nación, pueblo y comunidad encuentran su aproximación precisamente en la necesidad de diferenciarse de otros, a través de sus especificidades, la misma Constitución hace este uso diferenciado entre pueblo y comunidad, que a la vez coinciden en sí mismas.

1.9.1.2. Pueblo.

Es en el ámbito internacional que la concepción de pueblo adquiere relevancia, en tanto que sujetos de derecho internacional, por su actividad en los instrumentos internacionales celebrados de manera multilateral.

Su relevancia en tanto concepto estriba en diferenciarse de otros, de los extraños a su conformación interna. Sirve para definirse y definir sus límites frente a los demás.

Pueblo en términos jurídicos, podría decirse que es una ficción jurídica que permite identificar, diferenciar y delimitar, permitiéndole la autoprotección y sobrevivencia del colectivo humano.

“Pueblo es el acuerdo común y cotidiano que reconocen las personas a él adheridos; es un fenómeno nutrido por la experiencia colectiva de quienes lo componen, pero, sobre todo, una firme voluntad de ser sujetos diferenciados de otros grupos, aunque sean vecinos cercanos⁴⁰.”

Desde esta perspectiva, de diferenciación y delimitación frente a los otros, el pueblo es una consecuencia de un derecho real ejercido sobre un territorio, la propiedad; así como de otros factores como: la lengua, religión, cultura, acciones identitarias

⁴⁰ Chacón Hernández, David, *Democracia, Nación y Autonomía étnica. El derecho fundamental de los pueblos indígenas*, Porrúa, México, 2009, p. 81

“El reconocimiento jurídico de pueblo es, nos guste o no, es base fundamental para que una agrupación humana se desarrolle, tanto por recursos ajenos, pero sobre todo, con los propios⁴¹”

Si bien tiene una relevancia externa en tanto internacional, su relevancia interna no es menos importante, ya que dentro de los Estados-Naciones, existen grupos de personas con identidad colectiva diferenciada del resto de la población que requiere diferenciarse, delimitarse, ejercitar sus acciones identitarias y de derecho, sin que ello signifique separarse del concepto externo de pueblo. Este requiere también un reconocimiento a efecto de poder hacer efectivos sus derechos y respeto a esa diferencia que impera respecto de la sociedad a la que de manera general pertenecen. Este es el caso de los indígenas en México, quienes se identifican como mexicanos, pero se diferencian en lo interno con el resto de la población, en base a sus propias diferencias, para ello es necesario su reconocimiento, tanto social, cultural, político y de derecho, y con ello, la delimitación territorial para el ejercicio de sus actividades identitarias y derechos (propiedad y territorio).

Chacón afirma que *“la intención permanente de unificar, como una actitud homogenizante de los Estados-Naciones son contrarias al devenir histórico de la formación cultural de los pueblos. Me parece que el devenir de las naciones es la permanente fragmentación en la medida en que cambian las identidades⁴²”*. Una idea que comparto, pues históricamente, entre más se fuerza la homogeneidad, mayores son las fracturas sociales y pérdida de identidad.

Como se ha observado, el concepto *pueblo* tiene dos ámbitos de reconocimiento: el internacional, desde un enfoque categóricamente hegemónico, el pueblo como nación, es decir, como un conjunto de demográfico independiente,

⁴¹ Chacón Hernández, David, p. 85

⁴² Chacón Hernández, David, p. 86

sin importar su variedad cultural interna⁴³. Pueblo como Nación. Un segundo ámbito de reconocimiento es el interno, en el cual se da cabida a todos los grupos internos diferenciados que se manifiesten, y cuyo afán es el de la preservación.

Para el Banco Interamericano de Desarrollo y su política operativa los pueblos indígenas son los descendientes de los pueblos que habitaban la Región de América Latina y el Caribe en la época de la conquista o la colonización; cualquiera que sea su situación jurídica o su situación actual. Afirma que los indígenas son un factor importante en el desarrollo de la región, pero también reciben gran carga negativa debido a su vulnerabilidad de sus tierras.⁴⁴

1.9.1.3. Comunidad

El concepto de comunidad es próximo al de pueblo, al grado de ser usados de manera indiferenciada. Es una forma genérica de referirse a un grupo de personas, en tanto a que grupo de humanos. La comunidad es el origen de los pueblos y la sociedad misma. La condición de comunidad implica un cierto grado de igualdad e identidad, un fin común, de ahí la idea de lo comunitario; es decir, la búsqueda de un mismo fin y la práctica de las acciones para conseguirlo; son valores del grupo.

Si bien las comunidades son estructuras primarias, es un error ver a los pueblos indígenas sólo como comunidades, entes subordinados a la sociedad y sus estructuras, incapaces e incompletas organizaciones sociales, verlos así, es reducir su importancia, desvalorizar su cultura, a la diversidad y la importancia de lo diferente.

Parsons decía:

⁴³ Para mayor abundamiento, véase la Carta de las Naciones Unidas, Capítulos XI y XII, así como el artículo 73 del mismo ordenamiento. En este apartado se hace la diferenciación entre pueblo autónomo y territorios no autónomos.

⁴⁴ Puede abundarse sobre el tema en la página oficial del Banco Interamericano de Desarrollo, <http://www.iadb.org/es/temas/genero-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes/pueblos-indigenas,2605.html>

La comunidad se define en parte por su localización física, pero sobre todo por la vinculación estrecha y solidaria de los miembros y grupos sociales que la integran. La amplitud social de la comunidad suele ser relativamente pequeña, con imprecisa división del trabajo social y escasa diferenciación de papeles sociales; las relaciones sociales suelen ser personales, inclusivas y duraderas. La sociedad en cambio, se caracteriza por una amplitud local y grupal, por una neta división del trabajo social y por unas relaciones impersonales, formalizadas y, por lo general, transitorias, siendo instrumentalizadas en orden a la consecución de intereses comunes⁴⁵.

Etimológicamente comunidad atiende más a un plano de igualdad entre los sujetos que la componen, de lo común entre los sujetos, lo que se comparte y es tendiente a establecer una relación más o menos armónica y en un plano de igualdad.

Del mismo modo que el concepto de pueblo tiene dos visiones: la internacional y la nacional, el concepto de comunidad lo tiene, en tanto que se habla de comunidad internacional, de tal suerte que se a las naciones como comunidades (comunidad internacional), en el ámbito interno, el termino comunidad es utilizado para diferenciar, generalmente de manera de desvalor lo desarrollado de lo no desarrollado, de ahí que se les designe como grupos vulnerables insertos en la sociedad mexicana que requieren de la protección del Estado y de políticas públicas tendientes al desarrollo y la integración.

Lo anterior me lleva a considerar que, un concepto de comunidad que se acerca más a la realidad social es la que atiende a grupos con identidad, cultura y estructuras sociales, económicas, política y de derechos propios, ejercitados en una circunscripción territorial determinada y que forman parte del Estado-Nación.

⁴⁵ Parsons, Talcot, *Sistema Social y Formaciones sociales*. En: Chacón Hernández, David, *Democracia, Nación y Autonomía étnica. El derecho fundamental de los pueblos indígenas*, Porrúa, México, 2009, p. 91

1.10. LOS INDÍGENAS COMO GRUPO VULNERABLE

Con las distintas perspectivas vertidas desde la doctrina, puedo concluir que los pueblos y comunidades indígenas, son vistos, por sus propias características, como núcleos de población subdesarrollados, que requieren de la asistencia, protección y políticas públicas diferenciadas, y, por tanto, como grupos vulnerables.

Resulta indispensable, saber qué es ser vulnerable, en qué consiste o cuáles son las condiciones que hacen a un sujeto o grupo vulnerable. *La Real Academia Española define como vulnerable: “adj. Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente (Del lat. vulnerabilis.)⁴⁶”* y a la vulnerabilidad como una cualidad de ser susceptible a ser vulnerable.

En la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, consideró necesario la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, para ello desarrollo varios conceptos, entre ellos el de *situación de vulnerabilidad*:

“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico⁴⁷.”

De lo que se deduce que la vulnerabilidad es una condición que impide al sujeto o grupo el acceso al ejercicio pleno de sus derechos, es decir, a la administración de justicia, donde factores como la desigualdad, la pobreza, edad,

⁴⁶ Definición tomada de la página oficial del *Diccionario de la lengua española. De la Real Academia Española RAE*, <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by>

⁴⁷ Para mayor abundamiento, véase el documento completo en la página http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

género, discapacidad, condición étnica y procesos inadecuados interfieren en el pleno acceso a la justicia.

Dentro de este documento señalan como causas de la vulnerabilidad:

“la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico⁴⁸”.

Sin duda, el grupo que corresponde a los pueblos y comunidades indígenas se encuentra considerado por nuestra propia Constitución como grupo vulnerable.

El ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Alfredo Gutiérrez Mena en sesión pública ordinaria señaló que: *“Los artículos 1º y 2º constitucionales reconocen la composición pluricultural de la sociedad mexicana, la obligación de no discriminación y la obligación de protección de los sectores vulnerables: campesino, indígena y ejidal; perspectiva que se complementa con el artículo 27 constitucional, en su versión vigente.⁴⁹”*. Esto es acorde en tanto a que se han instrumentado mecanismos, leyes e instituciones encaminados a eliminar las condiciones de vulnerabilidad de estos grupos desde una supremacía constitucional.

Partiendo de esta premisa, los pueblos o comunidades indígenas tanto en lo colectivo como en lo individual son considerados como grupo o sector vulnerable y, por tanto, deberá considerarse de manera integral su condición y derechos al momento de hacerlos efectivos aún y cuando el opositor a sus derechos sea el propio Estado, siendo en el marco procesal las autoridades judiciales las encargadas de la tutela de tales derechos.

⁴⁸ Ideem.

⁴⁹ Sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 25 de noviembre de 2013, la versión taquigráfica puede ser consultada en https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/25112013PO.pdf, revisada en fecha 29 de mayo de 2016, p.8.

El concepto de comunidad es entendido de formas distintas y se utiliza para referirse a condiciones igualmente distintas. Para efectos de la presente investigación es importante distinguir entre las comunidades agrarias y comunidades indígenas.

Las comunidades agrarias son aquellas que se han conformado en atención a lo dispuesto por el artículo 27 constitucional y se han incorporado al régimen agrario, éstas pueden estar o no constituidas por comunidades indígenas, que como bien se ha precisado tienen características particulares que las conforman como indígenas.

Ahora bien, las comunidades indígenas pueden o no estar constituidas legalmente como comunidades agrarias o bien permanecen como comunidades de hecho, es decir, no han adoptado la calidad de ente agrario, o bien, que hayan decidido optar por constituirse legalmente como ejidos, empero conservan las características particulares de la comunidad indígena.

Esta diferenciación tiene suma importancia, ya que, dependiendo del régimen de tenencia de la tierra, será la ley que se deba aplicar, por tanto, las autoridades deberán ponderar entre hacer justicia o aplicar la ley en estricto sentido, en tanto que el ordenamiento legal interno se verá confrontado por el derecho internacional al momento del estudio y resolución de los casos particulares que se le sean planteados.

1.11. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CONSAGRADOS EN MÉXICO

El hablar de derechos de los pueblos y comunidades indígenas es sumamente ambicioso, ya que el espectro, sin duda, es sumamente amplio y requeriría un trabajo minucioso y exhaustivo, algo que no realizo de tal forma, más bien, he seleccionado para el desarrollo en este apartado aquellos que encuentran una vinculación más evidente y directa con el tema de investigación, sin que ello signifique que no he tocado al resto del cúmulo de derechos.

En ese sentido, debe tenerse presente dos vertientes; sus derechos en tanto que ciudadanos y sus derechos como grupo diferenciado. Como ciudadanos, sus derechos son los mismos que cualquier otro ciudadano en México al amparo de la Constitución, mientras que los derechos que han sido objeto de estudio son aquellos vinculados a la vertiente de grupo diferenciado, es decir, de aquellos denominados derechos colectivos indígenas, de ahí que se aborden el derecho a la autonomía, autodeterminación y por supuesto, el derecho a la consulta previa, libre e informada; para ello he considerado importante resaltar algunos eventos histórico-evolutivos.

1.11.1. Evolución de los derechos indígenas en México

Para hablar de los derechos indígenas en México y entender su realidad se requiere atender al antecedente histórico, el cual es sumamente basto y de alguna manera impreciso. Yo sólo pondré sobre la mesa, tres momentos históricos a considerar; en primer término, los pueblos indígenas previo a la colonización; estos se encontraban estructurados en todos los ámbitos, social, económica, política, jurídica y religiosa, dotados por territorios definidos frente a otros pueblos de igual condición estructural.

Esta parte del antecedente histórico suele estudiarse como mera curiosidad de aquello que existió pero que no forma parte de nosotros, de aquello conquistado y asimilado a través de los procesos de dominación, asimilación, evangelización, castellanización, el mestizaje, la introducción de una cultura, ideología y civilización ajena en pos de la modernidad

El hecho de no identificarse con aquellos pueblos que ocupaban el territorio que hoy es México, es un indicador, al menos para mí, de las causas por las cuales se suele invisibilizarlos hoy en día; se les ve como algo del pasado, algo que fue y no como un ente real y viviente.

Una segunda etapa atiende al proceso de independencia, proceso de lucha en el que se reconoce de manera amplia, la participación de los grupos mestizos, criollos y campesinos, pero poco se habla de las acciones realizadas por los indígenas, quienes pese a las condiciones de conquista y dominación, fueron fundamentales en el proceso, sin olvidar que aquello que se peleaba, tanto la

libertad como la tierra, les pertenecía antes que a cualquier otros grupo, y sin embargo, la historia se encargó, como dicen los antropólogos, de blanquear la historia, es decir, de omitir la participación de este sector de la sociedad en aquél momento.

La tercera etapa la ubico en la revolución mexicana, donde “*la historiografía tradicional, el despojo de tierras de los pueblos indios como consecuencia de las reformas liberales decimonónicas, principalmente la Ley de desamortización, ocasionó el traspaso legal e ilegal de esas tierras a manos de hacendados y compañías deslindadoras durante el porfiriato*⁵⁰”, esta etapa histórica se ha estudiado desde un enfoque político y de reparto agrario, pero poco, al menos de forma pública, se han señalado las acciones de las comunidades indígenas y pueblos indios que reclamaban el reconocimiento de sus tierras y aguas, utilizando el mecanismo de un *amparo de posesión judicial* con la finalidad de recuperar sus tierras⁵¹ y recobrar lo suyo, aquello que de manera inmemorial les había pertenecido.

Lo común en estas tres etapas es que los indígenas fueron desposeídos de sus tierras y de su participación en la conformación histórica del país, y desde entonces se encuentran en pie de lucha por su reconocimiento, respeto y pleno ejercicio de sus derechos desde su propia diferencia.

El reconocimiento de los derechos indígenas evolucionó en términos generales de conformidad con el siguiente listado de acontecimientos⁵², el cual se

⁵⁰ Escobar Ohmstede, Antonio; Butler Matthew, Coor., *Mexico in transitions: New perspectives on Mexican Agrarian, History, Nineteenth and Twentieth centuries*, CIESAS, México, 2013, p. 321

⁵¹ Para abundar sobre el tema véase *Las tierras de los pueblos y la comunidad, y Los pueblos y la revolución: ¿restauración o dotación?*, en Escobar Ohmstede, Antonio; Butler Matthew, Coor., *Mexico in transitions: New perspectives on Mexican Agrarian, History, Nineteenth and Twentieth centuries*, CIESAS, México, 2013, pp. 322-346.

⁵² Datos recabados durante el Diplomado *Derechos de los pueblos indígenas en México. Doctrina, legislación, tratados y jurisprudencia*, impartido por la Coordinación Nacional del Instituto Nacional

aborda no desde un enfoque meramente legislativo, sino de forma un poco más amplia, atendiendo a condiciones socioculturales, y por supuesto, con el toque político-jurídico.

Eventos evolutivos del derecho indígena en México

Año	Evento
1988	Reforma al artículo 27 constitucional
1989	Firma del 169 de la OIT
1990	Oposición a la celebración del V aniversario de la Colonización
1992	Reforma al artículo 4º constitucional
1993	Firma del tratado de TLCAN
1994	surgimiento del movimiento del EZLN reclamando el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos.
1996	Los acuerdos de San Andrés
1997	La introducción del sistema de educación intercultural en educación básica
2000	La creación de universidades interculturales
2001	La incorporación de la educación intercultural bilingüe
2001	2001, Las reformas sobre derechos indígenas, habiéndose reformado el artículo 1º, 2º, 4º, 18º y 115º.

de Antropología e Historia del 5 de mayo al 2 de septiembre de 2017, desarrollado en la sede de la Coordinación Nacional del INAH, Ciudad de México.

Año	Evento
2003	Se crea la Ley General de los derechos lingüísticos Se crea el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas Transformación del INI en CDI
2013- 2014	Reforma energética

Todos estos actos y acontecimientos son producto de la continua lucha y procesos de continuidad histórica y proceso de reivindicación, o como dicen algunos antropólogos, del etnocidio jurídico a la reivindicación. Sin duda un proceso arduo, complicado e inacabado.

Dentro de estos procesos de reconocimiento y reivindicación han ido transitando el reconocimiento de ciertos derechos a los pueblos y comunidades indígenas en el país, los cuales abordaré de manera muy concreta, pues cada uno de ellos es susceptible de su propia investigación. Lo cierto es que cada uno de ellos, al igual que los derechos humanos, son interdependientes, por lo que, en términos generales, al violentarse uno de ellos, se violentan el resto de los derechos colectivos.

En el caso de este trabajo, el enfoque va más encaminado al derecho de propiedad y territorio, que, al violentarse, trae como aparejada consecuencia, la vulneración del resto de los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, pues al verse desposeídos de su asentamiento, los procesos socioculturales y de vida se ven afectados.

1.11.1. Autonomía y autodeterminación

Por cuanto a los derechos de autonomía y autodeterminación la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante tesis pronunciadas ha definido que la libre determinación y autonomía que corresponde a los pueblos y comunidades indígenas se encuentran garantizados en el artículo 2º, inciso A, fracción I, de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo también los delimita en cuanto a que tales derechos deben ejercitarse para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, pero siempre dentro del marco constitucional, de la soberanía nacional y sin independencia política, es decir, libres de manera interna, en las cuestiones privadas de la propia comunidad, pero sujetas a las normas constitucionales y ordenamiento jurídico nacional, por lo que resulta cuestionable el concepto de autonomía y autodeterminación concedidos a los pueblos y comunidades indígenas⁵³.

La primera sala de la Suprema Corte estableció el siguiente criterio:

Época: Novena Época, Registro: 163462, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, noviembre de 2010, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CXII/2010, Página: 1214

LIBRE DETERMINACIÓN Y AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIONES III Y VII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado precepto constitucional dispone que la nación mexicana es única e indivisible y tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, los cuales deben reconocerse en las constituciones y leyes de las entidades federativas; asimismo, de esta disposición constitucional se advierte que aquéllos gozan de libre determinación y autonomía para elegir: a) de acuerdo a sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas de gobierno interno (fracción III); y, b) en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, lo cual, también debe reconocerse y regularse por las constituciones y leyes de las entidades federativas, con el propósito de fortalecer la participación y

⁵³ Véanse la Tesis: 1a. XVI/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época 165288 27 de 80, Primera Sala, Tomo XXXI, febrero de 2010 , Pag. 114, Tesis Aislada(Constitucional)

representación política conforme con sus tradiciones y normas internas (fracción VII). Por tanto, la observancia al artículo 2o., apartado A, fracciones III y VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, garantiza la libre determinación y autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas.

Controversia constitucional 70/2009. Municipio de Santiago Yaveo, Choapam, Estado de Oaxaca. 2 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

Este criterio refuerza el restringido concepto de autonomía y determinación, ya que permanecen en un estado de subordinación frente al Estado, quien sólo enuncia sus derechos, plantea la posibilidad de acceso a justicia y el reconocimiento más no a la eficacia en cuanto a la defensa de sus derechos, y en el caso particular, subordina esos derechos al capital privado tomando como base el interés público.

1.11.2 Derecho a la consulta previa libre e informada.

El Derecho a la consulta, es un derecho fundamental, toda vez que se encuentra reconocido por nuestra constitución. El artículo 2º constitucional establece en el apartado B, fracción II “...*Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y **en consulta** con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.*”; así mismo la fracción IX indica “...**Consultar a los pueblos indígenas** en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.” Como se observa, la consulta va encaminada a la participación en la vida social, política y económica del país, partiendo de la concepción de México como un país pluricultural.

No obstante lo anterior, la consulta no es exclusiva de los pueblos y comunidades indígenas; el apartado A, del artículo 6º constitucional establece el derecho al libre acceso a la información y nombramiento de los comisionados y

consejeros del órgano garante, para lo cual la Cámara de Senadores tiene la carga de consultar a la sociedad.

Por otra parte, el artículo 26, apartado A indica que el Estado como encargado de la planeación democrática del desarrollo nacional, incluida la sociedad y la cultura, debiendo establecer “*los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo*”. Por tanto, en tratándose de planeación y desarrollo del país, todos los ciudadanos tenemos el derecho a ser consultados y a participar en él. Los pueblos y comunidades indígenas como ciudadanos mexicanos tienen por ese solo hecho, el derecho a ser consultados para la toma de decisiones que tienen que ver con el desarrollo del país. Lo que hace falta, son los mecanismos adecuados que permitan la participación en los términos que dispone nuestra Constitución.

La consulta bajo términos constitucionales se enuncia como un derecho, más no se precisa un concepto, lo que sí se desprende de una interpretación, es que el derecho de consulta es la oportunidad que tiene el ciudadano de participar en las decisiones del país, exceptuando los rubros que la misma Constitución precisa.

La jurisprudencia mexicana, en materia de derecho de los pueblos y comunidades indígenas es naciente, lo que no es sorprendente, toda vez que la propia norma tendiente a la tutela de los derechos indígenas es nueva y se encuentra dispersa.

Debemos recordar que es hasta el año 2001 que se reforma el artículo 2º constitucional, para incluir en él, el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas del país, que de forma reiterada y sistemática permanecían, como algunos autores dicen “en el etnocidio jurídico”, invisibilizados y confundidos con el sector agrario campesino.

Posteriores reformas, han ido ampliando términos y condiciones de los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, pero sólo por cuanto a la elección de autoridades y representantes, señalada en la fracción II del artículo 2º que fue reformada, primero el 22 de mayo de 2015 y posteriormente el 29 de

enero de 2016, esta última reforma, sólo para modificar la denominación de Distrito Federal por Ciudad de México.

Nuestra legislación y jurisprudencia en esta rama de derecho se encuentra profundamente influenciada por la norma internacional, especialmente por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y las jurisprudencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que al interpretar las disposiciones internacionales han conformado criterios tanto orientadores como vinculantes para el Estado Mexicano. En este rubro las críticas son fuertes, pues la Suprema Corte ha establecido que la jurisprudencia internacional tendrá el carácter de orientador siempre, exceptuando los casos en los que el Estado Mexicano sea parte, donde de manera vinculante tendrá que acatar lo dispuesto por la Corte.

Bajo ese orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha generado criterios con relación a lo qué debe entenderse como consulta previa, libre e informada, lo que hace de conformidad a los estándares internacionales. Sin embargo, lo hace de forma discreta y adecuándola a la norma positiva interna; así, ha señalado que el procedimiento de consulta será variado, atendiendo a la naturaleza de lo consultado.

Por otra parte, deja al criterio de los jueces el análisis de cada caso, debiendo ponderar y resolver si las autoridades cumplen con los parámetros determinados para la consulta

Dichos parámetros los desarrollo en la tesis 2a. XXIX/2016 (10a.), emitida por la Segunda Sala, del Libro 31, Tomo II, junio de 2016, página 1212, que al rubro dice: “PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. DERECHO A SER CONSULTADOS. REQUISITOS ESENCIALES PARA SU CUMPLIMIENTO.” En ella se establecieron como requisitos: a) debe ser previa al acto; b) culturalmente adecuada; c) informada y de buena fe.

Vista en estos términos pareciera ideal, sin embargo, los criterios para definir estos conceptos son sumamente restrictivo, así, por ejemplo, debe interpretarse como previo dos momentos: durante y con suficiente antelación, de tal suerte que no atiende a la literalidad de lo que debiera ser el término previo “*antes de*”,

permitiendo gran holgura, tanto interpretativa como de hecho, y como veremos posteriormente, de implicaciones jurídicas importantes.

El término culturalmente adecuada lo relaciona con el respeto a las costumbres y tradiciones, desahogando la consulta a través de medios e instrumentos idóneos. De nueva cuenta, los términos son muy amplios y por tanto susceptibles de interpretación y adecuación; tal vez esto fue con la intención de no limitar la actuación y permitir la incorporación de los sistemas normativos internos de cada comunidad, sin embargo, esto mismo permite que existan parámetros distintos de lo que debe considerarse como culturalmente adecuado, ya sea que quien interprete sea la comunidad, la autoridad que lo ejecuta o los jueces al realizar su análisis, y claro, en su momento favorecer o generar detrimento en los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Por cuanto al parámetro de información, creo que la amplitud del argumento es buena, ya que contiene elementos esenciales, tales como la lengua o idiomas, así como la obligación a quienes ejecutan o instrumentan la consulta, de hacerse de cualquier medio a efecto de que la información no sólo llegue, sino que además sea comprendida, ya que la información por sí misma no es valiosa, lo valioso estriba en el cómo, cuándo y para qué utilizarla.

El último punto enunciado es el de buena fe, en el que se inmersa el derecho de libertad, consistente en la libre decisión, con ausencia de coerción o vicios que le lleven a una decisión precipitada. Lo también interesante y que valdría la pena observar en el juicio de los jueces, será el valorar el denominado ambiente hostil, término que no ha sido debidamente explorado en materia indígena, pues no debiera aplicar el término genérico, atendiendo a los usos y costumbres de la comunidad y sus propios sistemas normativos. Sin duda el futuro implica un gran reto para los jueces, a quienes la Suprema Corte ha encomendado la tarea interpretar y ponderar al emitir sus sentencias, y que al final lleve a concretar en generar precedentes que tiendan a favorecer los derechos de los pueblos y comunidades indígenas de nuestro país, quienes exigen respeto y reconocimiento.

En otra tesis sustentada por la Suprema Corte, añadió a estos parámetros un argumento que podemos llamar valioso en tanto quienes interpreten, lo hagan en

su sentido más amplio; señala “...*En el entendido que el deber del Estado a la **consulta** no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.*”⁵⁴”.

Estos criterios o parámetros, como se observa, son recientes, éste último invocado fue pronunciado en 2013 por la Primera Sala, mientras que la primera tesis invocada es del año 2015 y es emitida por la Segunda Sala.

En el ámbito internacional el marco de referencia es el Convenio 169 de la OIT, artículo 6 establece:

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

⁵⁴ TA. 1a. CCXXXVI/2013 (10a.), Primera Sala, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 1, Pag. 736.

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. La protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el de acceso a la información, el de la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, **consulta** que debe cumplir con los siguientes parámetros: a) debe ser **previa**; b) culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales; c) informada; y, d) de buena fe. En el entendido que el deber del Estado a la **consulta** no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.

Amparo en revisión 631/2012. Jesús Ceviza Espinoza y otros, miembros integrantes de la Tribu Yaqui, específicamente del Pueblo de Vícam, Sonora. 8 de mayo de 2013. Cinco votos; José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservaron su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro Castañón Ramírez.

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

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Como se observa, la normativa interna del país ha adoptado los conceptos vertidos por en este apartado, reproduciéndose de manera reiterada en el resto del sistema jurídico. Lo anterior se encuentra limitado según lo dispone el artículo 15 que dice:

“...En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

Afortunadamente, los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han ampliado la tutela mediante la figura de la obtención del

consentimiento previo, libre e informado, que viene a darle sentido al derecho de consulta, quedando pendiente que la expresión de conformidad o inconformidad sea respetada, aún y bajo lo previsto en el artículo anterior.

Otro artículo de gran relevancia es el 19, que dispone “*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*” En él se plasma una tutela aún mayor, la de participar de manera activa y representada del actuar del Estado y de ser consultados de forma previa cuando sus derechos sean susceptibles de ser afectados y que van de la mano con la tesis emitida por la Primera Sala en el año 2013.

Como se ha señalado, el problema, de manera interna, es la interpretación que ha hecho la corte respecto de qué se entiende por previo, así como las restricciones que constitucionalmente están establecidas.

Estos preceptos son los de mayor relevancia atendiendo a la problemática que suele presentarse, sin embargo, también se encuentra prevista para efectos de educación, cultura, así como la instrumentación de políticas que impidan la discriminación y tutela de derechos a su territorio y recursos naturales.

Estos últimos no son menos importantes, pero todos ellos se encuentran vinculados con el derecho a la consulta previa, libre e informada, por ello se enuncian sin entrar a un estudio más detallado, que sin duda valdría la pena hacerlo, pues daría la oportunidad de conocer mejor la interrelación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, los cuales, por su propia naturaleza, son unidad.

El derecho a la consulta previa, libre e informada tiene internacionalmente una evolución lenta en comparación con los procesos de expansión de la industria extractiva que actualmente se ha revitalizado de modo tal que se encuentra incidiendo en las políticas internas de los países, México no es la excepción, y son los instrumentos internacionales y los órganos del sistema interamericano quien ha otorgado un papel importante a este derecho a la consulta previa, libre e informada, puesto que, como resultado de la implementación de proyectos extractivistas se han

puesto en confrontación con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas al ser éstos afectados, especialmente cuando no se respetan sus derechos territoriales, generándose contextos sociales de gran conflictividad.

Hoy en día el problema no estriba en el reconocimiento del derecho a la consulta sino en el cómo llevarla a cabo de tal manera que se tutele de manera integral los derechos de los pueblos indígenas. El principal obstáculo reside en la desigualdad que existe entre las partes, es decir, entre los pueblos y el Estado y las empresas.

Un primer paso ha sido el reconocer a los pueblos indígenas el derecho a la tierra y territorios, incluyendo los recursos contenidos en ellos. Un segundo paso es precisamente el reconocimiento de su derecho a ser consultados, un tercer conflicto estriba en el cómo desarrollarla, hoy cobra vital importancia lo referente al consentimiento.

Países como Bolivia y México sí prevén en sus constituciones la consulta, otros como Colombia, Perú, Brasil, Chile, cuentan de manera conexa protección mediante esta figura, Bolivia y Perú cuentan con una ley reglamentaria, pero este derecho en todos los casos cuenta con las restricciones en favor de las actividades bajo la rectoría del estado, tal y como acontece en México.

La Corte IDH en el Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128, estableció que las restricciones que se encuentran ligadas a este derecho no deben poner el peligro la integridad o subsistencia de pueblo o comunidad indígena, debiéndose desde lo interno, otorgarse las garantías para el buen desarrollo y plena tutela de los derechos⁵⁵.

⁵⁵ Para efectos de abundar el tema de avance de conceptos y condiciones mínimas relacionadas con el tema de consulta y contraposición a las restricciones imperantes al derecho a la consulta, pueden revisarse los siguientes casos: Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127, 128. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159-167. 60 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 138-139. 61 Corte IDH.

Esta problemática es la misma que hoy enfrenta México en relación con el derecho a la consulta previa, libre e informada. El derecho a la consulta, frente a la rectoría del estado, la propiedad nacional y el sentido y alcance del consentimiento en el proceso del desarrollo de la consulta previa, libre e informada.

Es precisamente aquí cuando confluyen los temas que se han tocado; el derecho como instrumento de justicia social, el derecho de propiedad y sus modalidades, la rectoría del estado, el reconocimiento de derechos a los pueblos y comunidades indígenas, el proceso del desarrollo nacional y la armonización de estos sectores a través del derecho y su aplicación.

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 205. 62 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134. 63 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Artículo 26 - Pacta sunt servanda. "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

CAPÍTULO 2 ANTECEDENTES DE LA REFORMA ENERGÉTICA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS INDÍGENAS

SUMARIO

Introducción. 2.1. Origen de la Reforma Energética; 2.2. Análisis de la Exposición de Motivos de la Reforma Energética; 2.2.1. Alcances y Proyecciones de la Reforma Energética; 2.3. El Estado y los Objetivos de la Reforma; 2.4. La Reforma Energética y su relación con la materia Indígena; 2.5. Leyes Secundarias creadas, Análisis de elementos comunes vinculados al Derecho de los Pueblos Indígenas; 2.5.1. Ley de Hidrocarburos; 2.5.2. Ley de Industria Eléctrica; 2.5.3. Ley de Energía Geotérmica; 2.5.4. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos; 2.5.5. Ley de Petróleos Mexicanos; 2.5.6. Ley de Comisión Federal de Electricidad; 2.5.7. Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética; 2.5.8. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos; 2.5.9. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo; 2.6. De las figuras representativas en la Reforma Energética susceptibles de vulnerar los derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas; 2.7.1. Servidumbre Legal de Hidrocarburos; 2.7.2. Ocupación Superficial.

Introducción

Lo que pretendo en este apartado es poner de manifiesto la relación existente entre la reforma constitucional en materia energética, las normas secundarias expedidas y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Para ello se hace una revisión de las leyes secundarias expedidas o reformadas, con motivo de la reforma energética a fin de localizar aquellos preceptos legales que enuncien relación con derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, ya sea de manera directa o indirecta.

Su localización permite mostrar los posibles alcances de la norma al momento de ser interpretada y aplicada, ver su marco protector o restrictivo, y a su vez, su relación con el resto del marco normativo mexicano.

Este análisis muestra en qué consisten en forma práctica, los cambios a la normativa previa, qué se pretende con estos cambios, y si serán efectivos al momento de llevarlos al terreno práctico.

El análisis anterior permitirá dar continuidad y claridad al presente trabajo, de tal forma que, al entrar al estudio de caso y arribar a las conclusiones, el previo conocimiento de las normas y disposiciones facilitará el entendimiento de los criterios utilizados tanto en el orden político como jurídico, así como el impacto en el orden social.

El conocer la norma, entendida ésta como el conjunto de ellas, facilita el camino al entendimiento de las relaciones práctico-jurídicas con el movimiento social.

2.1. ORIGEN DE LA REFORMA ENERGÉTICA

Hablar de la Reforma Energética y su origen necesariamente implica atender al antecedente histórico, mismo que tiene dos elementos a considerar, el primero de ellos relacionado a la tenencia de la tierra y su justa distribución, y por la otra, los antecedentes de empresas extranjeras y el saqueo de los recursos energéticos del país hasta la expropiación petrolera del 18 de marzo de 1938; surgiendo entonces “Petróleos Mexicanos”, empresa del estado mexicano que se hacía cargo de la industria del petróleo hasta nuestras fechas.

La explotación y aprovechamiento de estos recursos permitieron al país en el corto plazo, alcanzar la estabilidad económica, mientras que el presupuesto del Estado encontró en este sector su financiamiento. Determinar o señalar las causas del rezago de Petróleos Mexicanos es origen de polémica y análisis que no es objeto del presente trabajo, sin embargo, es precisamente el rezago de esta empresa estatal, a decir del Estado, lo que marcó la pauta para la realización de las reformas, toda vez que a decir del Estado, se encontraba financiera y tecnológicamente imposibilitada para realizar las funciones de exploración, explotación, refinación, transporte, y financiamiento al Estado entre otras, por lo que resultaba indispensable elaborar reformas que permitieran su modernización y aprovechar el potencial del país en materia de hidrocarburos y energía.

Los factores de rezago en el sector llevaron al Estado a realizar, en noviembre 28 de 2008, lo que podría denominarse la primera fase de la actual reforma energética; en esta etapa se expide la Ley de Petróleos Mexicanos, la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética, la Ley de la Comisión de Hidrocarburos y diversas reformas y adiciones tendientes a la incorporación de la inversión de la iniciativa privada funcionando como contratista de la paraestatal. La participación de la iniciativa privada trajo como consecuencia varias reformas como las del 4 y 22 de septiembre de 2009 relativas a la creación de los reglamentos de la Ley de Petróleos Mexicanos y el de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo;

reglamentos que sientan las bases para la celebración de contratos con mayor apertura al capital privado con la intención de modernizar y eficientar la paraestatal.

Las reformas realizadas no fueron suficientes según las expectativas de crecimiento planteadas por el Estado, por lo que en diciembre de 2013 se realiza la reforma constitucional a los artículos 25, 27 y 28, cuya finalidad es ofrecer y facilitar a particulares y su capital, el participar en actividades como la exploración, explotación y transporte entre otras, sin perder el control o la propiedad de los recursos que constitucionalmente son de su exclusivo dominio como Nación.

Sin embargo, es en esta reforma cuando esos dos factores históricos que se hacen referencia se entrelazan, ya que el Artículo Octavo Transitorio del decreto de reforma establece que:

“Derivado de su carácter estratégico, las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, a que se refiere el presente Decreto, se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas.

La Ley proveerá los términos y las condiciones generales de la contraprestación que se deberá cubrir por la ocupación o afectación superficial o, en su caso, la indemnización respetiva”

Por lo tanto, esta disposición afecta de manera directa tanto a la propiedad como a las actividades que realicen los propietarios o poseedores de las tierras afectadas para el desarrollo de las actividades señaladas como estratégicas.

Históricamente nuestro país ha tenido acciones bélicas (Guerra de Independencia, La Revolución, La guerra de Reforma, el conflicto armado con el EZLN), donde la tenencia de la tierra, su injusta repartición y el carente respeto los derechos sobre ésta han sido su origen. Los triunfos obtenidos se han plasmado en nuestra Carta Magna (artículos 2º, 4º y 27, entre otros).

En el caso de la propiedad social (ejidos y comunidades), la leyes secundarias emanadas de esta reforma energética contemplan contraprestaciones, términos y condiciones en la que se realizarán las afectaciones a los predios, bienes o derechos; así como medidas tales como la negociación entre los propietarios, titulares de los bienes y derechos con aquellos que cuenten con los contratos o asignaciones para la ejecución de las actividades denominadas estratégicas, de conformidad y apego a la ley, mientras que para efectos de las comunidades y pueblos indígenas se plantea el ejercicio de la consulta libre, previa e informada, antes de la afectación a su territorio de conformidad al mandato tanto constitucional como lo establecido en el tratado 169 de la OIT del que México es parte.

Dentro de estos procesos enmarcados por la legislación, no existe un modo real de defensa, ya que de no existir acuerdo entre las partes se procede a la afectación de las tierras y derechos, lo que puede ocasionar la gestión o fortalecimiento de conflictos, con independencia de que se encuentre contemplada la contraprestación como medio de resarcir el daño causado, ya que en algunos casos no sólo se afecta el derecho respecto de la tierra sino también de los denominados derechos humanos como el del medio ambiente sano, el trabajo, el ejercicio de las actividades religiosas, entre otras, máxime cuando se habla de comunidades o pueblos indígenas.

Los efectos de la reforma, dada su reciente creación y aplicación de las leyes aún están por verse, sin embargo, no es posible ver la historia sin percibir en el futuro cercano posibles conflictos socio-jurídicos al momento de la aplicación de estas normas.

2.2. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA ENERGÉTICA

El análisis de las iniciativas tiene por objeto empatar las razones del gobierno para efectuar la reforma constitucional en materia de energía con el marco de derechos de la sociedad y, específicamente, los derechos de las comunidades y pueblos indígenas en su condición de grupo vulnerable y que como bien se ha establecido, será el sector más afectado por la reforma constitucional en materia de

energía al ser su derecho de propiedad y territorial el objeto material indispensable para funcionamiento del área estratégica de hidrocarburos y energéticos.

Para un mejor contexto es necesario revisar las propuestas de iniciativas y las razones argumentadas; en primer término, se analizará la Iniciativa de Decreto presentada por el por el presidente de México, Enrique Peña Nieto para reformar los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁶.

Esta iniciativa estableció ejes estratégicos como sustento, en las que señaló que era necesario fortalecer al Estado en la rectoría de los hidrocarburos mediante nuevas herramientas que permitieran “*una adecuada y prudente administración del patrimonio petrolero nacional*”⁵⁷, de tal suerte que lo señalado indicaría, en sentido inverso que la política y administración del sector era inadecuada y nada sensata, es decir, las cosas se estaban haciendo mal, sin embargo ello no debiera por sí mismo requerir una reforma constitucional sino cambiar la política y los incorrectos manejos administrativos del patrimonio, permitiendo a este sector funcionar eficientemente; si pudiéramos señalar algo incorrecto no sería la cuestión legal sino aquellos que la ejecutan, sin embargo esto fue señalado como parte fundamental del por qué llevar a cabo una reforma constitucional.

Otro punto importante señalado fue el de la necesidad del crecimiento económico del país a través de la inversión y generación de empleos teniendo como base los recursos energéticos con los que cuenta el país, generando más energía y precios competitivos. Bajo esta perspectiva pareciera que la cuestión económica es el motor de esta iniciativa, sin embargo, el siguiente punto me parece el elemento más controvertido y que al final impacta al sector de la sociedad y sus derechos, los cuales son objeto de estudio del presente trabajo (la propiedad social e indígena);

⁵⁶ Véase Iniciativa de Reforma Energética presentada por el presidente Enrique Peña Nieto, documento en línea en la página http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Reforma_Energetica_presidencia.pdf, consultada el 11 julio de 2016.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 1

este eje estratégico lo denominó “*Desarrollo Incluyente*”⁵⁸, señalando que el acceso a la energía permitiría “*democratizar la productividad y la calidad de vida de la población*”⁵⁹.

Al hablar de democratizar la productividad y la calidad de vida, viene a la mente: ¿Qué es democratizar la productividad y la calidad de vida?, la Real Academia de la Lengua Española define democratizar como “hacer demócratas a las personas o democráticas las cosas”⁶⁰, lo que debiera entenderse como productividad democrática, lo que sigue sin quedar claro, entonces, ¿Qué significaría para nosotros los ciudadanos una producción democrática de energía?; los conceptos de producción y calidad de vida no creo que sean un problema, ya que suelen entenderse como la creación o generación de energía la primera y vivir bien la segunda, sin embargo ¿Cómo se hacen éstas democráticas? El vocablo democrático la RAE lo define como “perteneiente o relativo a la democracia”⁶¹, esto nos lleva a la conclusión de que dicha producción debe realizarse mediante la participación de todos los miembros de la sociedad, tanto en la toma de decisiones como en una práctica en condiciones de igualdad. Si esto se traslada al grupo de estudio; se está lejos de lo pretendido ya que no formaron ni forman parte de la toma de decisiones y no se encuentran en un estado de igualdad de prácticas frente al Estado y mucho menos frente a las transnacionales a las que la reforma ha abierto las puertas.

Esto lleva a cuestionar que el desarrollo incluyente fuera un elemento esencial para una reforma constitucional en materia de energéticos tal como lo plantea la iniciativa, ya que constitucionalmente es el Estado el encargado del desarrollo económico y social del país mediante los mecanismos que sean necesarios, siempre y cuando, claro está, se salvaguarden los derechos contenidos

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Véase la página <http://dle.rae.es/?id=C9crid5>, consultada el día 11 de julio de 2016.

⁶¹ Véase la página <http://dle.rae.es/?id=C9UF1Hx>, consultada el día 11 de julio de 2016.

en la propia constitución. En este sentido la propia constitución contempla, tratándose de pueblos y comunidades indígenas, que deben ser consultados de manera previa, libre e informada, no bastando que se haya incluido en las leyes secundarias emanadas de esta reforma la figura jurídica de la consulta previa, libre e informada si no puede hacerse verdaderamente efectiva y por tanto incluyente. Es aquí donde se genera la primera violación de derechos a este grupo, ya que, de inicio, la propia iniciativa no fue motivo de consulta previa pese a que se involucran derechos constitucionales reconocidos a este sector de la sociedad mexicana.

Continuando con el análisis de la iniciativa y de otro eje rector, así denominado, tenemos a la *Seguridad Energética*, la cual tiene como base el elemento del aprovechamiento de la energía primaria que provea de energía a la población actual y futura. En esta tesitura, dicho beneficio deber ser en favor de la población en general, y por supuesto, del sector indígena, sin embargo, este sector de la población se mantiene en condiciones de insuficiencia en los servicios básicos con notables diferencias en comparación con el resto del país, tan sólo en 2006 el 16 % de viviendas en regiones indígenas no contaban con energía eléctrica y el 65% cocinaban con leña y carbón⁶², situación que no ha cambiado de manera substancial a la fecha. Dentro de los programas implementados por el gobierno federal se han instalado 36 plantas solares para la beneficiar a poblaciones indígenas, sin embargo, esto no ha suficiente para eliminar la brecha existente por cuanto a la marginación en la que vive este sector poblacional.

Por cuanto al eje denominado “Transparencia”, en lo particular no le encuentro sentido, ya que parte de las obligaciones del Estado es la rendición de cuentas a los gobernados y para ello se han creado instrumentos, mecanismos e instituciones a efecto de garantizar el acceso a la información y de entre ellas el cómo y en qué se gastan los recursos propiedad de la nación y de los mexicanos,

⁶² Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas de México 2006.*, México, 2006., consultado en línea en http://www.cdi.gob.mx/idh/informe_desarrollo_humano_pueblos_indigenas_mexico_2006.pdf, 19 de diciembre, 2016.

por tanto, no tendría razón de ser un eje rector en una reforma constitucional en materia de energía sino claridad en el fondo de lo que se persigue con la reforma, lo que a la fecha aún no ha quedado claro y sigue siendo motivo de análisis continuo desde perspectivas muy diversas y sin puntos de coincidencias claras.

El siguiente punto es igualmente importante y trascendente en cuanto a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas: la *Sustentabilidad y protección al Medio Ambiente*. Por un lado, el argumento esgrimido en la iniciativa consiste en mitigar los efectos negativos que la producción y el consumo de energías fósiles puedan tener sobre la salud y el medio ambiente, mediante la mayor disponibilidad de fuentes de energía más limpias, sin embargo, la tendencia real y la establecida en las leyes emanadas de la reforma consiste en una mayor explotación de energías fósiles, así como la apertura del sector de recursos naturales a los extractivos y productivos; de esta manera, la iniciativa no es acorde con la reforma y acciones reales y presentes en territorio nacional, lo que lleva a una afectación directa sobre sector de la población en estudio.

Existe, sin duda, un vínculo directo entre los derechos ambientales y los pueblos y comunidades indígenas, ya que gran parte de los recursos naturales se encuentran en territorio de propiedad social e indígena, de ahí que los proyectos de exploración y extracción de recursos no renovables como el petróleo, el gas, minerales, así como la producción de energía eléctrica impacten de manera directa sobre los derechos tanto humanos como fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas.

Un problema presente y de gran importancia radica en que tanto la legislación interna como externa se encuentra fragmentada y por tanto no cuenta con claridad por cuanto a los alcances y autoridades que deberán otorgar tanto el acceso como la impartición de justicia en materia ambiental y derechos indígenas.

Si bien nuestra Constitución contempla un amplio marco tutelar de derechos humanos y medios para acceder a mecanismos de tutela tales como el amparo mediante los llamados derechos colectivos o difusos, lo cierto es que, para hacerlos efectivos, las condiciones no son tan favorables como debieran ser.

De inicio, la información por cuanto a la materia ambiental es poco fluida, la sociedad en general no cuenta con la debida información en cuanto a que tienen derecho a ser informados de las cuestiones ambientales existentes en el país, cuáles derechos y acciones constituyen sus derechos ambientales, cómo participar de ellos y mucho menos el cómo acceder a la justicia ambiental, ya que los mecanismos existentes son de carácter especializado y oneroso.

Si esto lo trasladamos al ámbito de marginación y vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos y comunidades indígenas, la situación se convierte en un problema mayor que los coloca en lo que doctrinarios han llamado una doble vulnerabilidad.

Aquí se distinguen tres tipos de derechos ambientales: los derechos ambientales procedimentales (derecho a la información ambiental, derecho a la participación y el acceso a la justicia); los derechos ambientales materiales como el derecho a la vida, a la salud, a la propiedad, y finalmente, el derecho autónomo a un ambiente sano.

Las críticas a la iniciativa de reforma no se hicieron esperar por parte de académicos e investigadores. Jon M. Eckermann señaló que esta reforma es un retraso de 76 años, devolviendo el control de la industria petrolera a las transnacionales, convirtiendo a PEMEX en un contratista más de la Secretaría de Energía y pronosticando el enriquecimiento de un puñado de familias⁶³, vaticinando la existencia de luchas sociales, políticas y jurídicas, pronostico que no ha sido errado y que a la fecha se agudizan en tanto la reforma se consolida en los hechos.

El mismo Eckermann indicaba que uno de los principales argumentos para la reforma era el colocar a Pemex como una empresa incapaz, ineficiente y corrupta⁶⁴ y que tales enunciaciones no eran suficientes para dar paso a una reforma privatizadora como la propuesta por el gobierno, más aún, el reformar el artículo 27

⁶³ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime (Coord.), *Reforma energética, análisis y consecuencias*, TIRANT LO BLANCH MÉXICO, México, 2015, pp. 23, 24.

⁶⁴ *Ibídem*, p. 25

constitucional, que articula a la propiedad con el desarrollo nacional, era un desatino y que en todo caso para ello teníamos una ley acorde a las necesidades, la Ley de Expropiación, una idea que comparto en el fondo aunque difiero con sus argumentaciones⁶⁵.

2.2.1. ALCANCES Y PROYECCIONES DE LA REFORMA ENERGÉTICA

La reforma constitucional en materia energética vino a modificar de manera substancial el funcionamiento del sector energético en el país y principalmente el de PEMEX, impactando de manera directa en el sector económico, productivo, social y de desarrollo nacional.

Desde la década de los setenta, tanto el marco jurídico como institucional del sector energético, era de exclusividad del Estado. En la década de los ochenta alcanzó su punto álgido por cuanto a lo productividad y aprovechamiento del sector petrolero. Al paso de las décadas posteriores, el sector presentó gran disminución en su funcionamiento, siendo entre otras cosas, elementos considerados por el Estado para instrumentar una reforma constitucional de la magnitud observada.

La reforma energética según el Estado corresponde a una caída del sector energético nacional, problemas de competitividad, ineficiencia en la transformación industrial, así como las cargas fiscales de que el sector era objeto.

Tanto el sector energético como financiero en México, durante estas décadas ha dependido de los hidrocarburos, tan sólo en 2013 el 82% de la oferta primaria de energía provino de los hidrocarburos⁶⁶, en tanto que en el sector de las finanzas públicas del país provenía de los derechos y aprovechamientos por el uso de los recursos naturales, lo que provocó una sustitución contributiva fiscal de este sector en favor de los contribuyentes, dando como resultado una dependencia del sector

⁶⁵ Ibidem, Cfr. 35-40.

⁶⁶ Grupo de Energía del Programa Universitario Estudio de Desarrollo de la UNAM, *Contenido y alcance de la reforma energética*, ECONOMÍAUnam vol. 13 núm. 37, enero-abril, 2016, consultado en línea en la página: <http://www.scielo.org.mx/pdf/eunam/v13n37/1665-952X-eunam-13-37-00003.pdf>, enero 29, 2017.

financiero respecto de éste. En promedio este sector aportó al sistema fiscal del país al menos el 30%, fluctuando de entre el 19 y 50 % anuales⁶⁷.

La dependencia generada trajo como consecuencia que el diseño de la política económica, de desarrollo y como consecuencia de ello, la social, se restringieran a las condiciones económicas del sector energético y de hidrocarburos. Al precipitarse la funcionalidad del sector petrolero y energético, como consecuencia lógica, el Estado lo resintió y, en efecto cascada, la sociedad ha tenido que sufrir de manera directa las consecuencias de la falta de políticas de previsión y debidamente estructuradas.

Todo lo anterior pareciera estar ajeno al tema particular en estudio, sin embargo, esto no es así, la parte vinculante se encuentra precisamente en las nuevas políticas que se instrumentan por parte del Estado con la finalidad de estabilizar la situación económica del país.

La reforma energética, como parte de la nueva política económica, corresponde a reformas estructurales instrumentadas cuya finalidad principal es el sanear la economía del país. Los alcances pretendidos de acuerdo con la versión oficial son: 1) Elevar la productividad para detonar el crecimiento y desarrollo nacional; 2) Fortalecer y ampliar los derechos de los ciudadanos y 3) Fortalecer el régimen político democrático.

En el caso concreto, las finalidades pretendidas parecieran presentarse como una oportunidad para el sector indígena del país, pues de alcanzarse las metas propuestas, las brechas de marginación política, económica, social y cultural en país irían en la proyección de desaparecer y generar igualdad de oportunidad, bienestar general, inclusión social y crecimiento económico para todos los mexicanos.

Desafortunadamente, como veremos en el desarrollo del presente trabajo, esto no es así, lejos de proveer mayores beneficios a este sector vulnerable, con la apertura y eliminación de restricciones para el aprovechamiento de los recursos naturales y la detonación tanto de la infraestructura como de la explotación del

⁶⁷ Ídem, p. 17

sector energético de hidrocarburos, el sector indígena del país se encontrará en un estado de desventaja aún mayor a las que actualmente se enfrentan.

2.3. EL ESTADO Y LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA

Para el Estado la reforma en materia de energía permitiría la modernización del sector energético de nuestro país, sin menoscabo de la propiedad y rectoría nacional en este sector. Señaló diez objetivos fundamentales⁶⁸ que en términos generales podemos indicar que hace énfasis en la no privatización de Pemex y Comisión Federal de Electricidad, la modernización y fortalecimiento de estas empresas, permitiendo mayor abasto, mejores precios, la transparencia en rendición de cuentas, la atracción de inversión para impulsar el desarrollo del país, así como la creación del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo. La reforma, en general a consideración del Estado se traduciría en beneficios para todos los mexicanos, señalando disminución de costos en tarifas eléctricas y generación de empleos.

Dentro de estos objetivos hay dos que toman relevancia en el presente trabajo por su relación directa con la sociedad y el grupo vulnerable en estudio, y son los que hacen referencia al impulso del desarrollo con responsabilidad social y protección al medio ambiente. Algunos más atienden a la reducción de riesgos financieros, geológicos y ambientales en las actividades de exploración y extracción de petróleo y gas; actividades que tienen una estrecha relación con los pueblos y comunidades indígenas respecto al pleno respeto y ejercicio de sus derechos humanos fundamentales y su desarrollo integral, toda vez que un porcentaje importante de las tierras que serán de utilidad para estas acciones se encuentran en posesión de grupos indígenas.

⁶⁸ Véase el documento en línea “Reforma energética”, Gobierno de la República <http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/explicacion.pdf>, consultado el 20 de junio de 2016.

2.4. LA REFORMA ENERGÉTICA Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA INDÍGENA

El vínculo entre la reforma energética y la materia indígena estriba precisamente en cuanto a que las leyes secundarias expedidas establecen como acciones estratégicas la exploración, explotación y distribución de hidrocarburos, y que dichas acciones pueden realizarse en tierras de carácter privada, ejidales, comunales o territorios indígenas a través de figuras como las Asignaciones, Contratos, Permisos o Autorizaciones, las cuales atenderán lo dispuesto por la Ley Agraria así como lo dispuesto por estas Leyes secundarias.

Es aquí donde convergen e interactúan las leyes emergidas por la reforma energética y la materia agraria regulada por la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional, Ley Agraria, que tiene bajo su jurisdicción todo lo relacionado a la cuestión agraria; incluida la tierra y derechos inherentes sobre la misma, así como los sujetos de derecho (ejidos, comunidades, ejidatarios, comuneros, poseedores e indígenas, entre otros).

Pero, cuál es entonces la relación con los derechos de pueblos y comunidades indígenas y qué tiene que ver la materia agraria con los derechos indígenas. En un primer momento tenemos que tener en cuenta que la Constitución prevé que los pueblos y comunidades indígenas podrán adquirir propiedad a través de los medios establecidos en ella, ésta establece la vía de investirse de la propiedad a través de las figuras jurídicas del ejido y comunidad, las cuales se regulan a través de la Ley reglamentaria (Ley Agraria).

Históricamente, la figura jurídica de la comunidad agraria se instituyó a efecto de que los pueblos y comunidades indígenas les fuera reconocida o restituida su propiedad, convirtiéndose así en figuras reguladas por la Ley Agraria en tratándose de propiedad social.

Algunas de las comunidades por cuestiones administrativas o por propia elección, adquirieron la figura del ejido y, por tanto, también se encuentran reguladas por la Ley Agraria. De este modo tenemos comunidades y pueblos indígenas bajo el régimen de la propiedad social agraria.

Residualmente hay comunidades que no han asumido ninguna de las figuras jurídicas de la propiedad social, conservando sus actividades de manera territorial y, por tanto, se encuentran en un estado legal disperso.

La Ley Agraria contempla en su Artículo 106 *“que las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4o. y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional.”*, sin embargo no existe una ley reglamentaria de dicho artículo, quedando a su resguardo la administración de justicia cuando se trata de indígenas, tal y como se observa en el artículo 164, que pertenece al capítulo de la justicia agraria, en el que se establecen las condiciones y atribuciones de los Tribunales Agrarios al momento de la impartición de justicia.

2.5. LEYES SECUNDARIAS CREADAS, ANÁLISIS DE ELEMENTOS COMUNES VINCULADOS AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como producto de la reforma energética y la necesidad de instrumentar la nueva política económica fueron creadas nueve leyes, que tienen como finalidad regular las actividades productivas del sector energético.

Para efectos de encontrar la conexión entre la nueva legislación y el derecho indígena, realizaré un análisis estructural de cada una de ellas, de tal forma que permita establecer la de mayor impacto respecto a los derechos de este sector en México.

2.5.1. Ley de Hidrocarburos:

Es reglamentaria de los artículos 25 (rectoría del Estado del desarrollo nacional), párrafo cuarto (Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.), 27 (de la propiedad), párrafo séptimo (del petróleo y los hidrocarburos) y 28 (prohibición de monopolios), párrafo cuarto (...El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo

con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado. ...) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Su objetivo es regular la industria de hidrocarburos en todas sus áreas, es decir, exploración, extracción, conducción y almacenamiento de los mismos.

Por cuanto a su vinculación con los derechos indígenas, esta ley contempla dos artículos que hacen pronunciación expresa, el primero de ellos corresponde al Capítulo IV "*Del Uso y Ocupación Superficial*"

Artículo 100. Lo dispuesto en el presente Capítulo será aplicable respecto de los derechos que la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, reconocen a las comunidades indígenas.

Este último párrafo enuncia el marco normativo aplicable en caso de derechos reconocidos a las comunidades indígenas, reconociendo tres ámbitos, Constitución, leyes y tratados internacionales, siendo en este último apartado enunciativa más no limitativa, lo que implicaría que todo aquél tratado internacional que otorgue a los pueblos y comunidades indígenas será susceptible de invocarse y el Estado de reconocer y hacer efectivos tales derechos.

El problema principal de este apartado, como se ha hecho ver, es que el derecho de las comunidades indígenas como la normatividad y las facultades de autoridades se encuentran fragmentadas o limitadas para su acceso jurisdiccional por parte de los sujetos de derecho.

El segundo artículo es el 120, que establece:

"Artículo 120.- Con la finalidad 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, la Secretaría de Energía deberá llevar a cabo los procedimientos de consulta previa, libre e informada necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan.

En dichos procedimientos de consulta la Secretaría de Energía podrá prever la participación de la Agencia, las empresas productivas del Estado y sus

subsidiarios y empresas filiales, así como Particulares, conforme a la normatividad aplicable. Los procedimientos de consulta tendrán como objeto alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento conforme a la normatividad aplicable. La Secretaría de Energía, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá prever en las Asignaciones, así como dentro de los términos y condiciones que establezca para las licitaciones, los montos o las reglas para la determinación de los mismos, que el Contratista o Asignatario deberá destinar para el desarrollo humano y sustentable de las comunidades o localidades en las que realicen sus actividades, en materia de salud, educación, laboral, entre otras, sin menoscabo de las obligaciones del Estado.”

En este precepto se destaca la necesidad de tomar en cuenta los derechos e interés de las comunidades y pueblos indígenas mediante la consulta previa, libre e informada, otorgado al Estado las amplias facultades para establecer las modalidades; de nueva cuenta, la fragmentación y dispersión de la normatividad se ve reflejada al momento de hacer efectivos los derechos reconocidos a las comunidades y pueblos indígenas.

Entonces, de forma general esta ley actualiza en primer término la posibilidad de afectación de derechos a comunidades y pueblos indígenas; segundo, que sus derechos serán los que se contemplen en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales y tercero, que se les otorga garantía de audiencia vía la consulta previa, libre e informada.

Desde esta perspectiva, la figura de la consulta previa, libre e informada será la base fundamental para salvaguardar o violentar los derechos de las comunidades y pueblos indígenas. Por cuanto al conjunto normativo, la principal problemática será el cómo acceder a la justa tutela de sus derechos y ante quién deberán hacerlo.

2.5.2. Ley de Industria Eléctrica:

Esta ley, al igual que la de hidrocarburos es reglamentaria de los artículos 25 (rectoría del Estado del desarrollo nacional), párrafo cuarto (Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.); 27 párrafo sexto (...Corresponde

exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.) y 28, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Su objeto es regular la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica y las demás actividades de la industria eléctrica, sus disposiciones son de interés social y orden público.

Tiene por finalidad promover el desarrollo sustentable de la industria eléctrica y garantizar su operación, eficiencia en la transmisión y distribución, así como el cumplimiento de las obligaciones de servicio público y universal, de Energías Limpias y de reducción de emisiones contaminantes⁶⁹.

Esta ley cuenta con dos artículos que de manera expresa enuncia a las comunidades y pueblos indígenas como sujetos de aplicación de este cuerpo normativo. El primer artículo se encuentra en el Capítulo VIII, del título I “Del uso y Ocupación Superficial” y establece: “...*Lo dispuesto en el presente Capítulo será aplicable respecto de los derechos que la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, reconocen a las comunidades indígenas.*”

Este párrafo se repite de manera idéntica al contenido en la Ley de Hidrocarburos, teniendo los mismos fines, alcances y limitantes.

El siguiente artículo es el 119, contenido en el Título IV, Capítulo II “*Del Impacto Social y Desarrollo Sustentable*” y que a la letra dice:

⁶⁹ Artículo 1 de la Ley de la Industria Eléctrica, consultada en línea en la página de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec_110814.pdf, febrero de 2017.

“Artículo 119.- Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria eléctrica, la Secretaría deberá llevar a cabo los procedimientos de consulta necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan.

En dichos procedimientos de consulta podrán participar la CRE, las empresas productivas del Estado y sus empresas subsidiarias y filiales, así como los particulares.

Como es de observarse, los parámetros utilizados tanto en la Ley de Hidrocarburos como en la Industria eléctrica son los mismos, siendo el factor común, el marco normativo y la figura jurídica de la consulta previa, libre e informada a efecto de garantía de audiencia.

Ahora bien, el artículo 6º, señala que es el Estado el encargado de la política y, regulación y vigilancia de la industria, para ello contará con la Secretaría de Energía y la Comisión Reguladora, y de entre sus objetivos está la contemplada en la fracción IV que establece: *“Propiciar la expansión eficiente de la industria eléctrica, **respetando los derechos humanos de las comunidades y pueblos;**”*, lo que resulta interesante, pues abre el abanico y se alinea con lo dispuesto por el artículo 1º de la Constitución, al no sólo contemplar derechos de los pueblos y comunidades reconocidos en el artículo 2º, sino además a los derechos humanos, de los cuales se deben entender incluidos los derechos colectivos.

El problema principal y recurrente en este tipo de acciones, es el cómo y a través de quién se tutelarán estos derechos, principalmente cuando chocan con el denominado orden público y el interés social.

Como se ha señalado, la figura que sobresale en estos casos es la consulta previa, libre e informada, recayendo la responsabilidad de su instrumentación, en materia de energía en la Secretaría de Energía, de conformidad con el artículo 11, fracción VIII, de la Ley en cita; mientras a la Comisión Reguladora de Energía sólo se enuncia la potestad bajo el enunciado *podrá*, conforme al último párrafo del artículo 119, previamente citado.

El principal marco tutelar contemplado en esta ley en materia indígena está dispuesto en el artículo 4º, que señala “...*Las actividades que regula esta Ley, deberán realizarse con estricto apego a la normatividad y disposiciones que resulten aplicables, **incluidas aquellas relativas a la consulta indígena, previa, libre e informada.** Lo anterior, respetando en todo momento los derechos humanos y sociales de los particulares, ejidatarios, comuneros o dueños de los predios de que se trate.*”, considerando que la última parte debe entenderse como aplicable a lo indígena.

De nueva cuenta, el factor común de las normas consultadas remite al derecho a la consulta previa, libre e informada, y como siempre, la eficacia será el parámetro para determinar su verdadera importancia.

2.5.3. Ley de Energía Geotérmica:

Esta Ley es considerada de interés y orden público, siendo su objeto regular el reconocimiento, la exploración y la explotación de recursos geotérmicos, con el fin de generar energía eléctrica, es decir, el aprovechamiento de los recursos existentes en territorio nacional, en cooperación con el sector privado.

Por cuanto a la materia de energía geotérmica, su ley sólo tiene un artículo que enuncia de manera expresa la cuestión del reconocimiento de derechos a comunidades indígenas y es el artículo 4º que dice:

*“Artículo 4.- Las actividades a que se refiere la presente Ley son de utilidad pública, preferente sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del subsuelo de los terrenos. Lo anterior, salvo que se trate de usos o aprovechamientos por actividades de la industria de los hidrocarburos. **Las actividades que regula esta Ley, deberán realizarse con estricto apego a la normatividad y disposiciones que resulten aplicables, incluidas aquellas relativas a la consulta indígena, previa, libre e informada.** Lo anterior, respetando en todo momento los derechos humanos y sociales de los particulares, ejidatarios, comuneros o dueños de los predios de que se trate. Las actividades que se realicen en términos de la presente Ley se orientarán con los intereses nacionales, incluyendo los de seguridad energética del país,*

*sustentabilidad de las áreas con potencial geotérmico, y **protección al medio ambiente.***⁷⁰

La diferencia entre las legislaciones anteriores es que ésta, además de contemplar derechos de comunidades indígenas, también hace referencia a la protección de medio ambiente, derecho que se encuentra íntimamente ligado a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, de este modo, abre la puerta a un mecanismo más de tutela a sus derechos, lo que es importante y no sólo para ellos como grupo vulnerable, sino para la población en general atendiendo al derecho a un ambiente sano.

2.5.4. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos:

Al igual que las leyes anteriores analizadas, ésta es de orden público e interés general, su objeto es la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector de Hidrocarburos, quien se encargará de la protección de personas las personas, el medio ambiente y de la infraestructura de hidrocarburos.

Esta agencia jugará un papel importante, ya que en los casos de ocupación superficial temporal, al momento de la desocupación, será esta agencia la encargada de regular y evitar el daño, deterior y riesgos tanto para la población como para el medio ambiente, de tal suerte que estas acciones lo vinculan de manera directa a los derecho de los pueblos y comunidades indígenas, ya que al afectar el medio ambiente del territorio de éstas poblaciones, el primer frente de contención es precisamente este organismo. Es decir, el vínculo se da en materia de Derecho Ambiental.

⁷⁰ El énfasis y las negritas son mías

2.5.5. Ley de Petróleos Mexicanos:

Como Ley Reglamentaria del artículo 25 (rectoría del desarrollo nacional), párrafo cuarto (exclusividad de las áreas estratégicas) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; tiene como objeto regular la organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de Pemex.

Esta ley no cuenta con articulado expreso en cuanto a las comunidades y pueblos indígenas, sin embargo, el vínculo se da en cuanto al desarrollo de las actividades estratégicas, las cuales se desarrollarán mediante la ley regulatoria, es decir, conforme a las disposiciones contempladas en la Ley de Hidrocarburos y, por lo tanto, lo previsto en ella por cuanto a las normas aplicables, la afectación y garantía de audiencia son aplicables para la empresa productiva del Estado Petróleos Mexicanos.

2.5.6. Ley de Comisión Federal de Electricidad:

El Artículo 1º señala que es Reglamentaria del artículo 25, párrafo cuarto, de la Constitución y del Transitorio Vigésimo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013, que es de interés público y que tiene por objeto regular la organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del Estado Comisión Federal de Electricidad, así como establecer su régimen especial en materia de: I. Empresas productivas subsidiarias y empresas filiales; II. Remuneraciones; III. Adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras; IV. Bienes; V. Responsabilidades; VI. Dividendo Estatal; Su vinculación es en cuanto a lo que se vincule a la ley de energía eléctrica. Teniendo por objetivo la transparencia de cuentas de la CFE, así como su operación y funcionamiento.

Esta Ley por ser más de carácter operativo, tiene que ajustarse a la Ley en materia de Energía Eléctrica, por tanto, los parámetros y lineamientos a seguir son

los previstos por ésta, por lo que de manera expresa no hace un pronunciamiento especial en tratándose de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

2.5.7. Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética:

Como Ley Reglamentaria del artículo 28, párrafo octavo (*El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.*), la creación de los Órganos Reguladores Coordinados tiene por objeto que éstos tendrán a su cargo la declaratoria de utilidad pública, social y privada de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, así como todo lo relacionado a la infraestructura eléctrica, promoviendo los actos jurídicos que se requieran para hacer efectiva la declaratoria de utilidad pública, las que por su naturaleza y atendiendo a la premisa fundamental de la reforma energética, tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos.

De esta manera, el vínculo se da en cuanto a que los Órganos Reguladores Coordinados serán los encargados de la declaración de utilidad pública, primer acto que puede llevar consigo la afectación al territorio o propiedad de los pueblos y comunidades indígenas, y con ello, la posible violación a derechos humanos.

El artículo 38 de la presente Ley establece atribuciones adicionales a las conferidas en la Ley de Hidrocarburos, de entre ellas: regular y supervisar el reconocimiento y la exploración superficial, así como la exploración y la extracción de hidrocarburos, incluyendo su recolección desde los puntos de producción y hasta su integración al sistema de transporte y almacenamiento, por tanto, existen acciones jurídicas y materiales directas, que al ser ejecutadas por estos órganos, se afectarán derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Por otra parte, en su artículo 28, establece la constitución de un Consejo Consultivo, el cual tendrá por objeto contribuir al procedimiento de consulta pública para analizar los criterios de regulación contenidos en las disposiciones administrativas que de carácter general que expidan.

2.5.8. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos:

Esta ley no contempla regulación expresa respecto a los derechos de pueblos y comunidades indígenas, sin embargo, la vinculación se establece en los artículos 1º y 19 y 43.

El primero de ellos regula los ingresos que por concepto de las actividades de hidrocarburos y eléctricas se realicen, el 19, las contraprestaciones, aduciendo el hecho que no serán deducibles y el 43, lo relativo a los costos y gastos por concepto de servidumbres, derechos de vía, ocupaciones temporales o permanentes, arrendamientos o adquisición de terrenos, indemnizaciones y cualquier otra figura análoga que derive de lo dispuesto en el artículo 27 y en el Capítulo IV del Título IV de la Ley de Hidrocarburos.

2.5.9. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo:

Esta ley, conforme a su artículo 1º, tiene por objeto establecer las normas para la constitución y operación del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, el cual tiene como fin recibir, administrar, invertir y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y los contratos derivados de las actividades energéticas.

Algunas leyes existentes fueron reformadas⁷¹ a efecto de adaptarse al nuevo modelo de la industria energética en el país; legislaciones como la Ley Minera y la Ley de Aguas Nacionales, son legislaciones que, al conectarse de manera directa con cuestiones ambientales, también se vinculan con los derechos tanto fundamentales como humanos de los pueblos y comunidades indígenas.

⁷¹ Se reformaron 12 leyes, Ley de Inversión Extranjera, Ley Minera, Ley de Asociaciones Público-Privadas, Ley Federal de Derechos, Ley de Coordinación Fiscal, Ley de Aguas Nacionales, Ley General de Deuda Pública, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Ley de Adquisición, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

La Ley Minera en su artículo 10 habla de las concesiones para la exploración y explotación de los minerales las cuales podrán realizarse, además de las personas físicas, los ejidos, comunidades agrarias y pueblos y comunidades indígenas.

Esta Ley en sus artículos 13 y 13 Bis conceden un derecho preferencial a las comunidades y pueblos indígenas respecto de terceros solicitantes cuando el predio se encuentre en un área habitada y ocupada por un pueblo o comunidad indígena, siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos establecidos por ley, lo que si bien parece un derecho, también deber observarse desde el punto de vista de las condiciones de precariedad en las que suelen estar estos grupos sociales del país, convirtiéndose entonces en una limitante, pues no se estaría en una verdadera igualdad de oportunidades, de nada sirve un derecho que no puede ser ejercitado..

2.6. DE LAS FIGURAS REPRESENTATIVAS EN LA REFORMA ENERGÉTICA SUSCEPTIBLES DE VULNERAR LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Las modificaciones a la legislación en materia de energía atienden, como se ha visto, a la apertura del sector a la inversión, tanto nacional como extranjera, y a decir del gobierno, para la competitividad y mejoramiento en la producción de energías limpias, para ello ha resultado indispensable modificar la legislación a efecto de brindar seguridad jurídica al capital y un más rápido acceso a la tierra.

La reforma constitucional tiene un gran impacto, ¿positivo o negativo?, aún pendiente de confirmación, sin embargo, con relación a ese último punto enunciado es que se incorporan a la nueva legislación secundaria dos figuras jurídicas ya existentes, pero con características y condiciones muy particulares, figuras sobre las que versaran las nuevas relaciones tierra-capital, la servidumbre legal de hidrocarburos y la ocupación superficial.

De nueva cuenta, la tierra se vuelve factor para el desarrollo, y a decir algunos, por ejemplo, la titular de a SEDATU, Rosario Robles Berlanga, la función social de la tierra, hablando de la propiedad social, se ha perdido.

Pareciera que, tras las últimas reformas, la tierra, y sobre todo la propiedad social y su naturaleza colectiva, es objeto de persecución, caza y extinción en favor del capital, y de entre ellas, la que se encuentra en manos de los Pueblos y Comunidades Indígenas.

Cárdenas Gracia, afirma que el “*El artículo transitorio octavo de la reforma energética establece que el sector energético tiene prevalencia sobre cualquier otra actividad. Ello permitirá –a favor de las transnacionales – expropiar y disponer de la propiedad privada, pública y social*”⁷². Lo que va de la mano con estas dos figuras jurídicas, pues es a través de ellas que será posible la ejecución y consecución de lo proyectado en la reforma constitucional.

Por otro lado, coincido con la postura de Cárdenas Gracia cuando afirma que ese artículo transitorio es contradictorio con lo dispuesto en el artículo 2º en relación con el derecho preferencial enunciado a favor de los Pueblos y Comunidades Indígenas para explotar los recursos naturales en sus territorios, restringiendo aún más su relación con la tierra y sus recursos.

Por ello resulta indispensable el análisis de estas dos figuras: ocupación superficial y servidumbre legal de hidrocarburos. Como dice Cárdenas Gracia, “*el régimen de propiedad de la tierra cambia totalmente en el derecho mexicano*”⁷³ quedando por completo al servicio y necesidades del sector energético y de los intereses del capital privado nacional, pero, sobre todo, del capital extranjero, y son estas dos figuras el instrumento para tales fines.

⁷² Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 153

⁷³ Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, p. 153

2.6.1. SERVIDUMBRE LEGAL DE HIDROCARBUROS⁷⁴

Como se planeó al inicio de este trabajo, con la reforma se expidieron nuevas leyes, y dentro de estas dos figuras, de entre ellas la de servidumbre legal de hidrocarburos, figura que en sí misma no es nueva, sus particularidades sí.

Las condiciones legales que revisten a esta nueva figura jurídica denominada servidumbre legal de los hidrocarburos, encuentra su fundamento en el derecho de propiedad inherente que tiene reservada la Nación, el cual se encuentra plasmado en nuestra Constitución, en la que se reserva la imposición de modalidades a la propiedad, tal y como lo prevé el Artículo 27, párrafo tercero.

Sin embargo, cabe la idea crítica acerca de esta figura jurídica, en el sentido de que sería un mecanismo expropiatorio con fases previas de negociación y mediación, concluyendo con el poder sancionador del estado.

Otra de las características es: que puede estar sujeta a temporalidad o a la adquisición del bien inmueble a favor de terceros que no es el Estado, sino particulares nacionales o extranjeros, quienes han sido autorizados por éste para el aprovechamiento de los recursos naturales a través de los contratos, las asignaciones, concesiones, permisos o autorizaciones que tenga a bien emitir.

Es decir, se abre la puerta para que capitales extranjeros que hayan sido favorecidos para los trabajos de exploración, extracción y conducción de los llamados hidrocarburos no sólo inviertan en esa actividad, sino también en la adquisición en propiedad de los predios sujetos a la servidumbre.

En la nueva normatividad la explotación y aprovechamiento de los hidrocarburos se establece como actividad preponderante, de interés social y utilidad pública.

⁷⁴ Cfr. Domínguez Arias, Angélica, Reyna Rosales, Carmina, *La servidumbre legal de hidrocarburos, ¿Expropiación a petición de parte interesada?*, artículo publicado en Gestión Social. Organizaciones Humanas para una Sociedad Incluyente, Ojeda López, Ruth Noemí, López Canto, Leonor Elena (coordinadoras), Universidad Autónoma de Yucatán, Mérida, Yucatán, México, 2016, pp. 7148-7164.

La Ley de Hidrocarburos establece que una vez transcurridos ciento ochenta días naturales después de la oferta monetaria realizada por la compañía al propietario o poseedor de las tierras y de iniciadas las negociaciones y no haber respuesta favorable del titular de derechos posesorios o de propiedad, la autoridad procederá a petición del interesado, a constituir en favor de quien deba aprovechar los recursos la denominada servidumbre legal de hidrocarburos, dejando al afectado el recurso de amparo para la defensa de sus derechos; sin embargo al ser la actividad de explotación y aprovechamiento de hidrocarburos de carácter preponderante, de interés social y de utilidad pública, surge la interrogante, ¿Qué tan efectivo será el recurso de amparo en contra de la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos previsto en la Ley?

Para contestar la interrogante basta observar comparativamente la figura de expropiación, misma que se emplea por causas de utilidad pública, figura que está catalogada como un acto privativo dictaminado por una autoridad administrativa, en contra del cual no hay otro medio de defensa que la figura jurídica del amparo, el cual no tiene más eficacia que proteger el interés económico del afectado una vez que haya quedado debidamente acreditada la utilidad pública.

Al compartir las características de la utilidad pública y la misma obligatoriedad, de igual modo, comparten la eficacia de dicho recurso; sin embargo, la servidumbre legal que se analiza tiene como ya lo hemos dicho, fases previas de negociación y mediación con características distintas a las contenidas en la ley de expropiación.

En ella se han instrumentado mecanismos regulatorios, procesos y alternativas legales y también dentro de esos mecanismos se implementó la obligatoriedad de dicha figura jurídica y por tanto, se convierte en una expropiación en favor de particulares y no sólo del Estado y frente a la cual no hay recurso eficaz, sin embargo, tales condiciones por abusivas que puedan percibirse, corresponde a las prácticas internacionales y cuya intención es brindar seguridad y certeza al capital de inversión, México como el resto de los países tiene la necesidad de abrir sus puertas al ámbito internacional, por lo que debe ir adecuando las condiciones

internas a los requerimientos del actual estado de globalización, el reto es no violentar derechos al momento de ejecutar y poner en acción esta figura.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, si bien nuestra legislación prevé a la acción de expropiación como un mecanismo regulatorio en los casos de utilidad pública, nuestros legisladores han decidido dar a luz a una nueva figura jurídica, que tiene como finalidad la de facilitar el acceso a la tierra para el aprovechamiento de los recursos naturales a favor de terceros, sin embargo, no puede pasar desapercibido el contexto histórico social de nuestro país.

Los conflictos por la tenencia de la tierra es aún un tema delicado y que sigue aquejando al país, por lo que el tema de la servidumbre legal de hidrocarburos en un futuro cercano no quedará exento de generar conflictos sociales, principalmente en comunidades de arraigo a la tierra que no deseen hacer entrega de ellas, y tal renuencia será por motivos que prevalecen hoy en día como son: la falta de información, confianza en las instituciones y las experiencias históricas sociales que han prevalecido en nuestro país, así como la ineficiencia en correcta aplicación de los procedimientos previstos por la ley.

En ese tenor de ideas, podemos concluir que la servidumbre legal de hidrocarburos no es más que otra modalidad impuesta a nuestra propiedad, y al mismo tiempo resulta necesario tener claro qué es una servidumbre.

El Código Civil Federal define a la servidumbre como “...un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (Artículo 1057)”, mientras que el artículo 1068 establece que “Servidumbre legal es la establecida por la ley, teniendo en cuenta la situación de los predios y en vista de la utilidad pública y privada”. En nuestro caso bien podría ser la que se especifica como servidumbre administrativa, definida como “Gravamen impuesto por la administración sobre un inmueble de propiedad privada con objeto de atender a una necesidad de interés general mediante el establecimiento o ampliación de un servicio público⁷⁵”

⁷⁵De Pina, Rafael & De Pina Vara, Rafael, 1993. Diccionario de derecho. México:

En las servidumbres legales la doctrina refiere a una utilidad de carácter económico o de aptitud para satisfacer necesidades, supuestos que se cumplen en el caso concreto que nos ocupa; en primera instancia la necesidad del estado de extraer los hidrocarburos y la utilidad de los predios que los poseen, complementándose así los elementos necesarios para que sea factible la imposición de la servidumbre, ya que sin esos elementos la servidumbre no tendría razón de ser. El gravamen o carga a un predio en favor de distinto dueño en el caso particular no es otra cosa que permitir que terceros llamados contratistas o asignatarios hagan uso de la superficie que pertenece en calidad de propietario o poseedor un tercero, quien sólo ejerce derechos respecto de la superficie y dado que el bien útil (hidrocarburo) se encuentra bajo esa superficie resulta inevitable que su derecho al uso, goce o disfrute sea alterado.

Como se ha observado, un elemento esencial en la figura jurídica de la servidumbre legal de los hidrocarburos es precisamente la utilidad pública, lo que nos lleva al siguiente concepto en esta variable, la expropiación.

El concepto de expropiación no se encuentra precisado por la Ley, se limita a enunciar las causales y procesos para su tramitación y establecimiento de las limitaciones consecuentes, por lo que resulta necesario asistirse de la doctrina y otros medios que nos aclaren tal concepto, así por ejemplo: Expropiar es “Llevar a efecto una expropiación forzosa por los órganos competentes de la administración pública⁷⁶”, instituciones como la Procuraduría Agraria define a la expropiación de la siguiente manera: “Es el acto por el cual se priva a una persona de su propiedad y supone por lo mismo una determinación de una autoridad con poder para esa privación. La privación de las tierras y aguas se fundamenta en el Art. 27, el cual establece que la propiedad corresponde originariamente a la nación, por lo que tiene la facultad de imponer las modalidades que dicte el interés público.⁷⁷”

Porrúa S. A, p. 454.

⁷⁶ Ídem, p. 282

⁷⁷ Procuraduría Agraria. Glosario de términos jurídico-agrarios. México, 2009

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos se consideran de interés social y orden público y estas condicionantes determinan la utilidad de la que se hablaba anteriormente, y siendo que son de orden público tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie, partiendo de la premisa de que el subsuelo y lo habido en él es propiedad de la nación.

La Ley de Hidrocarburos que hoy opera, así como las respectivas leyes reglamentarias, tienen su origen en la anterior reforma al artículo 27 constitucional realizada el 20 de diciembre de 2013 “*DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía.*” Decreto que por un lado reafirma la propiedad del petróleo y los hidrocarburos son de la nación, ratificando la prohibición de concesión a particulares, sin embargo, también abre las puertas en materia de exploración y explotación, a efecto de que estas actividades se puedan efectuar mediante contratos de asignación celebrados con particulares; y más aún, se establecieron los lineamientos generales y el carácter que debieran guardar estas actividades, al establecer en su artículo octavo transitorio los siguiente:

Octavo. Derivado de su **carácter estratégico**, las actividades de **exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica**, a que se refiere el presente Decreto **se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas.** La ley preverá los términos y las condiciones generales de la contraprestación que se deberá cubrir por la ocupación o afectación superficial o, en su caso, la indemnización respectiva. Los títulos de concesiones mineras que se encuentren vigentes a la entrada en vigor de este Decreto y aquellos que se otorguen con posterioridad, no conferirán derechos para la exploración y extracción del petróleo y los demás hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, sin perjuicio de los derechos previstos en sus propias concesiones.

Los concesionarios deberán permitir la realización de estas actividades. La ley preverá, cuando ello fuere técnicamente posible, mecanismos para facilitar la coexistencia de las actividades mencionadas en el presente transitorio con otras que realicen el Estado o los particulares⁷⁸.

Como acción subsecuente, el 11 de agosto de 2014, nace a la vida la Ley de los Hidrocarburos y su ley reglamentaria, que crea la figura jurídica de la servidumbre legal de los hidrocarburos. Se ha definido a la servidumbre legal como la imposición de un gravamen o carga a un predio en favor de distinto dueño, en el caso particular no es otra cosa que permitir que terceros llamados contratistas o asignatarios hagan uso de la superficie que pertenece en calidad de propietario o poseedor a un tercero, siendo esta figura jurídica un facilitador procesal para que tanto el estado como particulares accedan a la tierra.

Con la reforma energética, el Estado ha determinado que la actividad relativa a la explotación de los recursos de hidrocarburos es una actividad preponderante respecto de cualquier otra, y establece en el artículo 96 de la Ley de Hidrocarburos, lo siguiente:

...La industria de hidrocarburos a que se refiere esta ley es de utilidad pública. Procederá la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de las actividades de la industria de hidrocarburos, conforme a las disposiciones aplicables en los casos en los que la nación lo requiera. Las actividades de exploración y extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquellas...”,

Por tanto, la figura jurídica de la servidumbre legal de hidrocarburos sigue la suerte de su principal, convirtiéndose en un elemento preponderante para el ejercicio de la explotación de los recursos, de interés y utilidad pública.

⁷⁸ El énfasis es propio

La servidumbre legal de hidrocarburos no se encuentra definida, sólo se establece en el artículo 109 de la Ley de Hidrocarburos lo siguiente:

La servidumbre legal de hidrocarburos comprenderá el derecho de tránsito de personas; el de transporte, conducción y almacenamiento de materiales para la construcción, vehículos, maquinaria y bienes de todo tipo; el de construcción, instalación o mantenimiento de infraestructura, o la realización de obras y trabajos necesarios para el adecuado desarrollo y vigilancia de las actividades amparadas por virtud de un contrato o asignación, así como aquellos que sean necesarios para tal fin. En todo caso la servidumbre legal de hidrocarburos no podrá exceder el plazo del Contrato o Asignación respectivo.

Las características esenciales que reviste a las servidumbres legales son: un gravamen a la propiedad de distinto dueño y la utilidad del bien que ha de gravarse, si el bien no es útil, entonces no necesitaríamos constituir una servidumbre. Las servidumbres legales que tienen como característica particular la utilidad pública, entendiendo como utilidad pública una necesidad pública que debe ser satisfecha, estaría bajo los supuestos previstos por el artículo 1° de la Ley de expropiación, referente a las causas de utilidad pública, que en su fracción VII establece “*La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación;*” son causa de expropiación, por lo tanto, por qué crear una nueva figura jurídica si nuestra legislación ya contiene no solo contempladas las causas de utilidad públicas sino los procesos legales para su tratamiento. El artículo 27 constitucional establece que “*Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.*”

Bajo esta perspectiva la servidumbre legal de los hidrocarburos es un híbrido legal, por un lado, preserva las características de las servidumbres legales reguladas por el fuero común y por la otra, reviste las facultades sancionadoras ejecutivas de la utilidad pública.

La Ley de Hidrocarburos en su Capítulo IV, Del Uso y Ocupación Superficial establece un proceso de negociación y las características regulatorias del fuero común:

Artículo 101.- La negociación y acuerdo a que se refiere el artículo anterior deberá realizarse de manera transparente y sujetarse a las siguientes bases y a lo señalado en el Reglamento:

I. El Asignatario o Contratista deberá expresar por escrito al propietario o titular del terreno, bien o derecho de que se trate, su interés de usar, gozar, afectar o, en su caso, adquirir tales terrenos, bienes o derechos;

II. El Asignatario o Contratista deberá mostrar y describir el proyecto que planea desarrollar al amparo de la Asignación o Contrato para la Exploración y Extracción y atender las dudas y cuestionamientos del propietario o titular del terreno, bien o derecho de que se trate, de manera que entienda sus alcances, así como las posibles consecuencias y afectaciones que se podrían generar por su ejecución y, en su caso, los beneficios que le representaría en lo personal y/o en su comunidad o localidad;

III. La Secretaría de Energía podrá prever la participación de testigos sociales en los procesos de negociación, en los términos que señale el Reglamento;

IV. Los Asignatarios y Contratistas deberán notificar a las Secretarías de Energía y de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano del inicio de las negociaciones a que se refiere este artículo;

V. La forma o modalidad de uso, goce, afectación, en su caso, adquisición que se pacte deberá ser idónea para el desarrollo del proyecto en cuestión, según sus características. Al efecto, podrán emplearse las figuras de arrendamiento, servidumbre voluntaria, ocupación superficial, ocupación temporal, compraventa, permuta y cualquier otra que no contravenga la ley;

VI. La contraprestación que se acuerde deberá ser proporcional a los requerimientos del Asignatario o Contratista, conforme a las actividades que se realicen al amparo de la Asignación o Contrato.

De acuerdo con las distintas formas o modalidades de uso, goce, afectación o, en su caso, adquisición que se pacte, los titulares de los terrenos, bienes o derechos tendrán derecho a que la contraprestación cubra, según sea el caso:

a) El pago de las afectaciones de bienes o derechos distintos de la tierra, así como la previsión de los daños y perjuicios, que se podrían sufrir con motivo del

proyecto a desarrollar, calculado en función de la actividad habitual de dicha propiedad;

b) La renta por concepto de ocupación, servidumbre o uso de la tierra;

c) Tratándose de proyectos que alcancen la extracción comercial de Hidrocarburos, un porcentaje de los ingresos que correspondan al Asignatario o Contratista en el proyecto en cuestión, después de haber descontado los pagos que deban realizarse al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, sujetándose a lo dispuesto en el último párrafo de este artículo.

El porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser menor al cero punto cinco ni mayor al tres por ciento en el caso del Gas Natural No Asociado, y en los demás casos no podrá ser menor al cero punto cinco por ciento ni mayor al dos por ciento, en ambos casos en beneficio de la totalidad de los propietarios o titulares de derechos de que se trate.

La Secretaría de Energía, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, elaborará las metodologías, parámetros y lineamientos que podrán servir de referencia para determinar el porcentaje a que se refiere el primer párrafo de este inciso **c)**. Dichas metodologías, parámetros y lineamientos deberán considerar las mejores prácticas internacionales en la materia, con especial énfasis en promover la competitividad del sector.

En lo dispuesto en los incisos a) y b) anteriores, se deberá considerar el valor comercial;

VII. Los pagos de las contraprestaciones que se pacten podrán cubrirse en efectivo y, en su caso, mediante cualquiera de las siguientes modalidades:

a) Compromisos para ejecutar proyectos de desarrollo en beneficio de la comunidad o localidad afectada;

b) Cualquier otra prestación que no sea contraria a la ley, o

c) Una combinación de las anteriores.

Sin perjuicio de las modalidades de contraprestación a que se refiere esta fracción, los Asignatarios o Contratistas podrán proponer al propietario, titular del derecho o miembros de la comunidad o localidad a las que pertenezcan, la

adquisición de bienes o insumos, o los servicios fabricados, suministrados o prestados por dichas personas, cuando esto sea compatible con el proyecto;

VIII. La contraprestación, así como los demás términos y condiciones que se pacten para la adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos deberán constar invariablemente en un contrato por escrito, y sujetarse a los lineamientos y a los modelos de contratos que emita la Secretaría de Energía con la opinión de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano.

El contrato deberá contener, al menos, los derechos y obligaciones de las partes, así como posibles mecanismos de solución de controversias;

IX. Los contratos en los que consten los acuerdos alcanzados no podrán prever cláusulas de confidencialidad sobre los términos, montos y condiciones de la contraprestación, que penalicen a las partes por su divulgación.

Los Hidrocarburos en el Subsuelo son propiedad de la Nación, por lo que en ningún caso se podrá pactar una contraprestación asociada a una parte de la producción de Hidrocarburos del proyecto.

Por otra parte, el artículo 106 de la misma ley contempla la petición de parte interesada y proceso que se debe guardar, al establecer que:

Artículo 106.-En caso de no existir un acuerdo entre las partes, transcurridos ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito referido en la fracción I del artículo 101 de esta Ley, el Asignatario o Contratista podrá:

I. Promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos a que se refiere el artículo 109 de esta Ley, o

II. Solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda.

La mediación a la que hace referencia la fracción II del citado artículo, como se observa, está a cargo del Estado, a través de la SEDATU (Secretaría de

Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano), siendo aquí donde realiza una intervención administrativa directa, y no sólo eso, la misma fracción sólo atiende a un solo fin, la constitución de la servidumbre legal, siendo negociable únicamente la modalidad y la contraprestación, lo que queda de pleno manifiesto en el artículo 108 de la misma disposición:

Artículo 108.- Si dentro de los treinta días naturales contados a partir de la sugerencia de contraprestación a que se refiere la fracción II del artículo anterior, las partes no alcanzaren un acuerdo, la Secretaría de Energía podrá solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano que dé trámite ante el Ejecutivo Federal para la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa.

Por otra parte, el último párrafo del artículo 105 del mismo ordenamiento establece que *“En contra de la resolución emitida sólo procederá el juicio de amparo”*

A vistas de los legisladores los mecanismos instrumentados en las legislaciones secundarias se basan en principios de transparencia y equidad, en donde la contraprestación (económica o en especie), bajo tutela de estos principios garantiza el respeto a los derechos fundamentales contemplados en nuestra constitución, visión que no comparto, ya que la misma Ley de Hidrocarburos prevé que de ser necesario, el Estado intervendrá para efectos de realizar ocupación previa o lo que resultara necesario, por tanto, el estado como nación ejercerá un acto privativo del derecho de propiedad conferido al o los ciudadanos mediante una figura jurídica distinta a la ya contemplada (expropiación), y que tiene precisamente esta función, a favor del Estado.

El procedimiento previo a la constitución de la servidumbre legal prevé la elaboración de dictámenes de impacto ambiental y social, la negociación, mediación dirigida por el propio Estado a través de las instituciones facultadas para ello (SEDATU), y el proceso legal de constitución, sin embargo, se han fijado 180 de negociación hecha la oferta monetaria, y, al no llegar a un acuerdo, dicha institución iniciara el proceso de la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos en favor del tercero, llámese asignatario o concesionario, parezca o no al afectado.

Un punto destacable es que la ley prevé para su constitución dos vías, la jurisdiccional y la administrativa, sin embargo, al delimitar competencia de órganos establece como tal a los Juzgados federales y a los Tribunales Agrarios, los primeros, en tratándose de propiedad privada, los segundos, tratándose de propiedad del régimen agrario, pero, y qué pasa con propiedad o territorio indígena no contemplado en ninguna de esas modalidades, o bien contenida en alguna de ellas, pero con las características de la comunidad indígena y regulada conforme a sus propios principios normativos, deberán ser sancionados por el derecho que rige la figura jurídica o por principios de derecho indígena como base protectora, esa sin duda será una de las condiciones que deberá ponderarse por parte de los operadores jurídicos, tanto para los accionantes como para los que dictan sentencia.

2.7.2. OCUPACIÓN SUPERFICIAL

Por cuanto hace a la ocupación superficial u ocupación temporal, no existe un concepto definido en la ley de qué es o qué debe entenderse por ocupación, sin embargo, esta figura podría equipararse a la de la ocupación previa, es decir, el uso de la tierra de manera anticipada al proceso formal de expropiación, en este caso, de la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos, que como hemos establecido, es una nueva modalidad impuesta a la propiedad.

La ocupación superficial en la nueva legislación tiene como fundamento normativo el artículo 96 de la Ley de Hidrocarburos, el cual establece que, al ser la industria de Hidrocarburos de carácter público, de interés social, procederá tanto la constitución de servidumbres legales como la ocupación o afectación superficial a efecto de llevar a cabo las actividades de este sector.

Por su parte el artículo 101, en su fracción V, establece que “...*Al efecto, podrán emplearse las figuras de arrendamiento, servidumbre voluntaria, **ocupación superficial, ocupación temporal, compraventa, permuta y cualquier otra que no contravenga la ley,**...*”⁷⁹, figuras, vinculadas a la voluntad de las partes para la

⁷⁹ Énfasis y negrillas son mías

celebración de convenios, donde de manera libre, las partes puedan llegar a un acuerdo respecto de la modalidad y el precio.

Una primera crítica a esta figura se da en cuanto a relación contractual, que en términos generales se da entre sujetos en igualdad de condiciones, donde la voluntad de las partes, al menos, en términos generales, se encuentran conectoras de aquello que quieren pactar, por qué quieren pactar y si quieren hacerlo, cuánto quieren pactar, y bajo esa libertad, las partes se someten contractualmente. Sin embargo, esta visión no puede ser aplicable en tratándose de pueblos y comunidades indígenas.

Para efectos de la industria energética, los sujetos a los pactos contractuales a que hace referencia la ley, son, por una parte grandes empresas, nacionales o transnacionales (extranjeras) y por la otra, pueblos y comunidades indígenas, quienes no cuentan con el idioma, los recursos, los conocimientos técnicos y legales necesarios que permita tener igualdad entre las partes, entonces, no se dan los requisitos de igualdad entre las partes, violentándose así el principio de igualdad ante la ley.

Otra crítica al elemento de igualdad entre las partes es el que se desprende del hecho de que las empresas no llegan a las negociaciones en igualdad de condiciones, esto, en atención al carácter público y el interés social que guarda la actividad que pretenden desarrollar, por tanto, el particular, llámese ciudadano, ejido, comunidad, pueblo o comunidad indígena, llega subordinado al interés público y social, mientras que las empresas llegan en un estatus de prioridad, al verse investidos de manera indirecta, del poder del estado, por lo que de ninguna manera puede haber igualdad entre las partes cuando una de ellas se ve obligada a convenir bajo el imperio del poder público.

Otro elemento más a considerar es que la Ley de Hidrocarburos en su artículo 97 establece que *“En lo no previsto por esta Ley, se consideran mercantiles los actos de la industria de Hidrocarburos, por lo que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal.”* por lo que la relación en materia mercantil es entre particulares, sujetos a la libre

voluntad de las partes, sin embargo, como se ha establecido, las empresas no sólo actúan como empresas o sujetos particulares sujetas a materia mercantil, sino que además, como se advirtió, de manera indirecta se encuentran investidas por el orden público e interés social. Por otra parte, los pueblos y comunidades indígenas, como grupo vulnerable, no deber ser tratado en el orden de igualdad frente a las empresas.

Ahora bien, si fuera una relación estrictamente entre particulares, se estarían violentado los principios que rigen el derecho mercantil; así por ejemplo, el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (libertad de contratación), toda vez que los sujetos, llámese particulares, ejidos, pueblos o comunidades indígenas que son requeridas para negociar la ocupación superficial de sus tierras no se encuentran en ese supuesto, pues el objeto final, es concertar una modalidad de pago, pero no existe la posibilidad de negarse a la celebración de convenios o contratos que tengan como fin la ocupación de sus tierras, y por tanto, se viola este principio, así como el del equilibrio de intereses confluentes, es decir, que ambas partes tienen interés en el acto comercial propuesto, y como suele ocurrir, esos intereses no siempre son los mismos para las partes.

Para efectos de las negociaciones, la Ley prevé la asistencia legal para las negociaciones. Se hace especial señalamiento en tratándose de ejidos y comunidades, así como el derecho a solicitar la asistencia de la Procuraduría Agraria en el proceso de negociación, sin embargo, las comunidades indígenas no son materia de atención en esta identificación de sujetos, lo que les coloca en un estado indefinido o sujeto a equiparación, ya que sólo se hace referencia al marco normativo susceptible de ser aplicado (normativa interna, convenios y tratados internacionales)

No es menos hacer notar que en tratándose se particulares, no hay expresa protección o asesoría como en el caso de ejidos y comunidades agrarias, quienes con su marco normativo tienen elementos de tutela que pueden hacer valer, ya sea como sujetos colectivos o como entidades equiparables a pueblos y comunidades indígenas, sin embargo, los particulares quedan, desde un punto de vista protector,

al amparo de la defensoría pública federal, quienes tampoco tienen de manera expresa, la facultad para asesorar y representar en este tipo de negociaciones, por lo que su estado es sumamente precario.

En el artículo 101 de la Ley de Hidrocarburos se establecen los lineamientos generales para el proceso de negociación, indicando los mínimos para que ésta se efectúe y señala: “*La negociación y acuerdo a que se refiere el artículo anterior deberá realizarse de manera transparente*” sin embargo, no puede hablarse de transparencia cuando la información respecto de las posibles afectaciones se encuentra disponible sólo para el estado y las empresas, no así para los afectados, quienes se enteran de la afectación, en la mayoría de los casos, cuando inician los trabajos del proyecto a realizar o bien, cuando son notificados que serán afectados en su territorio, propiedad, posesión o en sus derechos, por tanto, no puede hablarse de libre negociación o transparencia.

Para efectos de visibilizar lo anterior, cabe indicar que, tras la reforma energética, la Secretaría de Energía, en su página oficial presentó a mediados de 2014, un mapa⁸⁰ con las áreas a ser asignadas para la exploración y explotación de hidrocarburos, sin embargo, dicho mapa no contenía los elementos necesarios para la identificación de las posibles áreas de afectación. Fue solicitada la información, habiendo contestado que la información de los polígonos relativos a las asignaciones, eran de carácter reservado por los próximos 12 años, por verse comprometida la seguridad nacional⁸¹, con ello queda claro que la sociedad, bajo los términos esgrimidos por el Estado, no somos sujetos de confianza, ni merecedores de conocer cómo y dónde se verán afectados los derechos de los ciudadanos mexicanos.

⁸⁰El mapa, así como las observaciones pueden ser consultados en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/55590/Ficha_tecnica_R0.pdf

⁸¹ La información relativa a la solicitud de información se encuentra contenida en la Sentencia del Recurso de Revisión 4994/14, ponente, Ximena Puente de la Mora.

Atendiendo a lo anterior, resulta sumamente complejo tener claro los alcances de las afectaciones y el impacto que sobre el territorio nacional tendrán los trabajos de exploración, extracción de recursos y el número de sujetos que serán afectados, puesto que es información bajo reserva, y que, si bien organizaciones civiles se han encargado de presionar por la información, es aún complejo el manejo de la información obtenida.

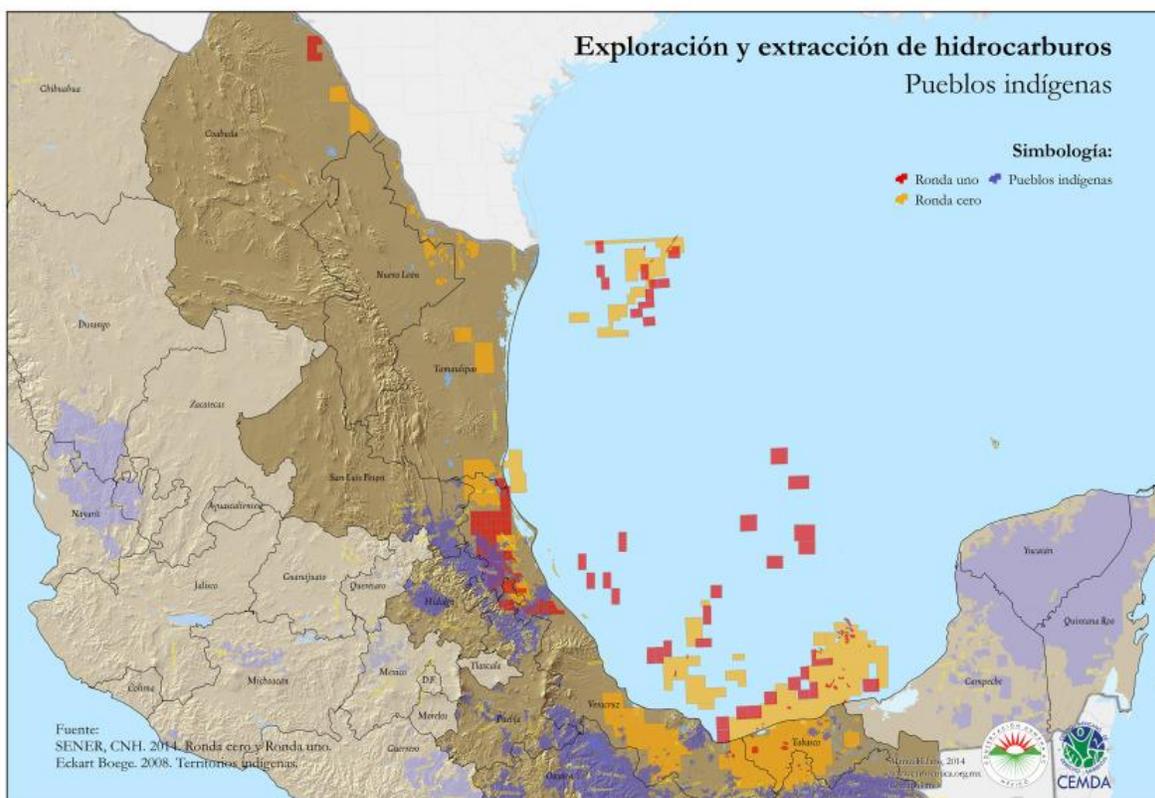
Como resultado de los trabajos independientes de las organizaciones sociales se ha podido especular respecto a los sujetos y superficies susceptibles de afectación, mediante el cruce de la información obtenida mediante la resolución del amparo en revisión 4994/14 con la áreas naturales protegidas, núcleos agrarios y pueblos indígenas identificados por la lengua (idioma), y arrojó la siguiente información:

“Ronda cero. Abarca una superficie de casi **cuatro millones 800 mil hectáreas**, distribuidas en 142 municipios de 11 estados (Campeche, Chiapas, Coahuila, Hidalgo, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz). Dentro de esta extensión se encuentran un total de **1,899 núcleos agrarios**. Las áreas en R0 ocupan poco más de **un millón 600 mil hectáreas de superficie ejidal o comunal**. Los principales **ejidatarios y/o comuneros afectados** se encuentran en Veracruz (900 mil hectáreas) y Tabasco (500 mil hectáreas). **13 pueblos indígenas** tendrían comprometida una parte de su territorio, en primer lugar, el pueblo Chontal de Tabasco, con 85% (27,770 has) de su territorio ocupado, seguido del pueblo Totonaca (38%) y Popoluca (31%).

Ronda Uno. Un total de **68 municipios, en 8 entidades** (Campeche, Chiapas, Coahuila, Hidalgo, Puebla, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz), comprenden la distribución terrestre de la Ronda Uno. Esta se extiende a lo largo de **1 millón 100 mil hectáreas**, principalmente en Veracruz con casi 900 mil hectáreas, seguido de Coahuila y Puebla con poco más de 90 mil hectáreas cada estado. La R1 comprende un total de **671 ejidos y comunidades**, ocupando **441 mil 631 hectáreas de propiedad social**, principalmente en Veracruz (317 mil hectáreas) y Coahuila (62 mil). Son **cinco** los pueblos indígenas que tendrían ocupada una porción de su territorio, sumando poco

más de 320 mil hectáreas. Los pueblos **Huasteco, Náhuatl y Totonaca** tienen una quinta parte de sus territorios comprometidos.

Como se observa, las extensiones afectadas cubren gran parte del territorio. Tan solo en esas dos etapas, y de manera preliminar, son 18 pueblos o comunidades indígenas identificadas, sin embargo, no debemos olvidar que gran número de ejidos y comunidades agrarias, son también comunidades indígenas, por lo que, tanto el territorio como el número de pueblos y comunidades indígenas puede incrementarse exponencialmente⁸².



El determinar de manera clara estos datos requiere de una investigación y trabajo de campo más minuciosos, lo que permitiría determinar el impacto real y establecer el antes y después de las acciones, sólo así se podría llegar a

⁸² El mapa puede ser consultado en la página de Carto Crítica, <http://www.cartocritica.org.mx/wp-content/uploads/2014/09/4.1-Hidrocarburos-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-Nombres-840x587.jpg>

conclusiones de impacto social y económica en las zonas afectadas, mientras que en el área legal, dado nuestro propio sistema, los resultados serán a largo plazo.

No es de menos notar que el artículo 103 señala la existencia de un tabulador de precios de la tierra, el cual servirá de base para el inicio de las negociaciones, tal y como funcionaba para los casos de expropiación, monto que se tomará para efectos del pago en caso no llegar a un acuerdo con los propietarios de los predios afectados por la ocupación superficial.

Desde esta perspectiva, lo que prima, es la tutela al capital de inversión, con la reforma se desamortiza la tierra a efecto facilitar al capital el acceso a la tierra y con ello la posibilidad de acumulación de tierra en manos de unos pocos. Lo anterior se acentúa cuando se establece dentro de las modalidades de contraprestación la del pacto porcentual de los ingresos de la empresa (contratista, asignatario), sin embargo, la ley establece: *“El porcentaje (....) no podrá ser menor al cero punto cinco ni mayor al tres por ciento en el caso del Gas Natural No Asociado, y en los demás casos no podrá ser menor al cero punto cinco por ciento ni mayor al dos por ciento, ...”*⁸³.

Podría verse al uso u ocupación superficial como una oportunidad y libertad de negociar lo no negociable, en otras palabras, bajo el conocimiento de que al final se impondrá el acto, es el cómo y el cuánto y el cuándo lo susceptible a negociar. Lo cierto es que de nueva cuenta la protección es para el capital a través del orden público y el interés social; lo menos que pudo haberse hecho ya que no hay opción a negarse, sería tener la libertad para negociar el porcentaje, de tal suerte que pudieran equilibrarse las condiciones entre los sujetos a negociar, por un lado el capital, y por el otro, la tierra, sin embargo esto no es así, los porcentajes son mínimos, las condiciones desiguales

⁸³ Artículo 101, fracción VI, inciso c, de la Ley de Hidrocarburos

CAPITULO 3. MARCO COMPARATIVO DE LOS DE DERECHOS INDÍGENAS ENTRE MÉXICO Y ALGUNOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA

Introducción. 3.1. De los derechos indígenas: México y algunos países de Latinoamérica; 3. 1 .1. Las dinámicas indígenas; 3.1.2. El estado de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en algunos países de Latinoamérica; 3.1.2.1. Argentina; 3.1.2.2. Bolivia; 3.1.2.3. Brasil; 3.1.2.4. Colombia; 3.1.2.5. Costa Rica; 3.1.2.6. Ecuador; 3.1.2.7. Guatemala; Conclusiones.

Introducción

Este capítulo tiene como finalidad observar de una forma más general a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, sus procesos evolutivos y su situación actual, para ello ha sido necesario extender la visión a pueblos y comunidades indígenas fuera de México.

El desarrollo de este capítulo se ha dado en dos sentidos: el primero, establecer si los derechos de los pueblos y comunidades indígenas o también llamados *tribales* u *originarios* en países afines a México han sido constitucionalmente reconocidos, así como determinar cuáles son. El segundo, en visualizar la situación que guardan esos derechos en el contexto social actual, determinar si hay coincidencias, si tienen mejores sistemas o mejores mecanismos de protección y tutela de derechos.

Decidí escoger sólo algunos, los parámetros de selección atendieron a cuestiones de proximidad, número de sujetos y particularidades legales a destacar. Han quedado fuera algunos países y no por cuestiones de relevancia o de elementos útiles, sino por lo complejo y extenso que resulta el estudio de sus derechos, pues al igual que en nuestro país, su derecho se encuentra disperso e impreciso.

Los países que tomé para el estudio son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala, advirtiéndole que dichas observaciones no deben considerarse como exhaustivas, más bien generales y comparativas.

Este apartado me ha permitido establecer las coincidencias que guardan los pueblos y comunidades indígenas de México con el resto en Latinoamérica. La lucha por el reconocimiento y reivindicación de sus derechos, los conflictos por sus derechos territoriales y humanos son una constante, al igual que los conflictos con el área de los hidrocarburos y el aprovechamiento de los recursos naturales, y por supuesto, la conflictividad con la figura jurídica de la consulta previa, libre e informada.

3.1. De los de derechos indígenas: México y algunos países de Latinoamérica.

En retrospectiva, los pueblos y comunidades indígenas son descendientes de poblaciones originarias y precedentes a los actuales Estados, quienes tienen un vínculo especial con la tierra, su territorio, así como los recursos naturales, tanto en lo general como los contenidos en su tierra y territorios.

Otro aspecto que ha de destacar es que, pese a las condiciones actuales de la modernidad, mantienen una identidad sociocultural diferenciada en donde prima un modelo de desarrollo propio, tanto en lo económico como en el político, y, aunque en menor o mayor medida, tienen desarrollado un sistema de justicia indígena con una visión propia de los derechos humanos, atendiendo también a su visión de los derechos colectivos.

Estos pueblos se encuentran diseminados en todos los continentes del planeta, sin embargo, estas características mencionadas en el párrafo anterior los identifican a todos, destacando aquellas acordes a su situación particular. A decir por el Dr. Oliva⁸⁴, existen en el mundo 5000 grupos culturales diferenciados, es decir, pueblos indígenas en los parámetros que hemos destacado a lo largo de este

⁸⁴ Doctor J. Daniel Oliva Martínez, Profesor de Derecho Internacional Público, Coordinador académico del Master en Acción Solidaria, Codirector del título de experto en pueblos indígenas, derechos humanos cooperación internacional en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

trabajo, y aquellos que legalmente se les ha denominado equiparables, entendiéndolos como aquellos que sin ser propiamente originarios y precedentes a los regímenes estatales actuales, sí guardan una identidad sociocultural y de desarrollo diferenciados.

El número de sujetos (indígenas y grupos diferenciados) en el planeta asciende a más menos 370 millones de personas, lo que pareciera un número insignificante en comparación a los millones de personas que lo habitamos, sin embargo, este grupo diferenciado de sujetos tradicionalmente han sido excluidos y puestos en un estado de vulnerabilidad, ya sea por vías activas como la represión, el genocidio, el etnocidio o bien de manera pasiva al no reconocer su existencia.

Las nuevas dinámicas de desarrollo, visto el desarrollo desde una perspectiva de economía de mercado, ha llevado a potenciar la vulneración de derechos de estos grupos, entre las que destacan, por ejemplo, el ataque a su modo de vida, el no reconocimiento y despojo de sus territorios y recursos, la contaminación de sus ecosistemas tradicionales, la falta de respeto a sus instituciones de representación y de justicia, y por supuesto, la tendiente dinámica de asimilación cultural.

Todos estos elementos han generado acciones de resistencia por parte de los grupos indígenas, los cuales se han dado de manera diversa y heterogénea debido a su propia dispersión y condiciones particulares atendiendo a la región en la que se encuentran asentadas, es decir, son tan particulares como la realidad nacional, cultural y legal de cada Estado nación a la que pertenecen.

En América Latina los grupos indígenas han destacado ya sea por la incidencia política o por la capacidad organizativa, por ejemplo: Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, y por supuesto México. Esto debido a las condiciones de vulnerabilidad que enfrentan ante los grandes cambios socioculturales y políticas económicas mundiales, ello permite hacer un acercamiento de su condición actual, desde una perspectiva y visión desde lo jurídico.

3.1.1. Las dinámicas indígenas

Para Diego Iturralde Guerrero⁸⁵ las dinámicas indígenas se han efectuado de 1950 a la fecha, teniendo como principales elementos, los instrumentos internacionales, de entre ellos, el Convenio No. 107 de la OIT, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el PIDESC, el Convenio 169 de la OIT, mismo que trajo como consecuencias, las reformas constitucionales para la integración del derecho de los indígenas en el marco constitucional; y por último la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸⁶.

La influencia de los instrumentos internacionales tuvo sus primeras repercusiones en Latinoamérica entre los años setenta y los noventa, cuando fueron incorporados a las constituciones de los Estados los derechos indígenas; sirve de ejemplo el siguiente cuadro en el que de manera selectiva y exploratoria me he dado a la tarea de reflejar el estado de los derechos indígenas en constituciones de algunos de los países de la región latinoamericana, y que, como se ha dicho, no es de carácter exhaustivo sino ilustrativo.

País	Año de incorporación al marco constitucional	Artículos que consignan derechos Indígenas en la Constitución ⁸⁷
Argentina	1994	Artículo 75 inciso 17 ⁸⁸ (facultades del Congreso para determinar la preexistencia étnica y cultural, garantizar el respeto a identidad, educación, personería jurídica, reconocimiento de posesión y propiedad de tierras) de la Constitución Nacional reconoce

⁸⁵ Abogado y Antropólogo. Especialista en Antropología Jurídica y Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁸⁶ Manifestaciones realizadas por Diego Iturralde Guerrero en el Diplomado *Derechos de los pueblos indígenas en México. Doctrina, legislación, tratados y jurisprudencia*, impartido por la Coordinación Nacional del Instituto Nacional de Antropología e Historia del 5 de mayo al 2 de septiembre de 2017, sesión del 5 de mayo de 2017, desarrollado en la sede de la Coordinación Nacional del INAH, Ciudad de México.

⁸⁷ Datos al 27 de septiembre de 2017, fecha en la que cerré la búsqueda de información

⁸⁸ Artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional de Argentina. Facultades del Congreso.

País	Año de incorporación al marco constitucional	Artículos que consignan derechos Indígenas en la Constitución ⁸⁷
		el derecho de propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas.
Bolivia	1994	Título 1 Bases Fundamentales del Estado, Deberes y Garantías ⁸⁹ Artículo 1º (estado social, plurinacional, comunitario, intercultural, con autonomías, con pluralismo político, económico jurídico, cultural y lingüístico), 2º (garantía de la libre determinación, derecho a la autonomía, el autogobierno, a la cultura, reconocimiento de instituciones y consolidación de entidades territoriales, 3º, (conformación nacional por pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas), 4º (libertad de religión y creencias espirituales), 5º son idiomas oficiales las de las naciones y pueblos indígenas que componen a Bolivia) Capítulo Cuarto: Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos. Artículo 30 (concepto de nación y pueblo indígena, relación de derechos de que gozarán: a existir libremente, identidad cultural, religiosa, espiritual, a sus prácticas, sus costumbres y a su cosmovisión, a la libre determinación y territorialidad, a la integración de sus instituciones en la estructura general del Estado, a la titulación colectiva de sus tierras, territorios, la protección de sus lugares sagrados, a crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación, a la valoración, respeto y promoción de sus conocimientos, medicina, idioma, rituales, símbolos y vestimentas, a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; a la propiedad intelectual; a la educación intracultural, intercultural y

⁸⁹ Justicia Bolivia, Constitución Política del Estado, consultada en línea el día 24 de julio de 2017, <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>

País	Año de incorporación al marco constitucional	Artículos que consignan derechos Indígenas en la Constitución ⁸⁷
		plurilingüe, sistema de salud universal y gratuito; al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos; a ser consultados, a participar de los beneficios de la explotación de recursos naturales de sus territorios, a la gestión territorial indígena autónoma; el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables de sus territorios, a la participación en los órganos e instituciones del Estado
Brasil	1988	Capítulo VIII De los Indios ⁹⁰ 231(reconocimiento de su organización social, costumbres, lenguas, creencias, tradiciones y los derechos sobre sus tierras ocupadas, con la obligación del Estado de demarcarlas y protegerlas; usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, ríos y lagos; a ser oídas y a participar del aprovechamiento de los recursos; sus tierras son inalienables, indisponibles e imprescriptibles; salvedad para ser desplazados; el interés público como medio de apropiación de estas tierras, la indemnización) y 232 (legitimidad para intervenir en juicios de defensa de sus derechos, entre otros como el 49, 109, 176, 210, 215, etc.
Colombia	1991	Artículo 7 (diversidad étnica y cultural), 10 (lenguas y dialectos son idioma oficial, 63 (tierras comunales son inalienables, imprescriptibles e inembargables), 93(convencionalidad), 96 inciso c) (nacionalidad), 171 párrafo 2º y 4º(integración del senado, 2 espacios para comunidades indígenas), 246 (funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas), 286 (territorios y municipios

⁹⁰ Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988, documento consultado en línea en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507> la página

País	Año de incorporación al marco constitucional	Artículos que consignan derechos Indígenas en la Constitución ⁸⁷
		indígenas como entidades territoriales, 321 párrafo 1º (del régimen municipal indígena), 329 (conformación de entidades indígenas), 330 (de los gobiernos en territorio indígena), 356 párrafo 4º (de la distribución de recursos) y 56 transitorio (normas fiscales). ⁹¹
Costa Rica	1999	Artículo 1 (multiétnica y pluricultural), 76 (mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas) ⁹²
Ecuador	1979	⁹³ Artículo 1º (Estado intercultural y plurinacional), 2º (idioma oficial e idiomas ancestrales de uso oficial), 6º (Coexistencia de las nacionalidades indígenas con el Estado); Capítulo Cuarto, De los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; Artículos 56-60 (identidad, no discriminación, reconocimiento, reparación y resarcimiento por intolerancia o discriminación, derecho de propiedad y posesión de tierras y territorios, uso, usufructo, administración y conservación de los recursos renovables, consulta previa, libre e informada, conservar y promover su manejo de la biodiversidad, conservación y desarrollo de sus formas organizativas, Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio, no ser desplazados de sus tierras, Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos, derecho a

⁹¹ Corte Constitucional, Constitución Política de Colombia, consultada en línea el 29 de agosto de 2017 en la página <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

⁹² Centro Costarricense de Información Jurídica SCJI, Constitución Política de la República de Costa Rica, consultada en línea el 29 de agosto de 2017 en la página http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=95479&strTipM=TC

⁹³ Constitución de la República del Ecuador, consultada en línea el 30 de agosto de 2017 en http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

País	Año de incorporación al marco constitucional	Artículos que consignan derechos Indígenas en la Constitución ⁸⁷
		recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas, su patrimonio cultural e histórico, a la educación intercultural y bilingüe, una carrera docente digna, participación representativa; Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva, bajo pena del delito de etnocidio); 76 numeral 7, inciso i) respeto a los casos resueltos por la jurisdicción indígena, dentro del sistema de Estado); Capítulo Cuarto Función Judicial y Justicia Indígena, artículos 167-171(administración de justicia y función judicial)
El Salvador	1983	Artículo 62 (lenguas autóctonas como patrimonio cultural), 63 (El Salvador reconoce a los pueblos indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad) ⁹⁴ .
Guatemala	1985	Sección Tercera. Comunidades Indígenas. Artículos 68-70 ⁹⁵

⁹⁴ Asamblea Legislativa de El Salvador, Centro de Documentación Legislativa, Constitución de la República de El Salvador, consultada en línea <https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/constitucion-de-la-republica> el 29 de agosto de 2017.

⁹⁵ Justicia Guatemala, Constitución de la República de Guatemala, documento consultado en línea el día 30 de agosto de 2017, <https://guatemala.justia.com/nacionales/constitucion-de-la-republica-de-guatemala/>

Artículo 68 Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Artículo 69 Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades, serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de

País	Año de incorporación al marco constitucional	Artículos que consignan derechos Indígenas en la Constitución ⁸⁷
Honduras	1982	Artículo 346, (Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas) ⁹⁶
México	1992	* ⁹⁷
Nicaragua	1987	Artículo 5º (reconoce su existencia y amparo de la constitución, identidad, cultura, organización, formas de propiedad; y autonomía para las comunidades de Costa Atlántica, sin que ello los exima de sus obligaciones para con el Estado), 107 (eliminación de la explotación)
Panamá	1972	Artículo 88 (lenguas aborígenes), 90 (reconocimiento y respeto de las comunidades y su identidad), 108 (desarrollo de programas de educación y promoción para pueblos indígenas), 124 (promoción en la participación económica, social y política), 127 (El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social) ⁹⁸ .

salud, seguridad y previsión social que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio.

Artículo 70 Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección.

⁹⁶ Poder Judicial de Honduras, Constitución de la República de Honduras, consultada en línea en <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstitucionRepublicaHonduras.pdf> el 30 de agosto de 2017.

⁹⁷ En el caso particular de México, se desarrolla de manera más abundante en el apartado correspondiente.

⁹⁸ Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá, Constitución de la República de Panamá, consultada en línea en <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp->

País	Año de incorporación al marco constitucional	Artículos que consignan derechos Indígenas en la Constitución ⁸⁷
Perú	1993	Artículo 88 (garantía del derecho de propiedad comunal); 89 (existencia legal de las Comunidades Campesinas y las Nativas, su personalidad jurídica y el respeto a su identidad); 149 (ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio de conformidad con el derecho consuetudinario, dentro del marco constitucional); 191, último párrafo (establecimiento de los porcentajes mínimos para la representación)
Paraguay	1992	Capítulo V De los pueblos indígenas, Artículo 62-67 (Reconocimiento de existencia, identidad, propiedad comunitaria, participación en la vida económica, social y cultural; educación y asistencia en salud; se les exonera para prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de los cargos políticos) ⁹⁹
Venezuela	1999	Capítulo VIII. De los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículos 119-126 (reconocimiento de existencia, propiedad colectiva protegida, consulta, salud integral, educación, identidad, propiedad intelectual colectiva, participación política; la obligación de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional, y una limitación del concepto de <i>pueblo</i>)

3.1.2. El estado de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en algunos países de Latinoamérica.

El catálogo de derechos de los pueblos y comunidades indígenas al interior del Estado se ha llevado de manera gradual, transitando de un reconocimiento constitucional y el ejercicio del derecho al desarrollo de sus culturas; a obtener el

content/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf el día 30 de agosto de 2017.

⁹⁹ Constitución de la República de Paraguay, consultada en línea en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf, el 30 de agosto de 2017.

acceso a los medios materiales y sociales, reclamando el reconocimiento a su derecho y justicia propias; el derecho a definir sus alternativas de organización y de desarrollo, llevando consecuentemente a la integración de un régimen jurídico y político dirigido a las autonomía, al ejercicio de sus autoridades y su derecho al territorio.

Todo ello no hubiese sido posible sin el marco jurídico internacional, toda vez que hicieron suyas las doctrinas internacionales basadas en los derechos humanos, tales como el derecho a la libre determinación (PICP), la apropiación de los derechos civiles y políticos consignados en el PIDESC; y de manera progresiva, encontraron refugio en el Derecho Ambiental y del Desarrollo; no menos importante, el derecho a la no discriminación.

El Incrustarse en las constituciones fue un avance enorme, aunque no lo parezca, el reconocer la presencia de los indígenas como sujetos constitutivos de la nación, y aunque de manera inicial ese reconocimiento fue más encaminado al reconocimiento de derechos culturales, se fue transformando en reclamos de verdadero ejercicio de derechos como sujetos no sólo constitutivos, sino como sujetos del derecho mismo.

Si bien cada país es distinto, los movimientos sociales en cada uno de ellos en tanto comunidades indígenas se dirigían hacia un mismo fin, su reivindicación y reconocimiento como sujetos de pleno derecho, por ello es importante el reconocimiento de su existencia.

En México ese paso ha ido del reconocimiento, al derecho a su cultura, el asistencialismo, el incremento de la brecha económica y social y como consecuencia, la protesta social y su represión. La transformación del estado a políticas abiertas neoliberales generó el descontento, el surgimiento del movimiento campesino-indígena (EZLN), la adquisición de derechos más allá del reconocimiento a través de los instrumentos internacionales.

Hoy parece que el ciclo evolutivo se repite, las políticas neoliberales se revitalizan, y al mismo tiempo, la brecha de desigualdad, la modificación del marco normativo golpea a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas,

generando descontento, y comienzan a surgir los movimientos sociales para la defensa de los derechos previamente adquiridos y resignificarlos.

Este proceso no es exclusivo de México, para ello consideré necesario comparar, aunque no de manera exhaustiva, lo que acontece con los derechos constitucionales reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas en algunos países de Latinoamérica, la elección de países atiende a diversos criterios, entre ellos, la semejanza legislativa, su extrapolación legal, y problemas comunes.

3.1.2.1. Argentina.

En el caso de Argentina, la situación para los pueblos y comunidades indígenas es desfavorecedora en comparación con lo dispuesto en la constitución mexicana, pues si bien hay un reconocimiento de su existencia, no hay garantías claras para el ejercicio y goce de derechos¹⁰⁰. La Ley 26.160 surge ante la emergencia de desalojos a pueblos indígenas de sus territorios, sin embargo, esta ley no otorga garantía para su resarcimiento y, por tanto, tampoco acordes con los estándares internacionales. Aún se encuentran a grandes pasos de lo realizado en México, donde, pese a las grandes complicaciones legales existentes, se llevó a cabo tanto el reconocimiento como la restitución de tierras a las comunidades indígenas desde el marco legal, habiendo entregado la documentación para acreditar la propiedad o posesión de sus tierras, caso contrario a lo que acontece en Argentina

De igual forma, los pueblos indígenas en Argentina reclaman hacer efectivos los derechos que internacionalmente han sido conferidos a este núcleo de sujetos; de entre ellos se destaca el derecho a la consulta, al consentimiento previo e informado, así como a la participación en los asuntos en que puedan ser afectados,

¹⁰⁰ EVALUACIÓN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN ARGENTINA EN EL MARCO DE LA PRESENTACIÓN DEL QUINTO INFORME PERIÓDICO ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS 117° PERÍODO DE SESIONES DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ARGENTINA MAYO DE 2016. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/ARG/INT_CCPR_CSS_ARG_24354_S.pdf, consultado en línea el día 14 de septiembre de 2017.

contrario a lo previsto en la legislación mexicana, ellos no cuentan con los mecanismos procesales (garantías) para hacerlos valer de manera interna. Pese a esta gran diferencia, las consecuencias y las quejas parecieran ser las mismas, al final los actos ejercitados parecen decisiones más que derecho, de coerción, donde avista la corrupción y todo para favorecer los intereses económicos tanto del Estado como de las empresas

3.1.2.2. Bolivia

En el caso de Bolivia, su proceso ha sido distinto, las últimas tres décadas han impreso una huella profunda desde sus actores y movimientos sociales, impactando de manera directa y contundente en la vida política y social del país, desde el enfoque de identidad étnica.

En Bolivia se han sancionado más de una treintena de leyes, decretos y reglamentos que aplican y desarrollan sectorialmente los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas¹⁰¹. El proceso de Bolivia ha sido distinto a lo vivenciado en México, allá, más que un proceso de reivindicación, se ha transitado hacia lo que algunos doctrinarios han denominado *juridización* de lo indígena, algo que puede apreciarse de manera directa al consultar su constitución, y por tanto, los contextos entre México y Bolivia se disparan, pues las condiciones de posicionamiento social son distintas, lo que tampoco debe entenderse como un mejor estado de la cuestión, desafortunadamente, los pueblos indígenas de la región padecen de un mismo mal, el golpe a su derecho al territorio y lo que ello implica, siempre bajo el escudo del derecho de propiedad, el bien común y el desarrollo.

3.1.2.3. Brasil

El caso de Brasil es más coincidente con la legislación mexicana, en cuanto a ciertas características, tales como el reconocimiento de su existencia, el derecho

¹⁰¹ Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios CEBEM, *El derecho de los pueblos Indígenas en Bolivia*, La Paz, 2007, http://www.bivica.org/upload/pueblos-indigenas-derechos_bolivia.pdf, documento consultado en línea el 24 de julio de 2017,

a la propiedad y su tutela, sin embargo, en ambos, esos derechos se encuentran supeditados a la utilidad pública, y, por tanto, igualmente susceptibles de afectación y violación a sus derechos.

El 8 de junio de 2017, expertos de la ONU, así como un relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciaron ataques en contra de los pueblos indígenas y defensores del medio ambiente en Brasil, y que en los últimos 15 años la violencia ejercitada ha sido incesante, requiriendo el fortalecimiento y protección institucional y jurídica a estos sujetos pues se encuentran en riesgo por cuanto a su existencia material y cultural¹⁰².

No debemos olvidar que Brasil ha dado pasos adelantados en materia de apertura económica extractivista, pasos que México ha seguido mediante la reforma en materia de energía en 2013-2014, por tanto, sirva esta experiencia para evitar lo que hoy acontece en aquél país para que se enmienden los errores cometidos y se proteja a los pueblos y comunidades indígenas del país por la vía que sea necesaria, ya sea judicial o por enmienda legislativa; caso contrario, las acciones de resistencia civil será la única alternativa para la defensa de los territorios y derechos de los pueblos y comunidades indígenas en nuestro país, tal y como ha venido ocurriendo en últimas fechas

3.1.2.4. Colombia

Como se observa en la tabla, en términos generales a los pueblos indígenas en Colombia le son reconocidos los derechos a la dignidad, la propiedad colectiva, así como a su tierra, territorios y a la participación política, lo que desafortunadamente tampoco parece haber impactado de manera directa al bienestar de la población indígena.

En primera instancia, si bien es su derecho no ser discriminados, al igual que en los países anteriores, la discriminación es un acto constante, tanto de la sociedad

¹⁰² Cfr. Centro de información de Naciones Unidas, *Los derechos de los pueblos indígenas de Brasil están bajo ataque*, documento consultado en línea el 3 de agosto de 2017, <http://www.cinu.mx/noticias/mundial/los-derechos-de-los-pueblos-in/>

como del Estado, así por ejemplo, es el Estado quien se encarga de certificar la existencia o inexistencia de población indígena a efecto de que puedan entonces otorgárseles los derechos contenidos constitucionalmente para ellos, el derecho a la propiedad colectiva o a la distribución de recursos, por ejemplo, por ende, al no haber reconocimiento, tampoco hay derechos.

Dentro del marco normativo reconocido, es de hacerse notar que guarda gran cercanía con el sistema mexicano, ya que ha tratado de incorporar la normatividad internacional, destacando la protección a las zonas no comprendidas en los territorios pero que son utilizadas para actividades religiosas, o bien, el derecho que tienen para beneficiarse de los recursos naturales contenidos en sus territorios o propiedades. Otro punto por destacar es que bajo la potestad de establecer una organización política y social viene consigo la de establecer sus propias leyes y sanciones, claro está, dentro del mismo marco constitucional, tal y como acontece en México, lo que también resulta paradigmático, ya que su cultura, tradiciones, cosmovisión son distintos, lo que en la práctica pone en jaque el verdadero reconocimiento y aceptación de estos sistemas normativos.

Como parte coincidente con la zona regional y con México, está lo relacionado a la consulta, derecho que se encuentra en el mismo supuesto, ya que opera en todo aquello que pueda afectar sus derechos y no sólo en materia de explotación de recursos. Sin embargo, de nueva cuenta queda a la luz que un marco normativo por sí mismo no es suficiente para lograr el respeto a lo diferente, la integración cultural y de sistemas, los pueblos y comunidades indígenas en Colombia sufren aún los estragos de la guerra interna, los desplazamientos y la desposesión de sus tierras y territorios, y han hecho uso de la movilización nacional como un escenario de lucha para exigir el respeto a sus derechos, de entre ellos, a existir, esto según el informe del Consejo Mayor de Gobierno ONIC (octubre 2012-octubre 2016)¹⁰³.

¹⁰³ONIC, IX Congreso Nacional de Pueblos Indígenas de la ONIC, *Informe del Consejo Mayor de Gobierno ONIC*, documento consultado en línea el 30 de agosto de 2017 en <http://www.onic.org.co/informe-del-consejo-mayor-de-gobierno-onic-2012-2016>.

Si bien el marco normativo parece favorecedor, el estado de cosas en lo material no ha permitido hacer una realidad el pleno ejercicio de esos derechos¹⁰⁴. No basta con la inclusión de derechos en la norma, se requiere conciliar los intereses sociales con los económicos, y es aquí donde el derecho, como instrumento social puede generar el cambio, siempre y cuando el derecho sea un verdadero reflejo de las necesidades sociales.

En México la mayor movilización social de carácter indígena se dio en 1994 con el EZLN, y aunque pareciera haber pasado el momento más álgido de estas movilizaciones, lo cierto es que el marco legal mexicano no está garantizando el respeto a los derechos consignados en la constitución ni en los tratados internacionales, más aún, con la reforma en materia energética que se dio en 2013-2014, que ha facilitado el ingreso de la inversión y descobijado al sector indígena, lo que está generando disgusto social y con ello las resistencias y movilizaciones.

3.1.2.5. Costa Rica

En el caso particular de Costa Rica hay que observar un par de detalles, primero, constitucionalmente no hay mucho que observar, sólo su carácter multiétnico y la salvaguarda de las lenguas indígenas, sin embargo, desde 1978 se encuentra reglamentada una ley denominada “Ley Indígena”, en ella, lo que se establece es la creación de reservas, mediante las cuales se transfiere la propiedad, se prohíben actos contractuales respecto de las tierras y se les otorga la libertad interna para la conformación de sus estructuras sociopolíticas.

El segundo punto que observar es que pese al que pareciera un proteccionismo a través de las reservas, lo cierto es que, en materia de recursos minerales y no renovables, esas restricciones no operan, toda vez que el Código de Minería tiene, como en la mayoría de los países, preponderancia respecto de otras

¹⁰⁴ Véase el Informe de País Colombia, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, Justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 31 de diciembre de 2013, documento en línea en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>, consultado el 30 de agosto de 2017.

actividades, y por tanto, los indígenas en Costa Rica se enfrentan a condiciones de desposesión y desplazamiento como en otros países.

En términos generales, las condiciones para los pueblos y comunidades indígenas en Costa Rica son de precariedad y han generado acciones de violencia contra este sector poblacional, lo que provocó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (30 de abril de 2015) le hiciera observaciones a fin de que adoptara medidas para resguardar la vida y la integridad de sus comunidades.¹⁰⁵.

3.1.2.6. Ecuador

Este país, al igual que Bolivia, tiene constitucionalmente una amplia gama de derechos reconocidos a los pueblos indígenas, lo cierto es que el número de indígenas en estos países es alto, por lo tanto, su acceso a las estructuras del Estado ha sido distinto a los caminos transitados por los pueblos y comunidades indígenas de México.

Dentro de lo rescatable y diferenciado con las constituciones aquí revisadas lo constituye el reconocimiento y tutela para los pueblos en aislamiento y la inviolabilidad a su territorio por mandato constitucional; fuera de ello, las complejidades son tan variadas como lo son las comunidades y pueblos indígenas que lo integran. Otro elemento común con Bolivia y que México carece, es la interacción de los sistemas normativos indígenas desde el ámbito de estado, con pleno respeto en la aplicación del derecho indígena.

Si bien los contextos en México son distintos, sería interesante para estudios futuros, buscar la manera de que los sistemas normativos de los distintos pueblos y comunidades indígenas en México puedan convivir de manera armónica dentro del

¹⁰⁵ Para mayor abundamiento véase el artículo de Nicolas Boeglin, Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR), *Pueblos indígenas en Salitre: las medidas cautelares solicitadas a Costa Rica por la CIDH*, publicado en la página SciencesPo, Observatoire Politique de l'Amérique latine et des Caraïbes, <http://www.sciencespo.fr/opalc/content/pueblos-indigenas-en-salitre-las-medidas-cautelares-solicitadas-costa-rica-por-la-cidh>, consultado el 30 de agosto de 2017.

sistema jurídico mexicano; reconocer su derecho de manera interna mientras no se encuentre a los ojos del sistema jurídico estatal, es una franca simulación al reconocimiento de tales derechos.

Los pueblos y comunidades en Ecuador no se encuentran exentos de las problemáticas relativas al derecho a la consulta, los megaproyectos y los proyectos mineros,¹⁰⁶ sino que además, se ha ido minando desde el Estado, la libertad de asociación, por lo que, la movilización social está siendo una herramienta más para lograr el respeto a los derechos reconocidos tanto en su constitución como en su legislación, y, por supuesto, el uso de los organismos internacionales como mecanismos de presión interna.

3.1.2.7. Guatemala

Guatemala es una sociedad, según su constitución, multiétnica, pluricultural y multilingüe, tal y como lo es México, y si bien su constitución hace de manifiesto su existencia, es simple en cuanto que sólo establece que les serán otorgadas tierras a las comunidades con la finalidad de desarrollo (artículo 68 de la Constitución de Guatemala), así como la protección al derecho laboral de éstos, lo que implica que aún tienen mucho trabajo pendiente comparativamente con los avances en México. Su regulación en específico la remite a una ley secundaria, lo que de alguna manera resulta mínima su importancia desde el punto de vista constitucional.

Sin embargo, algo me ha llamado la atención de esta constitución guatemalteca, y es que en su artículo 45 establece que “...*Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución*”, lo que sin duda abre la puerta a la resistencia y desobediencia civil, lo que al final pudiera ser una vía legal para la defensa y adquisición de nuevos derechos, desafortunadamente según informe de la Comisión Interamericana de

¹⁰⁶ Puede abundarse sobre el tema en los distintos artículos periodísticos en línea, como animal político <http://www.animalpolitico.com/blogueros-codices-geek/2015/08/21/sobre-el-levantamiento-indigena-en-ecuador/>, El Comercio <http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-pide-archivar-caso-derechoshumanos.html>, por citar algunos.

Derechos Humanos de fecha 31 de diciembre de 2015, evidencia desigualdad y exclusión social estructural, y por tanto, los conflictos y la violencia en el país se han considerado grave.

En cuanto a la situación de los pueblos y comunidades indígenas hay temas conflictivos coincidentes como son el derecho de propiedad, la falta de certeza jurídica, por carecer de titulación y demarcación de las tierras y territorios pertenecientes a los pueblos, y como consecuencia, su desalojo forzoso. Otro punto crítico es el relativo a la consulta como mecanismo en los casos de exploración y explotación de recursos naturales, que al igual que en el resto de la zona se encuentran en posesión de los pueblos indígenas, quienes ven violentados sus derechos tanto como pueblo como seres humanos en lo individual, todo ello sustentado en el derecho al desarrollo.

El informe concluye en lo relacionado a los pueblos y comunidades indígenas que existe en su contra discriminación y exclusión y que se requiere modificar las condiciones sociales, políticas, administrativas, legislativas y judiciales que permitan tutelar y garantizar tanto sus derechos como su participación en la vida pública, y por supuesto, que el derecho a la consulta no ha sido cumplido y mucho menos garantizado¹⁰⁷.

Es necesario adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas, conforme a los estándares de derechos humanos internacionales. Modificar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que impidan el pleno y libre ejercicio del derecho a la consulta previa. Consultar a los pueblos y comunidades de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en sus tierras y

¹⁰⁷ Véase el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de Derechos Humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión, 31 de diciembre de 2015, pág. 227, 228, consultado en línea el 23 de agosto de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>.

territorios, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio.

Conclusiones

Como se ha observado, hay elementos comunes que identifican los movimientos indígenas en Latinoamérica, pero sobre todo, ha sido el discurso ecologista el que les ha permitido hacer frente a la compleja realidad a la que se enfrentan, y a su vez, ha sido el derecho ambiental el que de alguna manera ha proveído de elementos legales para la defensa de sus territorios. La vinculación con la tierra y el entorno natural los ha llevado a la defensa legal de sus territorios, y por lo general, tomando como base la legislación y protección internacional a través tanto de la Comisión como de la Corte Interamericanas de los derechos humanos.

Lo que se observa de esta lucha y resistencia civil y legal, es el deseo de incorporarse al desarrollo no desde la perspectiva global, capitalista y homogénea de corte occidental, sino más bien desde el enfoque de lo que se ha definido como etnodesarrollo, autodesarrollo o desarrollo con identidad, es decir, un desarrollo propio y diferenciado de acuerdo con su cultura y visión del mundo.

Tal situación requiere de una reestructuración de Estados no sólo del reconocimiento de su multiculturalidad, diversidad o pluriétnica, sino del pleno ejercicio de derechos reconocidos, así como el reconocimiento y garantía de aquellos que aún se encuentran pendientes.

Como se ha dejado de manifiesto, el simple reconocimiento constitucional de su existencia no es sinónimo de garantía de derechos o respeto. Las principales demandas que se hacen ver a través de los movimientos indígenas van ligadas a que sea reconocido y garantizado el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios en su forma colectiva, así como la libre disposición de sus recursos materiales y culturales.

La principal pugna se da en el ámbito del reconocimiento legal de sus territorios atendiendo a su posesión histórica, así como el reconocimiento de jurisdicción sobre estos. Lo anterior se vincula directamente con el derecho al ejercer su identidad indígena, establecer por sí mismos su desarrollo en

concordancia y equilibrio con su preservación, crecimiento y transformación; esto implica establecer condiciones jurídicas que lo hagan posible, lograrlo, requiere de voluntad política y conciliación con los parámetros económicos globales homogéneos, algo a lo que los estados no están dispuestos a conceder sin dar batalla.

Ha sido a través de las organizaciones internacionales que los pueblos indígenas han ido generando espacios y ganado respeto de sus derechos, la intervención de la ONU, la OIT, la OEA, así como el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Africana por nombrar algunas, han sido clave para hacer visible a este grupo vulnerable, así como la constante vulneración de sus derechos.

El conjunto de disposiciones legales internacionales: Convenio 169 de la OIT relativo a los pueblos indígenas y tribales (1989); la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas (2007); la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (2016) han dado el soporte necesario para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia tutele sus derechos y brinde las condiciones para que realicen los debidos ajustes en el marco normativo interno de cada país, sin embargo, la propia marginación y condiciones en que se encuentran estos grupos, hace difícil el acceso a estas instancias, lo que ha demorado la transición hacia el respeto pleno de sus derechos, el acceso a la justicia para este sector es marginal y precario.

De manera general, en América Latina han sido reconocidos como derechos de los pueblos indígenas: la libre determinación, los derechos culturales, derechos territoriales, derechos políticos y de participación, el derecho a un desarrollo autónomo, así como el reconocimiento de su derecho y el ejercicio a una justicia propia.

Como se ha mencionado, uno de los derechos que se ha reconocido es el de participación, dentro del cual puede considerarse está incluido el derecho a la Consulta previa, libre e informada, derecho que sigue a la espera de ser un derecho de pleno ejercicio, respeto y de efectos vinculantes, un tema pendiente en la agenda internacional como en los ámbitos locales.

Uno de los factores comunes y coincidentes entre los pueblos indígenas en México y los aquí analizados estriba en el fracaso de los sistemas ordinarios internos tanto en el acceso a la justicia como en el reconocimiento y protección de sus territorios. Estos grupos se encuentran de forma general marginados y discriminados de forma estructural, aunado a ello, los sistemas administrativos y de impartición de justicia no se encuentran capacitados y culturalmente adecuados para su atención; la igualdad ante la ley queda en el papel, provocando procesos de aculturación, discriminación, despojo territorial, desplazamientos forzados y la constante violación de sus derechos tanto civiles, políticos y culturales como humanos.

Aunque en algunos países como Bolivia, Ecuador y Guatemala ha habido avances significativos desde el punto de vista legal, ya sea reconociendo derechos a la “Pacha Mama” o implementando jurisdicción indígena, en su mayoría esta jurisdicción se encuentra subordinada a la jurisdicción ordinaria y por tanto, carente de esa visión de las cosas al momento de resolver los conflictos planteados.

En términos generales hay una carencia de mecanismos y de política pública que permitan una debida articulación y compatibilidad con lo indígena, a fin de aminorar los impactos negativos de la aplicación de leyes que excluyen este sector, tal y como ocurre en México con las legislaciones expedidas con motivo de la reforma energética y de manera coincidente con el resto de los países que se encuentran en la fase de aprovechamiento de los recursos naturales, esta falta de articulación trae como consecuencia la generación de conflictos tanto sociales como jurídicos.

El reconocimiento y aceptación de la dimensión jurídica de la libre determinación como derecho conferido a los pueblos indígenas se encuentra en proceso de construcción y consolidación a través de la conformación y reconocimiento de un derecho propio¹⁰⁸ (Derecho Indígena), sin embargo, el tema

¹⁰⁸ Sirva de ejemplo la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Aleboetoe y otros de la comunidad de Saramaka contra el Surinam, en donde la corte determinó que el derecho surinamés no es efectivo en lo que respecta a los saramaka al no conocerlo y contar con sus propias reglas, por lo que fue ordenado seguir la costumbre del pueblo indígena., constituyendo así un precedente para el reconocimiento del Derecho consuetudinario indígena.

del consentimiento en el derecho a la consulta previa, libre e informada sigue siendo un tema escabroso para los gobiernos, y la Corte Interamericana no ha terminado de dar el gran paso, el tema se constituye entonces en una lucha por el poder y la autonomía al interior de los países.

El reconocimiento de un Derecho Indígena trae como consecuencia el rompimiento de las ideas monistas del derecho interno, donde el derecho como ordenamiento, emana únicamente del estado. La obtención del consentimiento con efectos vinculatorios en materia de consulta previa, libre e informada tiene una relación directa con la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas frente al Estado y la utilidad pública, siendo objeto en disputa el derecho de propiedad, y por enfrentados el derecho de participación y la rectoría del Estado.

Esta confronta no ha permitido que el reconocimiento, reivindicación y tutela plena de los derechos de los pueblos indígenas sea una realidad. México a pesar de las condiciones imperantes, tiene un marco amplio y protector, en vías de construcción, pero desregulado y disperso, otros países tienen grandes avances por cuanto al reconocimiento, pero infructuosos en el cumplimiento y tutela; nuestro país se encuentra en un momento crucial, el poder judicial tiene en sus manos el sentar las bases para llenar lagunas, corregir, velar y tutelar los derechos de los pueblos indígenas en el país, haciendo valer nuestra constitución y hacer lo que otros Estados no han conseguido lograr, tutelar de manera interna los derechos de sus pueblos indígenas.

Este marco comparativo permite ver la importancia no sólo del reconocimiento de derechos, sino también la necesidad de instrumentar acciones que permitan el acceso pleno a la justicia, y que ésta se otorgue en su máximo protector, la oportunidad ahora, como lo he dicho, corresponde al poder judicial mediante sus determinaciones, por ello decidí tomar un caso para su estudio y análisis.

CAPITULO 4. ANÁLISIS DEL PROBLEMA MEDIANTE ESTUDIO DE CASO

Sumario

Introducción. 4.1 Antecedentes del Juicio de Amparo 454/2015, comunidad indígena zapoteca de Juchitán, Municipio de Juchitán de Zaragoza, Estado de Oaxaca, en contra del MEGAPROYECTO “EÓLICA DEL SUR”. 4.2. Análisis de la sentencia del Juicio de Amparo 454/2015 promovido por la comunidad indígena zapoteca de Juchitán, Municipio de Juchitán de Zaragoza, Estado de Oaxaca, en contra del MEGAPROYECTO “EÓLICA DEL SUR”. 4.3. Conclusiones del análisis.

Introducción

Tal y como se advirtió al inicio del presente trabajo, el planteamiento metodológico principal es el estudio de caso. Debido al contexto y lo reciente de la reforma, no se está en condiciones de observar de manera clara las consecuencias y alcances de la reforma, así como el impacto que sobre los derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas pueda darse, por lo que, este trabajo se hace de manera exploratoria, lo que no debe entenderse que se limita a ese factor, toda vez que se busca describir en el caso particular la aplicación e interpretación de las normas, lo que permitirá explicar desde el punto de vista legal las consistencias e inconsistencias en la resolución de los conflictos planteados ante las autoridades judiciales.

Si bien el estudio del caso particular no será capaz de establecer los criterios uniformes de los órganos judiciales para resolver los conflictos de esta naturaleza, sí proporcionará elementos para la integración de datos que sirvan para encontrar la regularidad de los criterios judiciales. El caso en particular en estudio será el instrumento mediante el cual se pretende dar mayor claridad sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el país frente a la reforma constitucional y figuras jurídicas contenidas en las leyes secundarias expedidas por estas.

4.1 ANTECEDENTES DEL JUICIO DE AMPARO 454/2015, COMUNIDAD INDÍGENA ZAPOTECA DE JUCHITÁN, MUNICIPIO DE JUCHITÁN DE ZARAGOZA, ESTADO DE OAXACA, EN CONTRA DEL MEGAPROYECTO “EÓLICA DEL SUR”

Previo al análisis del caso, es necesario establecer algunos puntos de referencia que nos permita observar el contexto actual del problema planteado. Para ello resulta prudente responder algunas preguntas: ¿Cuál era el marco normativo aplicable antes de la reforma? ¿Qué derechos tenían reconocidos? ¿Cómo se encontraban garantizados los derechos de los pueblos y comunidades indígenas frente a ese sector? ¿Cuál era la relación entre el sector energético y los pueblos indígenas?

Respondiendo a la primera interrogante estableceremos lo siguiente: partiremos del entendido de que el marco normativo no era más protector de lo que ahora es, el artículo 2º constitucional no sufrió reforma alguna, es decir, los derechos fundamentales reconocidos en éste no cambiaron, lo que no significa que sus derechos no sean susceptibles de ser vulnerados, tal y como lo observaremos en el análisis respectivo y lo señalamos en el capítulo anterior.

En México, como se ha referido, el marco normativo en materia de derecho indígena no está plenamente regulado o sistematizado, ni siquiera reconocido como tal, sino como un conjunto de normas denominadas “usos y costumbres”, que desde el estricto punto de vista legal, no constituyen derecho en sí mismo.

La regulación de los derechos a los pueblos y comunidades indígenas tiene una dualidad peculiar. La Constitución los enuncia, a mi punto de vista, conceptos amplios, susceptibles de interpretarse y reinterpretarse, lo que hace difícil la actividad judicial, pues esa misma amplitud se convierte en una restricción al momento de aplicación.

En una interpretación conforme, los derechos de pueblos y comunidades indígenas se encuentran tutelados por la normatividad internacional, principalmente por el Convenio 169 de la OIT, así como por la Convención Americana de los Derechos Humanos. Sin embargo, esta normatividad sólo es un instrumento que el

operador jurídico utiliza como criterio al decidir las controversias planteadas por lo que puede ser útil únicamente cuando se ha agotado la normatividad interna, lo que hace a estas prerrogativas de segunda mano.

No pasa inadvertido que, de ser el caso, el recurrir ante las instancias internacionales requiere de elementos que por lo general no tiene este sector, ya sea por su condición de vulnerabilidad o por las barreras de acceso a la justicia que suelen estar presente de manera general, tales como el factor económico y la lengua, sólo por nombrar algunas.

Si bien la Constitución ha reconocido derechos a los pueblos y comunidades indígenas, no existe una ley reglamentaria del precepto constitucional que las contiene, remitiendo a las entidades federativas el control para regular de manera interna y específica, el cómo garantizar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas con que cuentan, por tanto, el derecho se vuelve disperso y confuso.

A todo ello debe agregarse, la peligrosa relación que tiene con la legislación agraria, que como se ha advertido, esa interrelación limita, y en su caso deteriora los derechos reconocidos al momento de enfrentarse los órganos judiciales a esa mezcla de sistemas normativos, lo que sin duda lleva al dilema de la ponderación de las normas a aplicar, lo que sin duda, en adelante, será uno de los retos que deban enfrentar los operadores jurídicos.

De manera sucinta señalaré que el marco normativo consistía en: la Constitución, Convenio 169 de la OIT, leyes estatales, y algunos protocolos de actuación que deben seguir los órganos encargados de la impartición de justicia.

Por cuanto hace a la pregunta ¿Qué derechos tenían reconocidos?, pues bien, debemos partir de la idea general, de que, siendo mexicanos, gozan de todos y cada uno de los derechos que nuestra Constitución reconoce para los mexicanos.

Ya de manera específica se encuentran contenidos en el artículo 2º constitucional, y este remite a las legislaciones locales, por ello la diversidad de acciones y autoridades que deben conocer son igualmente diversas, entre los más destacados y controvertidos esta: su derecho al territorio y su aprovechamiento, la autonomía, la autodeterminación y el derecho a la consulta previa libre e informada.

¿Cómo se encontraban garantizados los derechos de los pueblos y comunidades indígenas frente a ese sector? Y ¿Cuál era la relación entre el sector energético y los pueblos indígenas?

Desafortunadamente en México, la explotación de recursos tanto de hidrocarburos como minerales se ha dado impactando en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas, pues es en ellos donde se concentran los recursos, zonas han sido devastadas y han generado conflictos sociales aún sin resolver.

Datos del Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, señalan que existen 37 conflictos mineros¹⁰⁹; la mayoría por daño al medio ambiente, malas condiciones para los trabajadores y despojos de tierra. La mayoría de ellos asentados en propiedad social e indígena.

En materia de energía, los conflictos en su mayoría se han presentado como conflictos sociales, sin embargo, se han empezado a transformar en conflictos de carácter legal. Un ejemplo de ello es lo que sucede en el istmo de Tehuantepec, que cuenta con el corredor eólico más importante del país, el cual está controlado por empresas trasnacionales¹¹⁰, mientras que el territorio donde se asienta es de propiedad social e indígena, hoy los conflictos se agudizan. El sentimiento de los pobladores es de enojo porque según datos periodísticos, con estos proyectos han sido despojadas al menos 12 mil hectáreas de tierra a los indígenas, sobre todo de las comunidades ikoot y biniza'a, que, de hecho, han conservado algunas de las

¹⁰⁹ Información consultada en la página del Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, http://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db/?page=lista&idpais=02024200, consultada el día 28 de mayo de 2017.

¹¹⁰ Véase Revista Problemas del Desarrollo, 178 (45), julio-septiembre 2014, Juárez-Hernández, Sergio, León Gabriel, *Energía eólica en el istmo de Tehuantepec: desarrollo, actores y oposición social*, p. 14, consultado en línea, file:///C:/Users/Administrador/Downloads/47838-129973-1-PB%20(1).pdf, mayo 28 de 2017.

lagunas con mayor biodiversidad de México y la selva mejor conservada de Norteamérica¹¹¹.

Estos son sólo algunos ejemplos de lo que hoy se enfrenta la comunidad indígena del país, ésa es la relación que existe entre la industria energética y minera con los pueblos y comunidades indígenas, quienes hoy buscan la vía legal para hacer frente a las transnacionales y defender lo que consideran suyo por derecho y por historia.

Lo anterior sirve para poner en contexto el caso particular en estudio: la Comunidad indígena zapoteca de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca, en contra de un nuevo proyecto eólico. A continuación, se señalarán los antecedentes principales que dieron origen al amparo, no omitiendo señalar que, consultada la página oficial de la Secretaría de Energía relativa a la consulta previa, libre e informada de Juchitán, no está disponible la totalidad de la información¹¹².

En octubre de 2014¹¹³ la Secretaría General de Gobierno del Estado de Oaxaca y la Secretaría de Energía publicaron en la comunidad de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca el desplegado de inicio de la Consulta sobre el megaproyecto

¹¹¹ Página ecoesfera, *El lado oscuro de la energía eólica en México: el desplazamiento de las comunidades*, diciembre 2015, <http://ecoosfera.com/2014/12/el-lado-oscuro-de-la-energia-eolica-en-mexico-el-desplazamiento-de-las-comunidades/>, consultada el 29 de mayo de 2017.

¹¹² Página consultada, <http://www.gob.mx/sener/articulos/consulta-previa-libre-e-informada-a-la-comunidad-indigena-de-juchitan-de-zaragoza-oaxaca>, tiene como fecha de publicación 28 de julio de 2015, consultada en fecha 29 mayo de 2017.

¹¹³ Según datos aportados por la página oficial de la Secretaría de Energía, la versión final del protocolo de consulta es de fecha 2 de diciembre de 2014, <http://www.gob.mx/sener/articulos/protocolo-del-proceso-de-consulta?state=published>, consultada en fecha 29 de mayo de 2017.

“Eólica del Sur¹¹⁴” y se dio a conocer el Protocolo para la implementación de dicho proceso¹¹⁵. (Aunque señalada en la página oficial, la liga no despliega la información)

En junio de 2014 la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (DGIRA) otorgó la autorización en materia de impacto ambiental del proyecto

En enero de 2015 la Comisión Reguladora de Energía (CRE) otorgó el permiso a la empresa para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento¹¹⁶.

En abril de 2015 la Delegación Federal en el Estado de Oaxaca de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) autorizó los permisos para el cambio de uso de suelo en terrenos forestales para el proyecto Eólicas del Sur, en calidad de condicionado.

En julio de 2015, la consulta concluyó con una asamblea consultiva realizada en Juchitán de Zaragoza¹¹⁷.

El 27 de agosto de 2015, manifiesta la comunidad, bajo protesta de decir verdad, haber conocido del acto que reclama en vía de amparo y el 15 de septiembre de 2015, interponen juicio de amparo

¹¹⁴ El proyecto contempla la instalación de 132 aerogeneradores, que serán para autoabastecimiento, comprendiendo los municipios de Juchitán de Zaragoza y El Espinal, ambos del estado de Oaxaca

¹¹⁵ Denominado: “Protocolo para la implementación del proceso de consulta previa, libre e informada sobre el desarrollo de un proyecto de generación de energía eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”.

¹¹⁶ Permiso número E/1264/AUT/2015.

¹¹⁷ El documento referente a la asamblea consultiva de fecha 30 de julio de 2015, se encuentra fijada en la página oficial de la Secretaría de Energía, sin embargo, no puede ser consultada, en virtud de que la liga no despliega la información, <http://www.gob.mx/sener/articulos/desplegados-y-convocatorias>, consultada en diversas fechas, última consulta 30 de mayo de 2017.

Es de hacerse notar que la información que proporcionan los medios de comunicación oficial del Estado, señalan que esta consulta es la primera documentada y siguiendo los parámetros internacionales, y por ello con apego y pleno respeto a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, lo que hace más complejo el estudio y deliberación de caso.

4.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUICIO DE AMPARO 454/2015 PROMOVIDO POR LA COMUNIDAD INDÍGENA ZAPOTECA DE JUCHITÁN, MUNICIPIO DE JUCHITÁN DE ZARAGOZA, ESTADO DE OAXACA, EN CONTRA DEL MEGAPROYECTO “EÓLICA DEL SUR”

Comenzaré este apartado mediante el siguiente cuadro hermenéutico, el cual de manera general plasmará el contenido de la sentencia, posteriormente se desarrollará el análisis correspondiente, atendiendo al proceso, los tiempos y finalmente el estudio de fondo del asunto.

Sentencia en Amparo Indirecto

Expediente: 454/2015

Juzgado Séptimo de Distrito, Salina Cruz, Oaxaca

Normas citadas	Tesis y Jurisprudencias base para la resolución
Competencia: 103 fracción I, 107 fracción I, XII de la Constitución General de la República; 35 de la Ley de Amparo; 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; acuerdo 3/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal. Precisión del acto reclamado: 74 fracción I de la Ley de Amparo	* Jurisprudencia 40/2000 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 32, tomo XI, abril de 2000. Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. “DEMANDA DE AMPARO. DEBE SER INTERPRETADA EN SU INTEGRIDAD.” *Tesis P. VI/2004 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

Normas citadas	Tesis y Jurisprudencias base para la resolución
<p>Artículos 3, fracción XL, 6, 11, fracciones I y VIII, 12 y 119 de la Ley de la Industria Eléctrica.</p> <p>89, 90, 92 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica.</p> <p>61 fracción IV, IX, XII Y XX de la Ley de Amparo</p> <p>93, fracciones II y VII, 202 y 2017 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletoriamente al artículo 2º de la Ley de Amparo.</p> <p>Artículos 4, 6, 13, 14 y 17 del Convenio 169 de la OIT</p> <p>Artículos del 28 al 35 de la Ley General del Equilibrio Ecológico</p> <p>Artículos 9, 13 del Reglamento de la LGEE</p> <p>Artículo 13 de la Ley General de Gestión Forestal y la Protección del Ambiente</p> <p>Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en relación con sus tierras ancestrales y recursos naturales, de fecha 30 de diciembre de 2009 emitido por La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p>	<p>consultable en la página 255, Tomo XIX, abril de 2004. Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. “ACTOS RECLAMADOS. REGLAS PARA SU FIJACIÓN CLARA Y PRECISA EN LA SENTENCIA DE AMPARO.”</p> <p>Jurisprudencia 1a./J. 4/2016 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Décima Época, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, febrero de 2016, Tomo I, Materia Común, Página 430.</p> <p><i>“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO.”</i></p> <p>Jurisprudencia 2a./J. 69/2014 (10a.), de la Segunda Sala, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Materia Común, Página 555.</p> <p><i>“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO”</i></p>

Normas citadas	Tesis y Jurisprudencias base para la resolución
<p>Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículos 1, 2 y 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.</p>	<p><i>OFICIOSO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FEDERALES</i></p> <p>Jurisprudencia 104/2013 (10ª), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada en sesión privada de veinticinco de septiembre de dos mil trece. <i>“PRINCIPIO PRO PERSONA. DE ÉSTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES”</i></p> <p>*Jurisprudencia P/J 50/2014, 10 Época, Libro 12, Tomo I, página 60, noviembre de 2014. <i>“INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”</i></p> <p>*T. A, <i>“PERSONAS INDÍGENAS. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2º DE LA</i></p>

Normas citadas	Tesis y Jurisprudencias base para la resolución
	<p>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, AUTOADSCRIPCIÓN”</p> <p>*T.A. CCXXXV/2013, Primera Sala, Décima Época, Libro XXIII, Tomo I, página 735, agosto de 2013, Registro 2004169. “COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS”</p> <p>*Tesis Jurisprudencial 1a. CCXXXVI/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, página 736 “COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES”</p> <p>*Expediente Varios 912/2010</p>

Normas citadas	Tesis y Jurisprudencias base para la resolución
	<p>*Contradicción de Tesis 293/2011</p> <p>*Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Décima Época, Materia Común, página 204, con registro 2006225. <i>“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”</i></p>
<p>Problema jurídico</p> <p>La autorización y expedición de documentos para llevar a cabo el proyecto eólico, sin haber llevado a cabo la consulta previa, libre e informada y sin haber obtenido el consentimiento previo, libre e informado.</p>	<p>Resuelve</p> <p>No amparar, toda vez que sí se llevó a cabo la consulta previa, libre e informada</p>
<p>Razonamiento para resolver</p> <p>Se cumplieron con los parámetros jurisprudenciales fijados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación</p>	

Normas citadas	Tesis y Jurisprudencias base para la resolución
para la consulta previa, libre e informada.	

Quiero iniciar con el estudio situando a los indígenas y los Pueblos y Comunidades Indígenas como sujetos que promueven el juicio de amparo.

La Ley de Amparo en el artículo 5º señala como sujeto, al llamado quejoso, “a quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo”; los ahí firmantes de la demanda del juicio de amparo promueven en su calidad de indígenas, por tanto se dan dos elementos, la autoadscripción o autoconciencia como indígenas y su acción de pedir como sujeto colectivo, por tanto debe entenderse que para efectos del amparo existe el sujeto individual y el sujeto colectivo, o bien, denominados, persona física y persona moral, a quien se le atribuye personalidad jurídica, es decir, aquél que puede ser titular de derechos y obligaciones.

Las Comunidades y Pueblos Indígenas tienen reconocida su personalidad jurídica a través del artículo 2º constitucional, y se le reconocen derechos, por tanto, como sujeto con personalidad jurídica, cumpliendo los requisitos previstos en la hipótesis para ser quejoso en materia de amparo.

Ahora bien, la autoadscripción como indígena no requiere ser comprobada, basta que el sujeto así lo enuncie, al hacerlo, el juzgador deberá juzgar en base a las prerrogativas que para los sujetos de derecho indígena se encuentran dispuestas, de entre ellas, tomar en consideración los usos y costumbres de su comunidad, su lengua, su cultura, no hacerlo implicaría violaciones al debido proceso.

Sin embargo, a través de la jurisprudencia se ha ido acotando esta figura, si bien ha establecido el sujeto no tiene la carga de probar que es indígena, si este punto se controvertiera, entonces, cabría la posibilidad de tener que hacerlo, ya que

las disposiciones de orden indígenas son más protectoras en cuanto a tomar en cuenta características que para otros sectores nos inoperantes.

Las limitantes a la autoadscripción o autoconciencia¹¹⁸ se han relacionado de manera directa a través de elementos objetivos comparables y específicos: a) la continuidad histórica, b) la conexión territorial, c) las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas, o parte de ellas¹¹⁹

La figura de la autoadscripción o autoconciencia cobra relevancia al momento de que el sujeto individual indígena presenta demanda de amparo en contra de violaciones a derechos fundamentales o humanos de la comunidad a la que autoadscribe.

Permítanme pensar en un caso hipotético en el que el sujeto emigra del territorio de su comunidad para efectos de estudio, se convierte en abogado, debido a su migración y condición actual, ya no guarda una conexión directa con la su comunidad, tal vez, ha olvidado hablar su lengua, pero sus raíces están en la comunidad, al percatarse de un posible daño a la esfera jurídica humana y fundamental de su comunidad decide presentar demanda de amparo, bajo esta premisa, pero el juzgador de amparo se percata de que no habla la lengua y está preparado, pues bien, estos elementos pueden llevar bajo los criterios actuales, a no reconocerle la personalidad jurídica en calidad de sujeto indígena. De ahí la relevancia de esta figura y sus limitaciones o acotaciones, sin duda, valdría la pena un estudio más a fondo de esta figura jurídica, sin embargo, no es uno de los objetivos de este trabajo.

En el caso particular, la autoadscripción sirve a efecto de acreditar el derecho a la defensa de forma individual, de los derechos colectivos de la comunidad a la que se autoadscriben cuando lo que se reclama son derechos fundamentales.

¹¹⁸ Existen a la fecha (mayo de 2017) tres jurisprudencias que se encuentran limitando la figura de la autoadscripción o autoconciencia, estas pueden ser consultadas en los registros: 2005027, 2005029 y 2005032, todos ellos dentro del sistema penal.

¹¹⁹ Señalado en el segundo párrafo de la foja 69 de la sentencia de amparo 454/2015

La autoridad de amparo reconoce que la calidad de indígenas de los promoventes se tiene acreditada con la autoconciencia o autoadscripción, que en sí, constituye un criterio determinante para advertir quiénes son las personas indígenas o pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 2º constitucional “*La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas*”. Este es un punto importante como veremos más adelante, ya que la autoridad de amparo lo enuncia, pero no lo aplica al entrar al estudio de fondo del asunto.

Habiendo establecido a los indígenas, Pueblos y Comunidades Indígenas como sujetos de derecho, con personalidad jurídica, doy inicio al estudio integral de la sentencia de amparo 454/2015, lo que realizaré de conformidad con la propia estructura de la sentencia, iniciando con el apartado de RESULTANDO.

Por cuanto al resolutivo PRIMERO, en este sólo se tiene a bien identificar tanto el asunto como a las partes. La presentación de la demanda se realizó el quince de septiembre de 2015, quedando registrado con el número ya descrito.

Las autoridades señaladas como responsables son: autoridades responsables: 1) Comisión Reguladora de Energía, 2) Dirección General de Gestiones Forestal y de Suelos de la Secretaría del Medio Ambiente y Recurso Naturales, 3) Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental de la Secretaría del Medio Ambiente y Recurso Naturales, 4) Delegación Federal en Oaxaca de la Secretaría del Medio Ambiente y Recurso Naturales, 5) Instituto Nacional de Antropología e Historia, 6) Delegación del Centro Instituto Nacional de Antropología e Historia, y 7) Ayuntamiento Municipal Constitucional de la Heroica ciudad de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca;

Posteriormente se amplió la demanda, en ella se incluyó a la Secretaría de Energía, que por alguna razón y pese a ser la cabeza del sector no fue incluida de manera inicial, habiéndose subsanado con la ampliación de demanda, de no haber sido así, pudo haber generado la inexistencia del acto reclamado.

Lo anterior, atendiendo a que el criterio del juzgado en conocimiento del asunto y la naturaleza principal de la figura es formalista y restrictivo; la jurisprudencia mexicana ha sentado ese criterio en la siguiente tesis:

Época: Novena Época, Registro: 201965, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, junio de 1996, Materia(s): Administrativa, Tesis: XI.2o.7 A, Página: 763

ACTOS RECLAMADOS. SI ESTOS SON NEGADOS POR LAS AUTORIDADES RESPONSABLES Y EL NÚCLEO COMUNAL QUEJOSO NO DESVIRTÚA ESA NEGATIVA CON PRUEBA EN CONTRARIO, PROCEDE SOBRESEER EN EL JUICIO.

Si las autoridades responsables, en sus respectivos informes justificados, niegan los actos de molestia que les imputa la comunidad indígena quejosa, y ésta no desvirtúa dichas negativas con prueba en contrario, se impone sobreseer en el juicio por actualizarse la hipótesis de la fracción IV, primer párrafo, del artículo 74 de la Ley de Amparo. No siendo dable que en esas circunstancias, en suplencia de la queja o de oficio, el Juez de Distrito mande recabar las pruebas que sirvan para demostrar la existencia de tales actos; pues habiendo sido éstos negados por las responsables, no puede imponérseles la carga de acreditar hechos inexistentes sino que, en todo caso, corresponde a la comunidad inconforme probarlos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 174/95. Comunidad Indígena de Santiago Tingambato, Michoacán. 12 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario: Gilberto Díaz Ortiz.

De ahí que al momento de esgrimir los conceptos de violación y señalar a las autoridades responsables se le vincule de manera directa e irrefutable con el acto de autoridad, pues señalar sólo a las autoridades ejecutoras o secundarias, podría llevar al sobreseimiento o negativa del amparo y protección de la justicia federal.

No debemos olvidar que los asuntos planteados judicialmente por las comunidades son pocos, comparándoles con el resto de las materias o ramas del derecho, lo que no ha dado oportunidad al sistema judicial en México a sensibilizarse con la materia indígena y sentar criterios regulares en base a ellos, por lo que es importante dar seguimiento a los casos planteados a fin de observar los pasos que sentarán los precedentes en materia indígena.

Del apartado *IV. ACTOS RECLAMADOS*

La vía que se aduce al recurrir en vía de amparo se justifica tanto en el interés jurídico como en el interés legítimo, figuras en las que ahondaré más adelante. De todas y cada una de las autoridades señaladas como responsables se reclamó la omisión e inobservancia de una consulta libre, previa e informada, así como la obtención del consentimiento libre, previo e informado.

De forma diferenciada, se reclamó a la Secretaría de Energía y la Comisión Reguladora de Energía la expedición de permiso para el proyecto, así como la autorización de los trabajos e inobservancia de la cláusula de caducidad y posterior modificación a ésta.

De igual manera se atacó por esta vía la autorización en materia de Impacto y Riesgo Ambiental, la autorización y/ visto bueno para el cambio de uso de suelo en áreas forestales, la autorización y/o permiso para la licencia de uso de suelo y licencia de construcción, todas estas documentales, son de carácter administrativo, y las expide cada una de las autoridades señaladas como responsables en sus propios ámbitos de competencia.

Bajo este orden de ideas, se posiciona al derecho a la consulta previa, libre e informada como el eje rector de los derechos enunciados como vulnerados, y por tanto, los demás quedan supeditados a la eficacia de éste.

Iniciada la tramitación y estudio del juicio de amparo, el juzgado atendiendo a las formalidades del procedimiento por cuanto a la presentación de la demanda, depura el número de sujetos accionantes, quedando como quejosos 1166 sujetos. Se manda llamar en su carácter de tercero interesada a la empresa Energía Eólica del Sur, Sociedad Anónima Promotora de Inversión de Capital Variable, hasta este

momento la actuación del órgano de amparo es correcta, sin embargo, la siguiente etapa procesal es de observarse.

La autoridad de amparo acuerda no admitir las pruebas ofrecidas por la quejosa consistentes en: periciales en materia de antropología, biología e impacto social, esto atendiendo a las formalidades, simples requisitos procesales, sin embargo, este criterio me parece desproporcionado, ya que en tratándose de grupos vulnerables que reclaman la violación de derechos fundamentales las autoridades deben hacerse llegar de todos los elementos de convicción que le permitan fundar y motivar su sentencia. Periciales de esta naturaleza tendrían como finalidad abonar al mejor entendimiento de su culta, usos y costumbres, así como el impacto al territorio y su sociedad en caso de llevarse a cabo el proyecto.

La ley de amparo contempla en el artículo 79¹²⁰ la suplencia en la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, siendo aplicable lo dispuesto por su

¹²⁰ Artículo 79. La autoridad que conozca del juicio de amparo deberá **suplir la deficiencia** de los conceptos de violación o agravios, en los casos siguientes: I. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en normas generales que han sido consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Plenos de Circuito. La jurisprudencia de los Plenos de Circuito sólo obligará a suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios a los juzgados y tribunales del circuito correspondientes; II. En favor de los menores o incapaces, o en aquellos casos en que se afecte el orden y desarrollo de la familia; III. En materia penal: a) En favor del inculpado o sentenciado; y b) En favor del ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso o adherente; IV. En materia agraria: a) En los casos a que se refiere la fracción III del artículo 17 de esta Ley; y b) En favor de los ejidatarios y comuneros en particular, cuando el acto reclamado afecte sus bienes o derechos agrarios. En estos casos deberá suplirse la deficiencia de la queja y la de exposiciones, comparecencias y alegatos, así como en los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios; V. En materia laboral, en favor del trabajador, con independencia de que la relación entre empleador y empleado esté regulada por el derecho laboral o por el derecho administrativo; VI. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación evidente de la ley que lo haya dejado sin defensa por afectar los derechos previstos en el artículo 1o de esta Ley. En este caso la suplencia sólo operará en lo que se refiere a la controversia en el amparo, sin poder afectar situaciones procesales resueltas en el procedimiento en el que se dictó la resolución reclamada; y

fracción VII, atendiendo a la desventaja social, y de ser el caso equiparándole para tales efectos a los ejidos y comunidades; sirviendo de apoyo lo previsto por la siguiente Tesis Aislada

Época: Décima Época, Registro: 2014129, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 41, abril de 2017, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: I.1o.P.10 K (10a.), Página: 1776.

PERSONAS Y PUEBLOS INDÍGENAS. AL TRATARSE DE UN GRUPO EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD, SI ACUDEN AL JUICIO DE AMPARO COMO QUEJOSOS EN CALIDAD DE TERCEROS EXTRAÑOS, OPERA EN SU FAVOR LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 79, FRACCIÓN VII, DE LA LEY DE LA MATERIA, AUN ANTE LA AUSENCIA DE CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS.

El precepto mencionado establece que procede la suplencia de la deficiencia de la queja, en cualquier materia, en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio. De ese modo, de su interpretación teleológica se advierte que lo que el legislador previó al estatuir la operatividad de dicha figura en esos casos, es que se procuren, garanticen y protejan los derechos fundamentales de las personas que acuden a la vía de amparo a impugnar un acto de autoridad que se aduce violatorio de tales prerrogativas, pero que a causa de su clara desventaja ante la sociedad, no puedan hacer valer o evidenciar dichos vicios, al no estar en las mismas condiciones o circunstancias que lo harían quienes no estuviesen en ese estado de desventaja; esto, bajo el principio de dar un tratamiento distinto en un asunto a quienes por alguna situación especial no se encuentran en condiciones de hacer valer correctamente sus derechos de aquellos que pueden ejercerlos plenamente, lo que justifica que el Estado acuda en su auxilio para que su defensa se ajuste a las exigencias legales y brindarles una mayor protección, convirtiendo al juicio de amparo en un instrumento más eficaz en el sistema jurídico. En este sentido, la pobreza o marginación no son

VII. En cualquier materia, en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio.

las únicas condiciones que propician o constriñen un estado de desventaja de quienes pertenezcan a ese núcleo ante la sociedad misma, pues existen otras situaciones que pueden ocasionar un estado de vulnerabilidad, como lo determinó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 41/2006, de la que emanaron las jurisprudencias P./J. 85/2009 y P./J. 87/2009, de rubros: "POBREZA, MARGINACIÓN Y VULNERABILIDAD. CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL NO CONSTITUYEN SINÓNIMOS." y "POBREZA Y MARGINACIÓN. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL Y SU REGLAMENTO.". Bajo este contexto, por lo que hace a las personas y los pueblos indígenas, nuestro Máximo Tribunal del País, a través de diversos criterios, ha reconocido que dicho sector de la sociedad ha sido históricamente vulnerable, derivado de su idioma y etnicidad; motivo por el que, al tratarse de un grupo con ese matiz, **el Estado debe garantizar el derecho fundamental de las personas indígenas a contar con un acceso pleno a la tutela jurisdiccional**, para lo cual debe implementar y conducir procesos sensibles a esas particularidades en los que, desde luego, se consideren sus costumbres y especificidades culturales. Lo anterior, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no inadvierte las desigualdades sociales, por lo que contiene diversas protecciones jurídicas a favor de grupos sujetos a vulnerabilidad, a través, por ejemplo, de manifestaciones específicas del principio de igualdad, como ocurre con la salvaguarda de la pluriculturalidad de los pueblos indígenas de manera equitativa. Por tanto, atento al principio pro persona reconocido en el artículo 1o. constitucional, que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, siendo una de sus vertientes el hecho de que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos -como acontece con los derechos de las personas y pueblos indígenas-, debe concebirse que la suplencia de la deficiencia de la queja opera también en los asuntos cuya parte quejosa se trate de una persona con condiciones de indigenismo, pues acorde con el principio de progresividad que debe observarse en aras de la promoción, protección, garantía y respeto de los derechos humanos de las personas -el cual significa que una vez que se ha logrado un avance en el ejercicio y tutela de un derecho,

el Estado no puede disminuir, limitar o restringir el nivel alcanzado, sino que debe continuar avanzando en su mejora y cumplimiento-, se ha concebido que las personas y pueblos indígenas son sectores de la población en estado de vulnerabilidad, que por ello contraen una clara desventaja social y, por ende, a fin de garantizar el derecho fundamental de las personas indígenas a contar con un acceso pleno a la tutela jurisdiccional, es menester implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades en los que, desde luego, se consideren sus costumbres y especificidades culturales. **En consecuencia, se encuentra justificada la suplencia de la deficiencia de la queja a favor de este sector de la sociedad, en términos de la fracción VII del artículo 79 invocado, pues corresponde al mecanismo con el que los órganos de amparo pueden hacer valer y proteger los derechos de las personas que integran a dicho grupo vulnerable** que posee desventaja social, cuando acudan al juicio de control constitucional como quejosos en calidad de terceros extraños (excluyendo así cualquiera de los otros supuestos que prevé dicho precepto, por los cuales sería procedente dicha figura jurídica), en caso de que exista violación a sus prerrogativas fundamentales, aun ante la ausencia de conceptos de violación o agravios.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 229/2016. 24 de febrero de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Sarabia Ascencio. Secretario: Erik Ernesto Orozco Urbano.

Nota: La ejecutoria relativa a la controversia constitucional 41/2006 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, mayo de 2008, página 529.

Las tesis de jurisprudencia P./J. 85/2009 y P./J. 87/2009 citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXX, agosto de 2009, página 1072 y XXX, julio de 2009, página 1544, respectivamente.

Esta tesis se publicó el viernes 21 de abril de 2017 a las 10:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

La visión del juzgador se vio reducida, y no sólo la del Juzgado de Distrito sino también el propio Tribunal Colegiado que conoció la queja interpuesta en contra del auto que desechó las pruebas. Recurso que tampoco prospero, y ello atiende a esta visión formalista de que he hablado, existe otro criterio que bien pudo haber operado y que se encuentra en la siguiente tesis:

Época: Décima Época, Registro: 2010875, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 26, enero de 2016, Tomo IV, Materia(s): Común, Tesis: XI.1o.A.T.71 A (10a.), Página: 3484

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL AMPARO. PROCEDE EN BENEFICIO DE UNA EMPRESA SOCIAL PROPIEDAD DE UNA COMUNIDAD INDÍGENA, CUANDO PUDIERA VERSE AFECTADA EN SU DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD, CON MOTIVO DEL PROBABLE DAÑO EN SU PATRIMONIO DERIVADO DE LA RESOLUCIÓN DETERMINANTE DE UN CRÉDITO FISCAL.

La suplencia de la queja deficiente es una institución procesal de rango constitucional, que tiene como finalidad dar una mayor protección a aquellas categorías de quejosos que, por su situación o características, se encuentran en desventaja social para su defensa en el juicio y, por ello, requieren que sea corregida o subsanada cualquier insuficiencia en que incurran durante la secuela jurisdiccional. Así, entre las categorías referidas están los sujetos de derecho agrario, ya sea en lo general -ejidos o comunidades-, o bien, en lo particular -ejidatarios o comuneros-, pues desde su reconocimiento son considerados como uno de los sectores productivos más vulnerables en el Estado Mexicano, dadas las condiciones desventajosas en que surgieron y, por ello, es que se consideró la necesidad de establecer mecanismos legales para salvaguardar sus intereses, principalmente, de carácter patrimonial. Por tanto, cuando en el juicio de amparo una empresa social propiedad de una comunidad indígena pudiera verse afectada en su derecho fundamental a la propiedad, con motivo del probable daño en su patrimonio derivado de la resolución determinante de un crédito fiscal, opera en su beneficio la suplencia de la queja deficiente, en términos del artículo 79, fracción IV, en relación con el diverso 17, fracción III, ambos de la Ley de Amparo, en concordancia con los preceptos 2o.,

apartado A, fracción VI y apartado B, segundo párrafo, fracción VII y 27, décimo párrafo, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 932/2013. 28 de mayo de 2015. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Norma Navarro Orozco, secretaria de tribunal autorizada por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el diverso 40, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo. Secretario: Jorge Isaac Martínez Alcántar.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de enero de 2016 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Cuando digo que el juzgador fue corto de visión, atiende a que, al momento de hacer un análisis integral de la demanda, se queda sólo con los elementos formales, no observa que, en el fondo, la interposición del juicio de amparo, lo que pretende es la inexistencia del proyecto en sus tierras, pues de proceder, podría vulnerarse su derecho a la vida, al medio ambiente sano, su derecho al territorio, a una vida digna, a mantener su identidad cultural.

Esto será uno de los elementos que jugarán en contra de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Por ello, cuando se hablaba de los indígenas, Pueblos y Comunidades indígenas como sujetos de derecho, sus derechos colectivos y su forma de acceder al juicio amparo, destacué la importancia de que se reconociera su personalidad en el juicio, tanto por asistirles un interés jurídico (el derecho a la consulta previa, libre e informada) como el interés legítimo, en atención a los derechos colectivos.

El juzgador al estudiar las excepciones determinó que la quejosa no sólo contaba con el interés jurídico, sino también un interés legítimo y señaló que:

“el interés legítimo es aquel que tienen aquellas personas que por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser las destinatarias de una norma, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás individuos y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando, con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato¹²¹”.

La comunidad indígena se encuentra en una situación objetiva, toda vez que lo que se combate, es la creación de un parque eólico, la instalación de 132 aerogeneradores, así, la siguiente hipótesis se encuadra, ya que serán los destinatarios del proyecto y su condición de indígena, la relación con su territorio y sus recursos naturales los diferencian.

Por otra parte, la autoridad de amparo señala: *“Así, la afectación al interés legítimo se acredita cuando la situación de hecho creada o que pudiera crear el acto impugnado pueda ocasionar un perjuicio, siempre que éste no sea indirecto sino resultado inmediato de la resolución que se dicte o llegue a dictarse¹²²”*, así, al concederse o no el amparo, traerá como consecuencia inmediata la afectación a los derechos invocados y susceptibles de ser vulnerados.

Es de reconocer que el juzgador de amparo al menos en esa parte acierta al señalar:

“... este órgano jurisdiccional considera también que los quejosos tienen interés legítimo para activar el juicio constitucional.

...Esto es así, en razón de que los quejosos dada su calidad de miembros de una comunidad indígena, se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad, sin necesidad de que estos requieran de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, al tratar de salvaguardar intereses cualificados, actuales, reales y

¹²¹ A foja 62 de la sentencia de amparo 454/2015

¹²² Ibidem

jurídicamente relevantes (*derechos humanos de no discriminación, libre determinación de los pueblos indígenas, a un medio ambiente sano, que contemplan los artículos 1, 2 y 4, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el derecho a una consulta previa, que constituye un derecho humano reconocido constitucional y convencionalmente*), de tal forma que la anulación del acto que se reclama produciría un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto, como lo es el reconocimiento al respeto de su entorno y que no pueda ser modificado previa consulta, lo que daría lugar a una obtención de la determinación que dejara sin efecto esas autorizaciones”

Todo parecía ir bien, pero al final, cuando señala “...y que no pueda ser modificado previa consulta”, se abren las posibilidades y se restringe la acción de tutela. En un argumento en sentido contrario, abre las puertas de par en par para que la modificación de su entorno sea modificable, teniendo como vía de acceso, la consulta previa.

Entonces, la autoridad de amparo por un lado concede la vía del interés legítimo y por la otra, en una postura más restrictiva subordina los derechos humanos y fundamentales que le asisten a los pueblos y comunidades indígenas al derecho a la consulta, situación que no debe prevalecer, atendiendo a la propia naturaleza de este derecho.

Al realizar la depuración del asunto, la autoridad de amparo se circunscribió a determinar la existencia del acto reclamado consistente en la consulta previa, así como en determinar a la autoridad responsable de ejecutarla, lo que como he venido reiterando va en detrimento de los derechos fundamentales y humanos invocados por la quejosa y los cuales subordina, de manera equivocada, desde mi punto de vista.

Dentro de los argumentos favorables vertidos por el juzgador de amparo, son los referentes a que los pueblos y comunidades indígenas no tienen la obligación de acudir de manera previa a otras instancias. Debemos recordar que no hay una instancia u órgano competente en materia de derecho indígena.

En el caso particular, uno de los elementos que se recurren en vía de amparo, son actos administrativos, los cuales pudieron ser recurridos por esa vía. Así,

dependiendo de los derechos implicados, los Pueblos y Comunidades Indígenas se han visto en la necesidad de litigar en diversas instancias, lo que hace difícil el acceso a la jurisdicción.

La parte medular de la sentencia se encuentra contenida en el Considerando SÉPTIMO, cuando entra al estudio de los CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, donde podremos observar de cerca los alcances de la jurisprudencia en México respecto de la jerarquía normativa y su relación con los instrumentos internacionales. Esencialmente en este expediente, la comunidad quejosa, funda sus conceptos de violación, tanto en la Constitución como en el Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 fue adoptado por México el 27 de junio de 1989 y está vigente desde el 5 de septiembre de 1991¹²³, de conformidad con el artículo 38 del Convenio éste entra en vigor un año después de su ratificación ante la Organización Internacional del Trabajo, lo que aconteció el 5 de septiembre de 1990.

Algo importante que pareciera pasar por alto es que dicho Convenio tiene que ser ratificado cada diez años, es decir, al cumplirse este término, el Estado puede o no ratificarlo (denunciarlo), si a juicio de éste, ya ha cumplido con sus obligaciones de inclusión y reconocimiento de las culturas insertas en él. Al final, quien determina si ha cumplido o no, es el propio Estado.

González Galván afirma, visión que además comparto, que:

“El cumplimiento del Estado de las obligaciones del Convenio está incompleto. (...) En un Estado de derecho responsable no se debe jugar con las aspiraciones legítimas de su población, en este caso, los pueblos indígenas. Las obligaciones contenidas en el Convenio y ahora en la Constitución en relación a los pueblos y comunidades indígenas deben cumplirse enmendándose las confusiones, ampliándose los contenidos, y sobre todo,

¹²³ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991

instrumentando su aplicación con políticas, partidas presupuestales e instituciones de impacto inmediato, eficiente y eficaz¹²⁴”

Este convenio influyó las reformas constitucionales¹²⁵, incorporando al cuerpo constitucional figuras y procesos jurídicos importantes, pero aún incompleto, más aún, faltan instrumentos que permitan hacer efectivos los derechos ya reconocidos a los Pueblos y Comunidades Indígenas.

En México el derecho a la consulta se encuentra vinculado con el derecho a la libre determinación, en cuanto al derecho de decidir con libertad sobre los asuntos relacionados a sus derechos colectivos, ya sean estos de carácter privado o público, social o comunal, tendientes a alcanzar el desarrollo económico, humano, político, social y cultural de los pueblos y comunidades indígenas.

El derecho a la consulta, como proceso, se encuentra regulado con más claridad por el derecho internacional, y como punto de referencia el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, normas que fueron invocadas por la comunidad quejosa en el amparo.

En su primer concepto, la comunidad quejosa no sólo utiliza el marco normativo interno sino que además acude al derecho internacional y su jurisprudencia, para advertir, entre otros derechos, el a la consulta de manera libre, previa e informada, fundando tal derecho en la norma internacional, artículos 6¹²⁶,

¹²⁴ González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, Los Indígenas y el Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 283.

¹²⁵ El reconocimiento del derecho de los indígenas y México como una nación pluricultural, reforma del 28 de enero de 1992; la reforma al artículo 2º constitucional en 2001, mediante el cual, el derecho indígena puede observarse como fuente formal del derecho mexicano.

¹²⁶ Artículo 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

7¹²⁷ y 15¹²⁸ del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; 19 y 324, de la Declaración

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

¹²⁷ Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

¹²⁸ Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, ello porque la figura y la jurisprudencia relativa a ésta se encuentran más desarrollados.

Pero ¿qué hace el juzgador con estas disposiciones de carácter internacional? Mediante lo que se denomina *análisis sistemático* la autoridad de amparo concluye que la jurisprudencia mexicana, cuenta con los elementos suficientes para regular el proceso, pues ella se ha creado tomando como base los criterios jurisprudenciales de corte internacional, por lo que, resulta inconcuso tomar como base fundamental para resolver el asunto la normativa internacional, para ello señala:

Es pertinente tomar en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a esos preceptos por primera vez, al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs Surinam el veintiocho de noviembre de dos mil siete (jurisprudencia internacional invocada por la parte quejosa en sus conceptos de violación), y estableció diversos elementos para el proceso de consulta, mismos que han sido recopilados dentro del Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹²⁹.

Concluyendo que en base en ello y tomando como **criterio orientador** lo establecido en el artículo 19¹³⁰ de la Declaración de las Naciones Unidas, que regula

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

¹²⁹ Párrafo a foja 84 de la sentencia de amparo 454/2015

¹³⁰ Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas

el deber de la consulta, *“La suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria que dio origen a la tesis 1a. CCXXXVI/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, página 736 (invocada por la parte quejosa), estableció de manera clara cuales son los parámetros y características mínimas que en nuestro país debe tener este tipo de consulta.¹³¹”*. En ese tenor de ideas, es que el Juzgado de Distrito, deja de lado la normativa internacional y se constriñe a la normativa interna.

Por cuanto a la jurisprudencia internacional hace el mismo proceso de exclusión por integración, de conformidad a la jurisprudencia mexicana que regula la jerarquía normativa, que se encuentra dispuesta en el expediente Varios 912/2010 y la contradicción de tesis 293/2011.

En el expediente Varios 912/2010 lo que se dispone es la interpretación conforme y los parámetros de control constitucional y convencional, es decir, lo relativo a derechos humanos que se encuentra dispuesto por el artículo 1º constitucional debe armonizarse con el artículo 133, relativo a la jerarquía normativa, es decir, los juzgadores deben atender en primer término a los derechos contenidos en la Constitución, después los contenidos en los tratados internacionales, y por último los criterios vinculantes y orientadores que provengan de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. El juez de distrito señala:

“...los Jueces nacionales "deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger”.

legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento, libre, previo e informado.

¹³¹ A foja 85 de la sentencia de amparo 454/2015

Lo anterior, en conjunto con la contradicción de tesis 293/2011, que dispone que la jurisprudencia, aún la vinculante, será de carácter orientador para los juzgadores, hacen llegar al juzgado de distrito, a la conclusión de que es la jurisprudencia y normativa mexicana la que debe regir el proceso y mediante la cual debe resolverse el asunto planteado en amparo, ello sin menoscabo de la aplicación del principio *pro homine.*, pero sí advierte que:

El Máximo Tribunal Constitucional también refirió que resulta evidente que la jurisprudencia interamericana es vinculante para los Jueces nacionales cuando resulte más favorable, como lo ordena el principio *pro persona* contenido en el artículo 1o. constitucional, toda vez que ésta sienta las bases para una interpretación mínima respecto a un derecho en particular.

Además, dilucidó que cuando se trate de la aplicación de un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que el Estado Mexicano no ha sido parte, los operadores jurídicos se encuentran **obligados a analizar si el precedente resulta aplicable al ordenamiento jurídico mexicano.**

Del análisis que esta autoridad realiza, se concluye que no es aplicable al caso concreto, ya que no se encuentra en la hipótesis normativa de la analogía para que ésta surta efectos, y establece:

“En ese tenor, es verdad que en esos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se determinaron diversos parámetros que debe reunir un proceso de consulta, empero **para efectos de esta sentencia** y examinar si el proceso de consulta efectuado por la responsable cumple con los requisitos de una consulta previa, **se tomaran aquellos** (de naturaleza similar, casi idéntica) **enunciados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre ese tema,...**”

Fijada la normatividad aplicable al caso concreto, la autoridad de amparo procedió a dilucidar si existió o no la consulta, debiendo recordar que al momento de hacer la depuración del expediente relativo a precisar los actos reclamados y las autoridades responsables, el acto reclamado se circunscribió a determinar la

omisión o inobservancia de la consulta libre previa e informada, así como la obtención del consentimiento libre, previo e informado.

Recordemos que el proceso a la consulta efectuada en Juchitán está considerado como la primera documentada, por lo tanto, existen materialmente documentos que fueron incorporados al expediente a efecto de acreditar su ejecución.

En ese tenor, el juzgado de distrito con base la jurisprudencia, da constancia de lo existente, resaltando a foja 125 de la sentencia lo siguiente: *“Paisanas y paisanos, con esto se toma la decisión de otorgar el consentimiento para la instalación del parque Eólica del Sur con la decisión de esta Asamblea y en las condiciones que se hizo.”*, y en base en ello, el juzgador tuvo por realizado el proceso de consulta y por obtenido el consentimiento.

Hecho lo anterior procedió a los análisis del cumplimiento de los parámetros para el proceso de consulta marcados por la jurisprudencia: a) Previa, b) culturalmente adecuada, c) informada. Con relación a estos parámetros la autoridad resuelve:

Análisis del primer elemento. La consulta debe ser previa.

Por lo que respecta al primer parámetro, este juzgador considera que se cumplió a cabalidad, pues de las pruebas afectas al presente juicio de amparo se advierte que **se le dio intervención a la comunidad indígena zapoteca de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca, durante las primeras etapas del desarrollo del proyecto y con la suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución,** “

... - **Análisis del segundo elemento. La consulta debe ser culturalmente adecuada.**

Por otro lado, se estima que también se cumplió con el parámetro de que la consulta sea culturalmente adecuada.

Según lo establecido por nuestro más alto tribunal, para que se cumpla este requisito se requiere lo siguiente:

1. Que la consulta a los pueblos indígenas se realice de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones.

2. Lo anterior exige que la representación de los pueblos sea definida de conformidad con sus propias tradiciones.

... - Análisis del tercer elemento. La consulta debe ser INFORMADA.

Como ya se precisó anteriormente, nuestro Más Alto Tribunal establece como tercer elemento rector del proceso de consulta, que ésta debe ser informada.

Esto es, debe existir evidencia de que se proporcionó información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto sometido a consulta a la comunidad indígena antes de emitir algún pronunciamiento al respecto.

... - Análisis del cuarto elemento. La consulta debe ser efectuada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo.

Sobre el tema, se debe explicar que **el principio de buena fe** está vinculado a la certeza que uno tiene respecto a la veracidad o a lo correcto de algo, **requiere cooperación y honestidad** entre las partes que intervienen en un acuerdo de voluntades.

Transportado dicho principio al procedimiento de consulta, implica que se debe garantizar, a través de procedimientos claros de consulta, que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado para la consecución de dichos proyectos.

(...) Se afirma que la consulta previa fue de buena fe, tan es así que es la primera documentada que se lleva en el país, de aquí que la voluntad de la autoridad responsable –obligada- haya sido con la finalidad de que el proceso de consulta fuera transparente (publicidad) y con voluntad de las personas indígenas que quisieron estar presentes, pues se inadvierte que los ahí asistentes, hayan acudido bajo coerción o fuerza alguna externa ajena a su voluntad.

(...) De lo reproducido, se concluye que la consulta fue efectuada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo, pues como quedó explicado,

existió un procedimiento claro de consulta que se siguió de manera puntual, y previos acuerdos realizados con la comunidad indígena zapoteca de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca, se obtuvo su consentimiento previo, libre e informado para la consecución del proyecto de construcción de un parque de energía eólica.

Técnicamente el asunto fue resuelto de forma negativa tomando como base estos criterios, y éstos a su vez, fueron desarrollados en la forma propuesta, atendiendo al material documental exhibido por las autoridades señaladas como responsables.

Esto nos lleva a la siguiente reflexión: No existe una norma que regule y establezca de forma clara, los mecanismos, instrumentos e instituciones para llevar a cabo las consultas en materia indígena, por lo tanto, los documentos para la autoridad de amparo surtieron pleno efecto legal, es decir, triunfo el formalismo jurídico, dejando de lado el estudio de lo que desde el punto de vista indígena significaría una consulta en los términos que enuncia la jurisprudencia internacional, es decir, en términos de sus propios sistemas normativos, sus usos y costumbres y mediante su representantes electos conforme a esos sistemas normativos.

Esto queda aún más claro cuando hace un análisis de los documentos impugnados mediante el amparo, consistente en los permisos y autorizaciones emitidos por las diversas dependencias en sus ámbitos de competencia. Basto que en ellos se estableciera la fórmula de condicionamiento a la consulta previa para que se colocaran en el ámbito de plena validez.

Entonces, ¿es válido que el resto de los derechos humanos y colectivos se hayan considerado no vulnerados o susceptible de ello, porque documentalmente quedó demostrado para la autoridad que se desarrolló un proceso de consulta? Mi respuesta es no, decir que se hizo algo no significa que se haya hecho bien, pero eso tampoco basta, en el caso particular de los pueblos y comunidades indígenas implica que tales procesos sean apegados a sus propios sistemas normativos.

Cuando se habla de una nación pluricultural y reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, debe implicar el reconocimiento del mismo para efectos de

aplicación y convivencia con el sistema jurídico estatal, lo que evidentemente no ocurre en el caso en estudio.

4.3. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS

De manera previa se llega a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Existieron fallos en el planteamiento de los conceptos de violación, se atacaron cuestiones procesales y administrativas como eje central del amparo, cuando lo que debía acontecer es combatir desde la esfera de la vulneración a los derechos colectivos, fundamentales y humanos.

SEGUNDA. Debió atacarse la validez de la consulta y no la inexistencia, lo que permitiría ir en busca de los vicios del proceso consultivo y la esencia misma del derecho a la consulta.

TERCERA. La autoridad de amparo resolvió con perspectiva positivista y postura de estado, dejando de lado la obligación de tener en cuenta los usos y costumbres y los sistemas normativos de la comunidad demandante.

CUARTA. Los parámetros de jerarquía normativa limitan de manera importante, de tal suerte que no permite ampliar la perspectiva de tutela de los pueblos y comunidades indígenas.

QUINTA. El estudio profundo pareciera innecesario para la autoridad de amparo, toda vez que no existe un daño inminente a la esfera jurídica de la quejosa.

SEXTA. Los conceptos de los parámetros mínimos para la consulta son sumamente restrictivos y subordinantes al interés del Estado, dejando en estado de indefensión a los sujetos del derecho indígena frente al sector energético.

CONCLUSIONES GENERALES

En este apartado de conclusiones me permitiré enunciar tan sólo algunas de las conclusiones a las que he arribado con el presente trabajo de investigación, que me ha brindado la oportunidad de abrir la puerta a un *mundo jurídico en construcción*,¹³² y por tanto con muchísimos pendientes.

Las conclusiones aquí vertidas han tenido que ser acotadas y hasta un tanto discriminatorias. La transversalidad y multidisciplinariedad que se requiere para tratar lo referente a los derechos de Pueblos y Comunidades Indígenas y el tiempo, ha hecho de esta investigación un trabajo complejo, en virtud de ello, me he constreñido a observaciones desde un enfoque jurídico.

PRIMERA. El derecho, en tratándose de derechos indígenas no ha sido capaz de otorgar seguridad jurídica, proporcionar justicia, y mucho menos obtener el bien común, pese al reconocimiento de sus derechos, el trato aún es desigual. Con la reforma sus derechos quedan expuestos a través del mismo Derecho.

Los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho, si bien ya han sido reconocidos, sus derechos no han terminado por ser reivindicados y correctamente tutelados.

El Derecho Indígena tiene características particulares tales como: una visión cosmológica, colectivista, de interrelación estrecha con la naturaleza, características que lo diferencian de cualquier otra rama del derecho.

Los mecanismos de tutela y acceso a la justicia en materia de derechos indígenas son dispersos y complejos, por lo que requiere una continua interpretación, y, por tanto, es volátil, incierto y casuístico.

SEGUNDA. Lo establecido en el artículo 26 constitucional relativo a la planeación democrática no es congruente con la realidad social, los mecanismos de participación social son nulos, desembocando en la desigualdad distributiva de los recursos económicos, el desarrollo nacional desequilibrado y, por tanto,

¹³² Énfasis y concepto propio

descontento social que se refleja en las protestas y resistencia sociales, así como en procesos judiciales.

Nuestro derecho económico, está lejos de ser un verdadero derecho de carácter social. A través de éste es que debieran garantizarse los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, las actividades que reditúan se encuentran en la rectoría del Estado y no hay mecanismo que permita la participación directa de la sociedad para distribución y aplicación de los recursos, por tanto, los sectores que históricamente se han encontrado con mayor marginación, como lo son los pueblos y comunidades indígenas se encuentran lejos de ser beneficiados.

TERCERA. Cuestiono la legalidad y legitimidad de la reforma constitucional en materia energética, precisando que este cuestionamiento es desde la perspectiva particular, por tanto, al final será el lector quien determine estar o no de acuerdo con esta visión.

Hablar de la legalidad y la legitimidad de la reforma energética es algo aún escabroso e indigesto; el sector político del país se ha dado a la tarea de criticar de manera amplia, con y sin razón o fundamentos, los motivos por los cuales se llevó a cabo la reforma, así como los fines y resultados.

Mi reflexión, más que crítica, se hace desde el punto de vista legal y académico, siempre teniendo en cuenta que sus efectos aún no son claros, proyectables, pero no contundentes, y por tanto, no quiero sucumbir a la tentación de radicalizar mi visión o postura.

Lo cierto es que, al no haberse consensado en los términos previsto por la propia constitución, a través de los mecanismos de participación que debieran operar de manera eficaz y eficiente, la reforma, bien puede considerarse legal al haberse llevado a cabo mediante los procesos legislativos; sin embargo, no puedo considerar del mismo modo su legitimidad. La sociedad en general sufre los impactos de la reforma, sean directos o indirectos, y los motivos, aún no son claros en términos sociales.

CUARTA. Del análisis del material de investigación, tanto teórico como del estudio de caso he llegado a la conclusión de que la reforma constitucional en materia energética, así como las figuras jurídicas creadas por ésta, conocidas como servidumbre legal de hidrocarburos y la ocupación superficial, han dado pauta a un impacto mayor a los territorios de los pueblos y comunidades indígenas y al mismo tiempo, han abierto las puertas para la vulneración de sus derechos, ya que los mecanismos de acceso a la justicia y tutela no son adecuados ni suficientes.

QUINTA. Una de las consecuencias de la reforma energética fue la transformación al derecho de propiedad, al tiempo de despojar a la propiedad social de su función, reiniciando una etapa de desamortización de la tierra con un efecto de concentración de ella en manos del capital.

Esta desamortización de tierras en favor del capital se observa de manera directa en las figuras de ocupación superficial y la servidumbre legal de hidrocarburos, modalidades que se imponen en favor no sólo de la nación, sino del capital privado, nacional o extranjero.

SEXTA. Con la reforma se da pauta al desarrollo de proyectos a gran escala, uno de los retos a los que se enfrentan son los impactos sociales.

La conflictividad social que se desencadena no atiende sólo a esa dimensión, sino también por la deficiencia en el diseño de las políticas públicas tendientes tanto a prevención como a su mitigación.

Una de las características distintivas de esta nueva legislación es que contemplan mecanismos de atención al conflicto social: el impacto social; así, para el desarrollo de proyectos, desde una gasolinera hasta una hidroeléctrica, deben efectuarse evaluaciones de impacto social (EVIS), sin embargo, esto conlleva en sí mismo varios problemas.

Primero. El concepto de impacto social no se encuentra definido por la ley, su regulación no es adecuada ni terminada, es tan general que hace sumamente compleja su operación, aunado a que no hay una metodología que permita la identificación plena de los factores de riesgos sociales.

Segundo. El impacto social es complejo en tanto que es multifactorial. Una vez identificados los riesgos, no hay claridad en los mecanismos de operación para la mitigación de los conflictos sociales.

El plan de gestión social tampoco tiene claridad en sí mismo; no está definido y es multicausal y por tanto no es claro cómo elaborarlo y ejecutarlo, lo que puede llevar a complejizar la conflictividad social, esto relacionado directamente con las figuras de la ocupación superficial y la servidumbre legal de hidrocarburos, pues es a través de estos que debe tenerse claro cómo se va a impactar y como se pueden mitigar los impactos. El no tener claridad potencializa la conflictividad.

SÉPTIMA. La reforma energética no es congruente con los parámetros de sustentabilidad ambiental, pues privilegia el uso de los recursos fósiles sobre los renovables.

OCTAVA. Como resultado del estudio de caso, pongo a duda el derecho a la consulta como un verdadero y efectivo derecho, coloco en perspectiva su alcance real y material, es decir, en la vida práctica cómo es utilizado, tanto por los juzgadores como por los litigantes al momento de hacerlo valer, su importancia y necesidad de reivindicación.

Activistas y defensores de los derechos humanos, medioambientales y de pueblos y comunidades indígenas¹³³, se han pronunciado en cuanto a la necesidad de instrumentar más y mejores mecanismos de tutela en materia de derecho indígena. En tratándose del derecho a la consulta las posiciones entre ellos están divididas, algunos en favor del derecho a la consulta y otros, con quienes estoy de acuerdo, ven a la consulta como medio para un fin, el acceso a la tierra y la realización de los proyectos debido a la falta de vinculación del no consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas.

¹³³ Cemda, Centro Prodh, Fundar, etc., organizaciones civiles que han acompañado a pueblos y comunidades indígenas en la defensa de sus territorios frente a proyectos mineros, hidroeléctricos, de hidrocarburos entre otros.

Hay visiones encontradas en cuanto a los avances de los derechos indígenas en México; por una parte, quienes comparten la visión de Estado en cuanto a que la reforma energética ha venido a incorporar, mediante su legislación, derechos que desde el ámbito internacional, no se habían incorporado al ámbito interno y por tanto, representa un gran avance y es digno de celebrar.

El derecho que sobresale es el derecho a la consulta, pues a decir del Estado, su realización garantiza la participación de los pueblos y comunidades indígenas, así como la salvaguarda de la integridad de sus derechos. Aunado a lo anterior, se encuentran contenidos en las legislaciones secundarias, la oportunidad de la participación en el proyecto y de sus ganancias. Todo esto es lo que han considerado como favorable y progresivo.

La visión opositora considera estas integraciones legales, como una puerta abierta a las violaciones de derechos, pues más que reconocer derechos, es otorgar alternativas al sector empresarial para el apoderamiento, tanto de los recursos naturales como de la tierra que los contiene, legalizando así actos violatorios de derechos.

Organismos defensores de derechos humanos y de derechos de pueblos y comunidades indígenas han coincidido en que estas reformas llamadas progresivas, en el ámbito práctico no son protectoras, pues una vez judicializado el asunto, los juzgadores no van al conocimiento del fondo del asunto, sino a situaciones de legalidad, lo que pone en duda la eficacia de los derechos que se pretenden tutelar.

El CEMDA (Centro Mexicano de Derecho Ambiental) afirmaba que en México al sector energético se le ha privilegiado sobre derechos ambientales y los conflictos socioambientales, debiendo recordar que los recursos naturales, en términos generales se encuentran en el área de la propiedad social y en ésta la propiedad comunal o territorio de pueblos y comunidades indígenas, por tanto, al privilegiar a un sector, se hace en detrimento del otro.

Un elemento más que observaba este organismo es que la legislación secundaria no incorporaba de manera transversal a los derechos humanos,

vinculados con el cambio climático, las energías renovables, el cuidado adecuado de los recursos naturales, que sin duda guardan una estrecha relación con los territorios de los pueblos y comunidades indígenas, ya que, en conjunto con la propiedad social, cuentan con el mayor número de recursos naturales en el país.

El derecho a la consulta consignado en la Constitución, si bien se encuentra enunciado como un derecho, lo cierto es que su dinámica es interesante, por un lado, como derecho, pero también la obligación a cargo del Estado para ejecutarlo, y, por tanto, un instrumento o mecanismo, lo que hace de éste susceptible de fallas y como consecuencia de ello, violación de los derechos vinculados a éste.

Su complejidad en la instrumentación y aplicación ha llevado a los Pueblos Indígenas a hacer uso de los mecanismos jurídicos para combatirlo, sin embargo, dada la vinculación directa e indirecta con otros derechos tales como el derecho al territorio, la autonomía, el derecho a un medio ambiente sano, el aprovechamiento de los recursos naturales, entre otros, así como la diversidad de vías para hacer valer los derechos, hace que existan fallos en los planteamientos o bien, obtener resultados truncos, pues son abordados desde una perspectiva procesal más que desde un análisis de fondo.

Lo abierto de los parámetros establecidos para efectos de llevar a cabo la consulta, da como resultado una también muy abierta concepción y, por ende, susceptible de interpretación, lo que ha dado como resultado restricciones más que protección y una interpretación más procesal del derecho a la consulta, más que como un derecho en sí mismo.

En términos generales las autoridades de amparo han resuelto los casos planteados, desde mi propia visión, con una perspectiva positivista y postura de Estado, dejando de lado la obligación de tener en cuenta los usos y costumbres, así como los sistemas normativos de la comunidad demandante.

Por otra parte, los parámetros de jerarquía normativa más que conceder, limita, de tal suerte que no permite ampliar la perspectiva de tutela de los pueblos y comunidades indígenas.

La falta de un estudio profundo, amplio, con perspectiva a futuro y de impacto, permite un inminente daño a la esfera jurídica de los pueblos y comunidades indígenas, y de manera indirecta, al resto de la población.

Con todo lo anterior puedo concluir que constitucionalmente la consulta es un derecho, lastimosamente, en la práctica es una garantía.

NOVENA. En materia de Consulta indígena no existen mecanismos de coordinación efectiva entre los organismos y dependencias que intervienen en el desarrollo y autorización de proyectos, lo que hace más complejo combatirla.

DÉCIMA. El derecho a la consulta no debiera ser exclusiva para los pueblos y comunidades indígenas, tal derecho debería ser ampliado a la sociedad a través de los mecanismos apropiados, así como su respectiva acción vinculatoria tal y como acontece en países como Colombia.

PROPUESTAS

Es mi deber precisar que lo aquí propuesto no supone resolver lo relativo a las violaciones a derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Los problemas son sumamente complejos y atienden no sólo cuestiones de carácter legal, por ello, las propuestas que en el ámbito legal se hagan, serán para tratar de brindar elementos que permitan a este sector posicionarse mejor para la defensa y reivindicación de sus derechos.

PRIMERA. La primera propuesta atiende a una exigencia social contradictoria: la expedición de la Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas en la que se acojan los estándares internacionales y se respeten las particularidades propias de cada comunidad indígena en México, es decir, el respeto a su autonomía y sistemas normativos.

Si bien es cierto, la Constitución reconoce el derecho a la consulta, también es cierto que no existe una Ley reglamentaria de este precepto constitucional (artículo 2º constitucional) toda vez que lo deja a cargo de las entidades federativas, sin embargo, no todas las entidades cuentan con legislación en materia indígena, lo que hace complicado tener armonizado el marco legal en esa materia.

Como consecuencia de la reforma en materia energética, la apertura del capital privado en las actividades de exploración, extracción y distribución, así como los mecanismos de acceso a la propiedad (servidumbre legal y ocupación superficial) hacen a la consulta a pueblos y comunidades indígenas un elemento fundamental para la tutela de sus derechos.

Precisamente por ello es por lo que esta propuesta de reglamentar la consulta resulta contradictoria; por una parte, la experiencia hasta el momento ha demostrado que la consulta se ha utilizado como medio para alcanzar un fin que en nada beneficia a los pueblos y comunidades indígenas, por lo que reglamentarla sería tanto como legalizar el despojo y vulneración de derechos, esto, en opinión de algunos sectores que se encuentran en contra de una ley que reglamente el derecho a la consulta.

La otra propuesta es en sentido contrario y es la que apoyo. Dada la naturaleza de la reforma, las nuevas leyes secundarias y sus figuras jurídicas es necesario que exista una ley general que regule el derecho a la consulta.

Actualmente entidades como San Luis Potosí y Durango han expedido leyes en materia de consulta, en la que se ha regulado el derecho, así como los supuestos en los que ésta deberá ser procedente, así como aquellos de exclusión.

Ambas dicen atender y contener los más altos estándares de tutela de derechos a pueblos y comunidades indígenas, sin embargo ninguna de ellas contempla el pleno respeto a la voluntad de las comunidades, es decir, el consentimiento de las comunidades para ser afectadas en sus derechos o territorios.

Diputados y Senadores a través de la Comisión de Asuntos Indígenas desde 2011 presentó un anteproyecto de Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas¹³⁴, dividida en siete apartados: Disposiciones Generales, De los sujetos; Del objeto y materia de consulta; Del procedimiento de consulta; De los resultados de la consulta; Del financiamiento y De las responsabilidades.

Sin embargo ésta, como muchos otros asuntos quedó pendiente. Lo cierto es que dicha ley no establece qué pasa con las decisiones o resultados de la consulta a excepción de hacerlo público y tampoco queda claro la coordinación y a quién corresponde la responsabilidad en materia de consulta.

En abril de 2014, el Senado de la República¹³⁵ se pronunció en el sentido de la necesidad de la formulación de una ley que regule la consulta a fin de evitar que

¹³⁴ Comisión de Asuntos Indígenas, Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, Anteproyecto de Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, de fecha 23 de abril de 2011, file:///C:/Users/Administrador/Downloads/Microsoft%20Word%20-%20Anteproyecto%20de%20la%20Ley%20General%20de%20Consulta%20280311%20(2).pdf consultada en 28 de octubre de 2017,

¹³⁵ Comunicado 493 de fecha 3 de abril de 2014, consultado en línea en la página de la Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República,

empresas e industrias vulneren los derechos de la población, quienes deben tener la oportunidad de establecer acuerdos, y para ello es necesario efectuar acciones tanto administrativas como legislativas.

En el propio comunicado se reconoce la violación de derechos a pueblos y comunidades indígenas por parte de empresas e industrias, por tanto, es evidente que el gobierno del Estado tiene claro las deficiencias existentes que permiten la vulneración de derechos a este sector de la población mexicana.

Senadores perredistas presentaron una iniciativa para la creación de la Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, cuyo objetivo principal a decir de ellos, es la protección de los territorios indígenas, con la finalidad de salvaguardar los recursos naturales, así como su cultura, a partir de establecer una correcta regulación que permita el diálogo y la consecución de acuerdos entre las partes involucradas.

Otro punto por considerar en este comunicado es la expresión de una invisibilización por parte de los tres órdenes de gobierno del estado respecto de la situación de vulneración de derechos a pueblos y comunidades indígenas que efectúa de manera reiterada y sistemática, a pesar del marco normativo que conforme al bloque constitucional debería imperar.

Es precisamente por todo esto que mi propuesta va encaminada que se elabore y apruebe la Ley General Reglamentaria de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas; debiendo ésta, ser acorde a la realidad social, económica, política y de derecho que actualmente impera, donde se pondere y privilegien los derechos más que el capital.

Para ello es necesario se incorpore en ella mecanismos que evite incurrir en las deficiencias que se hicieron notar en el anteproyecto, es decir, se establezca con claridad las autoridades responsables de la consulta y se defina el aspecto

<http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/11879-crear-ley-de-consulta-a-pueblos-y-comunidades-indigenas.html>, consultado el 31 de octubre de 2017.

vinculatorio de los resultados de la consulta realizada; lo anterior me lleva a mi segunda propuesta.

SEGUNDA. Se establezca en la ley el pleno respeto a la decisión de los pueblos y comunidades indígenas.

Esta propuesta va encaminada a que si el pueblo o comunidad una vez realizada la consulta, decide no otorgar su consentimiento para el desarrollo del proyecto o la afectación a su territorio, esta decisión sea respetada de manera plena, es decir, la protección plena a su territorio una vez realizada la consulta (hacer vinculatoria la negativa del consentimiento).

En este sentido también existe una fuerte controversia que sin duda alguna tiene que tomarse en cuenta. Por una parte, aquellos que consideran que una ley reglamentaria de la consulta no es lo deseable, también opinan que el consentimiento o no consentimiento debe ir más allá de ser sólo resultado de una consulta determinada por una ley, se opina que los pueblos y comunidades indígenas tienen el derecho, conforme a sus sistemas normativos a decidir si quieren o no ser consultados, por ello una ley reglamentaria en materia de consulta sería más un obstáculo que una oportunidad, sin embargo, en tanto no se haga un pronunciamiento de tutela al consentimiento o no consentimiento, jurídicamente no será posible su justiciabilidad.

Por ello es por lo que considero pertinente que en la Ley General Reglamentaria de Consulta se establezca el pleno respeto y acción vinculatoria del no consentimiento para la afectación al territorio y derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas.

Esto mismo es objeto de debate, ya que existen posturas que consideran esto un atentado a la soberanía y unidad nacional, sería tanto como otorgarles la autonomía plena, siendo esto inconstitucional e inconvencional, sin embargo, es una postura que no comparto, pero que sí considero digna para un estudio profundo.

No comparto esta idea de inconstitucionalidad e inconvencionalidad toda vez que la misma Constitución prevé el derecho a la consulta y reconoce los sistemas normativos internos, por tanto, la incorporación del pleno respeto y tutela del no

consentimiento, resultado del procedimiento de consulta sería plenamente constitucional y garantista.

Sin embargo, no me es desapercibido que tal situación requiere de un trabajo más eficiente por parte del Estado y que requiere que ciertos mecanismos e instrumentos legales sean implementados de manera correcta y planeada. Esto me lleva a mi siguiente propuesta.

TERCERA. La creación de un organismo especializado en materia de impacto ambiental y social, con personal multidisciplinario y altamente calificado para el desarrollo de estas funciones, para que en coordinación con las Secretarías y dependencias gubernamentales, sean capaces de mapear al Estado en esos dos rubros: impacto ambiental y social frente a proyectos de producción y desarrollo.

Como hice notar, se requiere tener un aparato de gobierno capaz de construir un instrumento que permita identificar de manera previa el impacto tanto ambiental como social de forma regional, a efecto de identificar por una parte, los impactos ambientales no sólo por proyecto, sino como país; por otro lado, la conflictividad social, así como los mecanismos de mitigación, de tal suerte que permita definir los sitios adecuados para el desarrollo de los proyectos, así, se evitaría el desgaste económico, político y social que hoy ocurre, una política pública eficiente requiere de instrumentos e instituciones capaces de evitar el descontento social y el mejor aprovechamiento de los recursos y de manera colateral, la protección al capital de inversión y desarrollo que pretende el Estado hacer valer mediante las disposiciones legales expedidas con la reforma energética.

Esta propuesta pareciera ambiciosa y poco viable dado la necesidad de recursos económicos, sin embargo, no es así, se trata de modificar el aparato gubernamental a fin de concentrar ciertas áreas de las diversas secretarías que hoy se encuentran dispersas para que lleven a cabo este trabajo de mapeo y concentración eficiente de la información para hacerla útil y coordinada.

Por otro lado, siempre se tendrá la oportunidad de solicitar el apoyo a las organizaciones no gubernamentales que se encuentran haciendo este trabajo ya hace tiempo a efecto de apoyar y asesorar a los grupos vulnerables, lo que

implicaría un ahorro de tiempo y recursos, por tal razón considero esta propuesta viable y sumamente útil.

Ahora bien, las propuestas anteriores van encaminadas a la viabilidad de la consulta previa, libre e informada, sin embargo, como resultado del análisis legal realizado no puedo pasar como desapercibido que la Ley de Hidrocarburos no procura el equilibrio entre las partes, dejando a los afectados en un estado de desigualdad jurídica, por ello propongo las siguientes reformas a artículos de la citada ley.

CUARTA. La ampliación de los tiempos de negociación, teniendo como base sus sistemas normativos, usos y costumbres de la comunidad a consultar.

Dentro de los parámetros establecidos en la norma internacional es que la consulta se lleve a cabo de manera adecuada, así que, de manera equiparable, considero que la negociación entre las partes, en tratándose de Pueblos y Comunidades Indígenas y las empresas, llámese asignatario o contratista debe ser adecuada.

Para estar en condiciones de dar cumplimiento a ello considero necesario que el proceso de negociación se realice conforme a los parámetros y condiciones que el propio Pueblo o Comunidad Indígena considere pertinente, de tal manera que estén en libertad de tomar las acciones que sean necesarias para que la negociación sea capaz de ser debidamente socializada, lo que en ningún momento resulta contrario a las disposiciones legales ya existentes sino más bien, como un derecho progresivo de conformidad al artículo 1º constitucional, pues a través de este proceso se garantizarán las mejores condiciones para el respeto a los derechos del Pueblo o Comunidad Indígenas en el caso de que decidan negociar.

El establecer esta condición es a efecto de proporcionar equilibrio entre las partes, si todo se efectúa atendiendo al sistema jurídico mexicano, se estaría frente al quebrantamiento de derechos de un grupo vulnerable, por tanto, me resulta pertinente hacer esta precisión.

El artículo 101 de la Ley de hidrocarburos establece en su fracción I que el contratista, asignatario o concesionario deberá expresar por escrito al titular de los

derechos del bien a afectar su interés, lo que marca el inicio de las posibles negociaciones, sin embargo, el diverso 106 de la ley en cita establece un término de ciento ochenta días, sin embargo, dicha temporalidad, a mi juicio es inconveniente, ya que no es adecuada, toda vez que los Pueblos y Comunidades Indígenas, ya sea por su idiosincrasia, usos, costumbres, actividades religiosas, su propio sistema normativo de cargos y funciones, no se estaría en condiciones de sujetarse a esta temporalidad y ello los dejaría en estado de indefensión, violación a su derecho de oportunidad, y en términos generales en vulneración de sus derechos.

Es por ello que considero pertinente la reforma al artículo 106 de siguiente manera:

Texto actual	Texto reformado
<p>Artículo 106.- En caso de no existir un acuerdo entre las partes, transcurridos ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito referido en la fracción I del artículo 101 de esta Ley, el Asignatario o Contratista podrá:</p> <p>I. Promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos a que se refiere el artículo 109 de esta Ley, o</p> <p>II. Solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición,</p>	<p>Artículo 106. Una vez concluidas las negociaciones a que hace referencia el artículo 101 de esta Ley, mismas que deberán llevarse a cabo de conformidad con el sistema normativo interno, así como a los usos y costumbres del Pueblo o Comunidad Indígena involucrado sin que haya habido acuerdo entre las partes, el Asignatario o Contratista podrá:</p> <p>I. Promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos a que se refiere el artículo 109 de esta Ley, o</p>

Texto actual	Texto reformado
uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda.	II. Solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda.

Las disposiciones temporales previstas en el numeral 106 actual es restrictiva y desigual, las partes que intervienen no son ni se encuentran en condiciones o plano de igualdad, por lo que es indispensable que el Derecho provea de equilibrio.

Este mismo principio, igualdad entre las partes, es susceptible de aplicarse a la siguiente propuesta:

QUINTA. La reforma de la Ley de Hidrocarburos a efecto de liberar el porcentaje para la negociación en participación a efecto de equilibrar a las partes contratantes. Dicha quedaría de la siguiente manera:

Texto vigente	Texto reformado
<p>Artículo 101.- La negociación y acuerdo a que se refiere el artículo anterior deberá realizarse de manera transparente y sujetarse a las siguientes bases y a lo señalado en el Reglamento:</p> <p>(...)</p> <p>VI. La contraprestación que se acuerde deberá ser proporcional a los requerimientos del Asignatario o Contratista, conforme a las actividades que se realicen al amparo de la Asignación o Contrato.</p> <p>De acuerdo con las distintas formas o modalidades de uso, goce, afectación</p>	<p>Artículo 101.- La negociación y acuerdo a que se refiere el artículo anterior deberá realizarse de manera transparente y sujetarse a las siguientes bases y a lo señalado en el Reglamento:</p> <p>(...)</p> <p>VI. La contraprestación que se acuerde deberá ser proporcional a los requerimientos del Asignatario o Contratista, conforme a las actividades que se realicen al amparo de la Asignación o Contrato.</p> <p>De acuerdo con las distintas formas o modalidades de uso, goce, afectación</p>

Texto vigente	Texto reformado
<p>o, en su caso, adquisición que se pacte, los titulares de los terrenos, bienes o derechos tendrán derecho a que la contraprestación cubra, según sea el caso:</p> <p>a) El pago de las afectaciones de bienes o derechos distintos de la tierra, así como la previsión de los daños y perjuicios, que se podrían sufrir con motivo del proyecto a desarrollar, calculado en función de la actividad habitual de dicha propiedad;</p> <p>b) La renta por concepto de ocupación, servidumbre o uso de la tierra;</p> <p>c) Tratándose de proyectos que alcancen la extracción comercial de Hidrocarburos, un porcentaje de los ingresos que correspondan al Asignatario o Contratista en el proyecto en cuestión, después de haber descontado los pagos que deban realizarse al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, sujetándose a lo dispuesto en el último párrafo de este artículo.</p> <p>El porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser menor al cero punto cinco ni mayor al tres por ciento en el caso del Gas Natural No Asociado, y en los demás casos no podrá ser menor al cero punto cinco por ciento ni mayor al dos por ciento, en ambos casos en beneficio de la totalidad de los propietarios o titulares de derechos de que se trate.</p> <p>La Secretaría de Energía, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, elaborará las metodologías, parámetros y lineamientos que podrán servir de referencia para determinar el porcentaje a que se refiere el primer</p>	<p>o, en su caso, adquisición que se pacte, los titulares de los terrenos, bienes o derechos tendrán derecho a que la contraprestación cubra, según sea el caso:</p> <p>a) El pago de las afectaciones de bienes o derechos distintos de la tierra, así como la previsión de los daños y perjuicios, que se podrían sufrir con motivo del proyecto a desarrollar, calculado en función de la actividad habitual de dicha propiedad;</p> <p>b) La renta por concepto de ocupación, servidumbre o uso de la tierra;</p> <p>c) Tratándose de proyectos que alcancen la extracción comercial de Hidrocarburos, un porcentaje de los ingresos que correspondan al Asignatario o Contratista en el proyecto en cuestión, después de haber descontado los pagos que deban realizarse al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, sujetándose a lo dispuesto en el último párrafo de este artículo.</p> <p>El porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser menor al cero punto cinco en el caso del Gas Natural No Asociado, y en los demás casos no podrá ser menor al cero punto cinco por ciento, en ambos casos en beneficio de la totalidad de los propietarios o titulares de derechos de que se trate.</p> <p>La Secretaría de Energía, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, elaborará las metodologías, parámetros y lineamientos que podrán servir de referencia para determinar el porcentaje a que se refiere el primer párrafo de este inciso c). Dichas</p>

Texto vigente	Texto reformado
<p>párrafo de este inciso c). Dichas metodologías, parámetros y lineamientos deberán considerar las mejores prácticas internacionales en la materia, con especial énfasis en promover la competitividad del sector.</p> <p>En lo dispuesto en los incisos a) y b) anteriores, se deberá considerar el valor comercial;</p> <p>VII. (...)</p>	<p>metodologías, parámetros y lineamientos deberán considerar las mejores prácticas internacionales en la materia, con especial énfasis en promover la competitividad del sector.</p> <p>En lo dispuesto en los incisos a) y b) anteriores, se deberá considerar el valor comercial;</p> <p>VII. (...)</p>

Esta modificación no sólo estaría en beneficio de los Pueblos y Comunidades Indígenas sino a favor de los afectados en general. Esta apertura en los porcentajes de primera mano parecería en detrimento del incentivo económico de las empresas, sin embargo, yo no lo veo así, el liberar el porcentaje para la negociación haría atractivo el proceso de negociación a los sujetos afectados, todo quedará entonces en la capacidad para obtener el debido asesoramiento y la garantía por parte del Estado para que las negociaciones se lleven en pleno respeto a los derechos.

Las propuestas aquí vertidas no son las únicas ni el remedio para la problemática que en México se enfrentan, pero como lo advertí al principio, se trata de brindar elementos de posicionamiento legal frente al desequilibrio entre las partes que con la presente legislación actual se observa.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación, Segunda, México, Fontamara, 2013. p. 85*

Cárdenas Gracia, Jaime (Coord.), *Reforma energética, análisis y consecuencias*, TIRANT LO BLANCH MÉXICO, México, 2015, pp. 23, 24.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 153

Chacón Hernández, David, *Democracia, Nación y Autonomía étnica. El derecho fundamental de los pueblos indígenas*, Porrúa, México, 2009, pp. 77, 78

De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, 1993, p. 126

Escobar Ohmstede, Antonio; Butler Matthew, Coor., *Mexico in transitions: New perspectives on Mexican Agrarian, History, Nineteenth and Twentieth centuries*, CIESAS, México, 2013, p. 321

García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 2002. P. 3.

García Máynez, Eduardo. *La definición del derecho*. México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 17.

González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, los Indígenas y el Derecho*, México, 2010, p. 110.

González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, Los Indígenas y el Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 283.

González Navarro, Gerardo N., *El Derecho Agrario en el nuevo contexto legal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2002, p.p. 16,17.

Escobar Ohmstede, Antonio; Butler Matthew, Coor., *Mexico in transitions: New perspectives on Mexican Agrarian, History, Nineteenth and Twentieth centuries*, CIESAS, México, 2013, pp. 322-346.

Mac-Lean y Estenos, Roberto, *La revolución de 1910 y el problema agrario de México*, México, Cultura, 1959, pp. 38 y 39

Martínez Jiménez, Aitor; Vergara Céspedes, Manuel Miguel; *La jurisdicción como Instrumento para la protección de pueblos indígenas. Una guía práctica para defensores de derechos humanos*, Fundación Internacional Baltasar Garzón, Grupo Internacional de trabajo sobre asuntos indígenas IWGIA, Copenhague, 2015, p. 37

Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad Social en México*, Porrúa, México, 2013, p. 7,8.

Organizaciones Humanas para una Sociedad Incluyente, Ojeda López, Ruth Noemí, López Canto, Leonor Elena (coordinadoras), Universidad Autónoma de Yucatán, Mérida, Yucatán, México, 2016, pp. 7148-7164. Domínguez Arias, Angélica, Reyna Rosales, Carmina, *La servidumbre legal de hidrocarburos, ¿Expropiación a petición de parte interesada?*,

Parsons, Talcot, *Sistema Social y Formaciones sociales*. En: Chacón Hernández, David, *Democracia, Nación y Autonomía étnica. El derecho fundamental de los pueblos indígenas*, Porrúa, México, 2009, p. 91

Procuraduría Agraria, *Glosario de términos jurídico-agrarios*, Dirección General de Estudios y Publicaciones, México, 2009, primera reimpresión, p. 66

Recasens Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 1997. pp. 25-28

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, 2015, P. 2.

Leyes

Constitución de la República de El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, Centro de Documentación Legislativa, Constitución de la República de El Salvador, consultada en línea <https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice->

legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/constitucion-de-la-republica el 29 de agosto de 2017.

Constitución de la República de Guatemala. Justicia Guatemala, Constitución de la República de Guatemala, documento consultado en línea el día 30 de agosto de 2017, <https://guatemala.justia.com/nacionales/constitucion-de-la-republica-de-guatemala/>

Constitución de la República de Honduras. Poder Judicial de Honduras, Constitución de la República de Honduras, consultada en línea en <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstitucionRepublicaHonduras.pdf> el 30 de agosto de 2017.

Constitución de la República de Panamá. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá, Constitución de la República de Panamá, consultada en línea en http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf el día 30 de agosto de 2017.

Constitución de la República de Paraguay, consultada en línea en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf, el 30 de agosto de 2017.

Constitución de la República del Ecuador, consultada en línea el 30 de agosto de 2017 en http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

Constitución Nacional de Argentina. Facultades del Congreso.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Centro Costarricense de Información Jurídica SCJI, Constitución Política de la República de Costa Rica, consultada en línea el 29 de agosto de 2017 en la página http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=95479&strTipM=TC

Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988, documento consultado en línea en la página

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Tirant Lo Blanch México, México, 2ª Edición, 2015, P. sn

Constitución Política del Estado de Bolivia. Justicia Bolivia, Constitución Política del Estado, consultada en línea el día 24 de julio de 2017, <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>

Corte Constitucional, Constitución Política de Colombia, consultada en línea el 29 de agosto de 2017 en la página <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gobierno de la República, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, Debates Notables*, en línea, <http://constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/251/1/images/020.pdf>, 2015, consulta 4 de septiembre de 2016.

Ley de la Industria Eléctrica, consultada en línea en la página de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec_110814.pdf, febrero de 2017.

Ley General de Bienes Nacionales

Ley Indígena 19253, Chile, página electrónica: <http://www.mapuche.info/indgen/ley-1.html#primero>.

Leyes, reglamentos y decretos

Código Civil Federal

Código Federal de Procedimientos Civiles

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto que expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera, Ley de Asociaciones Público-Privadas.

Decreto que expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas.

Iniciativa de Reforma Energética

Ley Agraria

Ley de Aguas Nacionales

Ley de Amparo

Ley de energía Geotérmica

Ley de Expropiación

Ley de Hidrocarburos

Ley de la Comisión Federal de Electricidad

Ley de la Industria Eléctrica

Ley de Órganos Reguladores Coordinados

Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios.

Reforma a la Ley de Aguas Nacionales

Reglamento de la Comisión Federal de Electricidad

Reglamento de la Ley de Hidrocarburos

Reglamento de la Ley Geotérmica

Reglamento de la Procuraduría Agraria

Reglamento de la Secretaría de Energía

Documentos en línea

“Protocolo para la implementación del proceso de consulta previa, libre e informada sobre el desarrollo de un proyecto de generación de energía eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”.

“Reforma energética”, Gobierno de la República
<http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/explicacion.pdf>, consultado el 20 de junio de 2016.

Amparo Directo en Revisión 5838/2014

Asamblea consultiva de fecha 30 de julio de 2015, se encuentra fijada en la página oficial de la Secretaría de Energía, <http://www.gob.mx/sener/articulos/desplegados-y-convocatorias>, consultada en diversas fechas, última consulta 30 de mayo de 2017.

Carta de las Naciones Unidas, Capítulos XI y XII, así como el artículo 73 del mismo ordenamiento.

Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios CEBEM, *El derecho de los Banco Interamericano de Desarrollo*, <http://www.iadb.org/es/temas/genero-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes/pueblos-indigenas,2605.html>, consultad el día 23 de septiembre de 2017.

Animal Político <http://www.animalpolitico.com/blogueros-codices-geek/2015/08/21/sobre-el-levantamiento-indigena-en-ecuador/>, El Comercio <http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-pide-archivar-caso-derechoshumanos.html>, por citar algunos.

Diccionario de la lengua española. De la Real Academia Española RAE, <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by>

Ecoesfera, *El lado oscuro de la energía eólica en México: el desplazamiento de las comunidades*, diciembre 2015, <http://ecoosfera.com/2014/12/el-lado-oscuro-de-la-energia-eolica-en-mexico-el-desplazamiento-de-las-comunidades/>, consultada el 29 de mayo de 2017.

Nicolas Boeglin, Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR), *Pueblos indígenas en Salitre: las medidas cautelares solicitadas a Costa Rica por la CIDH*, publicado en la página SciencesPo, Observatoire Politique de l'Amérique latine et des Caraïbes, <http://www.sciencespo.fr/opalc/content/pueblos-indigenas-en-salitre-las-medidas-cautelares-solicitadas-costa-rica-por-la-cidh>, consultado el 30 de agosto de 2017.

Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, http://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db/?page=lista&idpais=02024200, consultada el día 28 de mayo de 2017.

Para mayor abundamiento, véase el documento completo en la página http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

Real Academia de la Lengua Española, página <http://dle.rae.es/?id=C9crd5>, consultada el día 11 de julio de 2016.

Real Academia de la Lengua Española, página <http://dle.rae.es/?id=C9UF1Hx>, consultada el día 11 de julio de 2016.

pueblos Indígenas en Bolivia, La Paz, 2007, http://www.bivica.org/upload/pueblos-indigenas-derechos_bolivia.pdf, documento consultado en línea el 24 de julio de 2017,

Centro de información de Naciones Unidas, *Los derechos de los pueblos indígenas de Brasil están bajo ataque*, documento consultado en línea el 3 de agosto de 2017, <http://www.cinu.mx/noticias/mundial/los-derechos-de-los-pueblos-in/>

Comisión de Asuntos Indígenas, Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, Anteproyecto de Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, de fecha 23 de abril de 2011,

file:///C:/Users/Administrador/Downloads/Microsoft%20Word%20-%20Anteproyecto%20de%20la%20Ley%20General%20de%20Consulta%20280311%20(2).pdf consultada en 28 de octubre de 2017,

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas de México 2006.*, México, 2006., consultado en línea en http://www.cdi.gob.mx/idh/informe_desarrollo_humano_pueblos_indigenas_mexico_2006.pdf, 19 de diciembre, 2016.

Comunicado 493 de fecha 3 de abril de 2014, consultado en línea en la página de la Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/11879-crear-ley-de-consulta-a-pueblos-y-comunidades-indigenas.html>, consultado el 31 de octubre de 2017.

Consulta Previa, Libre e Informada a la comunidad indígena de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca, <http://www.gob.mx/sener/articulos/consulta-previa-libre-e-informada-a-la-comunidad-indigena-de-juchitan-de-zaragoza-oaxaca>, tiene como fecha de publicación 28 de julio de 2015, consultada en fecha 29 mayo de 2017.

EVALUACIÓN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN ARGENTINA EN EL MARCO DE LA PRESENTACIÓN DEL QUINTO INFORME PERIÓDICO ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS 117 PERÍODO DE SESIONES DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ARGENTINA MAYO DE 2016. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/ARG/INT_CCPR_CSS_ARG_24354_S.pdf, consultado en línea el día 14 de septiembre de 2017.

Grupo de Energía del Programa Universitario Estudio de Desarrollo de la UNAM, *Contenido y alcance de la reforma energética*, ECONOMÍAunam vol. 13 núm. 37, enero-abril, 2016, consultado en línea en la página: <http://www.scielo.org.mx/pdf/eunam/v13n37/1665-952X-eunam-13-37-00003.pdf>, enero 29, 2017.

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de Derechos Humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión, 31 de diciembre de 2015, págs. 227, 228, consultado en línea el 23 de agosto de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>.

Informe de País Colombia, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, Justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 31 de diciembre de 2013, documento en línea en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>, consultado el 30 de agosto de 2017.

Iniciativa de Reforma Energética presentada por el presidente Enrique Peña Nieto, documento en línea en la página http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Reforma_Energetica_presidencia.pdf, consultada el 11 julio de 2016.

ONIC, IX Congreso Nacional de Pueblos Indígenas de la ONIC, *Informe del Consejo Mayor de Gobierno ONIC*, documento consultado en línea el 30 de agosto de 2017 en <http://www.onic.org.co/informe-del-consejo-mayor-de-gobierno-onic-2012-2016>.

Participación de la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en el foro “Evolución y Trascendencia de la Justicia Agraria en México”, organizado por el Tribunal Superior Agrario, a través del Tribunal Unitario Agrario del Distrito 7, el 23 de agosto de 2007, en las instalaciones de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Xavier Icaza y López Negrete”, en la ciudad de Durango, Durango, documento que puede ser consultado en la página de internet: <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/23agosto-durango-derecho-agrario.pdf>, consultada en fecha 28 de mayo de 2016.

Problemas del Desarrollo, 178 (45), julio-septiembre 2014, Juárez-Hernández, Sergio, León Gabriel, *Energía eólica en el istmo de Tehuantepec: desarrollo, actores y oposición social*, p. 14, consultado en línea, file:///C:/Users/Administrador/Downloads/47838-129973-1-PB%20(1).pdf, mayo 28 de 2017.

Protocolo de consulta de fecha 2 de diciembre de 2014, <http://www.gob.mx/sener/articulos/protocolo-del-proceso-de-consulta?state=published>, consultada en fecha 29 de mayo de 2017.

Sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 25 de noviembre de 2013, la versión taquigráfica puede ser consultada en https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/25112013PO.pdf, revisada en fecha 29 de mayo de 2016, p.8. Trápaga Reyes, Jesús, El derecho social en México: problemas y perspectivas. El Cotidiano [en línea] 2000, 16 (enero-febrero): [Fecha de consulta: 14 de junio de 2016] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32509902>> ISSN 0186-1840

Páginas consultadas

Animal Político <http://www.animalpolitico.com/blogueros-codices-geek/2015/08/21/sobre-el-levantamiento-indigena-en-ecuador/>, El Comercio <http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-pide-archivar-caso-derechoshumanos.html>, por citar algunos.

Banco Interamericano de Desarrollo, <http://www.iadb.org/es/temas/genero-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes/pueblos-indigenas,2605.html>, consultad el día 23 de septiembre de 2017.

Diccionario de la lengua española. De la Real Academia Española RAE, <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by>

Ecoesfera, *El lado oscuro de la energía eólica en México: el desplazamiento de las comunidades*, diciembre 2015, <http://ecoosfera.com/2014/12/el-lado-oscuro-de-la-energia-eolica-en-mexico-el-desplazamiento-de-las-comunidades/>, consultada el 29 de mayo de 2017.

Nicolas Boeglin, Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR), *Pueblos indígenas en Salitre: las medidas cautelares solicitadas a Costa Rica por la CIDH*, publicado en la página

SciencesPo, Observatoire Politique de l'Amérique latine et des Caraïbes, <http://www.sciencespo.fr/opalc/content/pueblos-indigenas-en-salitre-las-medidas-cautelares-solicitadas-costa-rica-por-la-cidh>, consultado el 30 de agosto de 2017.

Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, http://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db/?page=lista&idpais=02024200, consultada el día 28 de mayo de 2017.

Para mayor abundamiento, véase el documento completo en la página http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

Real Academia de la Lengua Española, página <http://dle.rae.es/?id=C9crd5>, consultada el día 11 de julio de 2016.

Real Academia de la Lengua Española, página <http://dle.rae.es/?id=C9UF1Hx>, consultada el día 11 de julio de 2016.

Otros medios de información

Diplomado *Derechos de los pueblos indígenas en México. Doctrina, legislación, tratados y jurisprudencia*, impartido por la Coordinación Nacional del Instituto Nacional de Antropología e Historia del 5 de mayo al 2 de septiembre de 2017, desarrollado en la sede de la Coordinación Nacional del INAH, Ciudad de México.

Mapa, CartoCrítica, <http://www.cartocritica.org.mx/wp-content/uploads/2014/09/4.1-Hidrocarburos-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-Nombres-840x587.jpg>

Mapa

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/55590/Ficha_tecnica_R0.pdf

Manifestaciones realizadas por Diego Iturralde Guerreño en el Diplomado *Derechos de los pueblos indígenas en México. Doctrina, legislación, tratados y jurisprudencia*, impartido por la Coordinación Nacional del Instituto Nacional de Antropología e Historia del 5 de mayo al 2 de septiembre de 2017, sesión del 5 de mayo de 2017, desarrollado en la sede de la Coordinación Nacional del INAH, Ciudad de México.

Permiso número E/1264/AUT/2015.

Sentencia del Recurso de Revisión 4994/14, ponente, Ximena Puente de la Mora.

TESIS Y JURISPRUDENCIAS

TA. 1a. CCXXXVII/2013 (10a.), Primera Sala, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 1, Pag. 736. **COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES.**

Tesis aislada (Administrativa, Civil) que al rubro dice: "*BIENES DE USO COMÚN*", Semanario Judicial de la Federación Tomo XXV Pág. 188, Quinta Época, registro 338580, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultada en línea el día 14 de abril de 2017.

Tesis: 1a. XVI/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época 165288 27 de 80, Primera Sala, Tomo XXXI, febrero de 2010, Pag. 114, Tesis Aislada(Constitucional)

ÍNDICE

CAPÍTULO I MARCO CONCEPTUAL	1
Introducción.....	1
1.1. EL DERECHO	2
1. 2. LA CLASIFICACIÓN DEL DERECHO	3
1.3. EL DERECHO SOCIAL EN MÉXICO	5
1. 4. EL DERECHO ECONÓMICO COMO DERECHO SOCIAL	8
1.5. DERECHO INDÍGENA	10
1. 6. EL DERECHO AGRARIO	12
1. 7. EL DERECHO DE PROPIEDAD	16
1. 7.1. Conceptos y antecedentes	16
1.7.2. La propiedad en nuestra Constitución	18
1.7.2.1. Propiedad originaria	18
1.7.2.2. Propiedad pública	21
1.7.2.3 Propiedad privada	23
1.7.2.4. Propiedad social	25
1.8. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO SOCIAL	27
1.9. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS	28
1.9.1. Distintas definiciones y conceptos	29
1.9.1.1. Indígena	30
1.9.1.2. Pueblo.	33
1.9.1.3. Comunidad	35
1.10. LOS INDÍGENAS COMO GRUPO VULNERABLE	37
1.11. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CONSAGRADOS EN MÉXICO	39

1.11.1. Evolución de los derechos indígenas en México.....	40
1.11.1. Autonomía y autodeterminación.....	43
1.11.2 Derecho a la consulta previa libre e informada.	45
CAPÍTULO 2 ANTECEDENTES DE LA REFORMA ENERGÉTICA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS INDÍGENAS.....	54
Introducción.....	54
2.1. ORIGEN DE LA REFORMA ENERGÉTICA.....	56
2.2. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA ENERGÉTICA..	58
2.2.1. ALCANCES Y PROYECCIONES DE LA REFORMA ENERGÉTICA	64
2.3. EL ESTADO Y LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA.....	66
2.4. LA REFORMA ENERGÉTICA Y SU RELACIÓN CON LA MATERIA INDÍGENA.....	67
2.5. LEYES SECUNDARIAS CREADAS, ANÁLISIS DE ELEMENTOS COMUNES VINCULADOS AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	68
2.5.1. Ley de Hidrocarburos:	68
2.5.2. Ley de Industria Eléctrica:	70
2.5.3. Ley de Energía Geotérmica:	73
2.5.4. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos:	74
2.5.5. Ley de Petróleos Mexicanos:	75
2.5.6. Ley de Comisión Federal de Electricidad:.....	75
2.5.7. Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética:	76
2.5.8. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos:	77
2.5.9. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo:	77
2.6. DE LAS FIGURAS REPRESENTATIVAS EN LA REFORMA ENERGÉTICA SUSCEPTIBLES DE VULNERAR LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS	78

2.6.1. SERVIDUMBRE LEGAL DE HIDROCARBUROS	80
2.7.2. OCUPACIÓN SUPERFICIAL.....	91
CAPITULO 3. MARCO COMPARATIVO DE LOS DE DERECHOS INDÍGENAS ENTRE MÉXICO Y ALGUNOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA	98
Introducción.....	98
3.1. De los de derechos indígenas: México y algunos países de Latinoamérica.	99
3.1.1. Las dinámicas indígenas	101
3.1.2. El estado de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en algunos países de Latinoamérica.....	107
3.1.2.1. Argentina.....	109
3.1.2.2. Bolivia	110
3.1.2.3. Brasil	110
3.1.2.4. Colombia	111
3.1.2.5. Costa Rica.....	113
3.1.2.6. Ecuador	114
3.1.2.7. Guatemala.....	115
Conclusiones.....	117
CAPITULO 4. ANÁLISIS DEL PROBLEMA MEDIANTE ESTUDIO DE CASO	121
Introducción.....	121
4.1 ANTECEDENTES DEL JUICIO DE AMPARO 454/2015, COMUNIDAD INDÍGENA ZAPOTECA DE JUCHITÁN, MUNICIPIO DE JUCHITÁN DE ZARAGOZA, ESTADO DE OAXACA, EN CONTRA DEL MEGAPROYECTO “EÓLICA DEL SUR”	122
4.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUICIO DE AMPARO 454/2015 PROMOVIDO POR LA COMUNIDAD INDÍGENA ZAPOTECA DE JUCHITÁN, MUNICIPIO DE JUCHITÁN DE ZARAGOZA, ESTADO DE OAXACA, EN CONTRA DEL MEGAPROYECTO “EÓLICA DEL SUR”	127
4.3. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS	154
CONCLUSIONES GENERALES.....	155

PROPUESTAS	162
BIBLIOGRAFÍA	172
ÍNDICE	184