

CAPÍTULO PRIMERO

LA REFORMA EN MATERIA DE HIDROCARBUROS EN MÉXICO, COMO PARTE DEL PROYECTO NEOLIBERAL HEGEMÓNICO VIOLATORIO DE DERECHOS HUMANOS

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Derechos colectivos y acceso a los recursos naturales de pueblos y comunidades indígenas.* III. *De la afectación de los terrenos para llevar a cabo la exploración y extracción de hidrocarburos.* IV. *La simulación del derecho a la consulta en la reforma energética.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Bibliografía.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Durante las últimas décadas la proliferación de las industrias extractivas en América Latina permite advertir su capacidad de dominación, resultado del contexto actual de expansión y dominación del capital financiero en comparación con el derecho estatal, que formaliza normas y políticas *ad hoc* para legalizar la expropiación asociada a la mercantilización de los recursos naturales, y con ello el incremento en número e intensidad de movimientos sociales de resistencia que se oponen a estas actividades en virtud de las afectaciones que aquéllos causan a sus poblaciones, y que van desde el despojo de sus recursos naturales hasta sus modos de reproducción social.

Es así que ante una geografía del poder en la que las políticas económicas nacionales responden a la normatividad de la globalización, herramientas como el derecho a la consulta libre, previa e informada se exploran

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, doctora en derecho ambiental, miembro de las líneas de investigación institucional “Derechos, conflictos socio-ambientales y política” y “Energía”, correo: marisol_angles@yahoo.com.mx.

como instrumentos fundamentales que podrían coadyuvar al ejercicio de los derechos colectivos de comunidades y pueblos indígenas, campesinos, etcétera, quienes enfrentan la presión e interés de los grandes capitales nacionales e internacionales por acceder a sus tierras y territorios para extraer los recursos naturales, bajo el argumento de ser ello indispensable para el desarrollo nacional. Es así que todas estas acciones encuentran respaldo en el desarrollo normativo o falta del mismo en los Estados nacionales, que asumen una actitud de complicidad que es necesario erradicar para que todos los postulados de reconocimiento de la pluriculturalidad, que implica la garantía de los derechos colectivos: autonomía, libre determinación, identidad cultural, territorios y acceso preferente al uso y disfrute de los recursos naturales, se garanticen debidamente en nuestro orden jurídico y se evite con ello la devastación ambiental, el desplazamiento forzado, la destrucción del tejido social y la criminalización de las resistencias que pueblos y comunidades encaran, en ocasiones con la vida misma.

Bajo estas premisas, el objetivo de este trabajo consiste en evidenciar que la reforma en materia de hidrocarburos responde a los intereses del proyecto hegemónico neoliberal; es decir, del capital, y no de las mayorías, ni mucho menos de los grupos vulnerables, como son los pueblos y comunidades indígenas, por lo que se advierte una clara violación a los mandatos en relación con el derecho humano a la consulta libre, previa e informada, al establecer un procedimiento de consulta *ad hoc* para cumplir con sus fines, lo que podría dar lugar, además de las afectaciones socioambientales, a la responsabilidad internacional del Estado mexicano.

II. DERECHOS COLECTIVOS Y ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Referirnos a los derechos colectivos de los pueblos necesariamente requiere hacer una alusión a los derechos individuales de corte clásico y la relación entre ambas categorías en la construcción del pluralismo jurídico orientado a la protección de los derechos de comunidades y pueblos indígenas en su dimensión colectiva. Sin duda, como sostiene Molina (2011), los derechos individuales y colectivos han coexistido desde los orígenes mismos de la vida en sociedad; no obstante, la historia moderna occidental puso el énfasis en la titularidad individual de los derechos, desplazándose los derechos colectivos a la periferia, como una categoría injustificada e innecesaria, con base en la premisa de que todo lo colectivo se articula a partir de lo individual. Si bien

existen numerosos derechos que se ejercen de manera individual, como el derecho a la vida, a la libertad personal, de pensamiento y expresión, etcétera, también lo es que la realización de muchos otros requiere de la colectividad para su materialización, como el derecho a huelga, a la sindicalización, y los derechos a la libre determinación, autonomía, cultura, etcétera (estos últimos, fundamentales para la vida y el desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas).

Es por ello que en épocas relativamente recientes, pueblos y comunidades indígenas han luchado por reivindicar la tutela de sus derechos colectivos, lo cual implica un replanteamiento de la noción y construcción teórica de los derechos humanos en una dimensión que supera al individualismo, para dar sentido y legitimidad al fundamento de otro tipo de derechos (los colectivos), como la cultura, el desarrollo, la identidad, la autonomía y libre determinación, en el marco de los cuales se integra el derecho de acceso preferente a los recursos naturales. Esfuerzo que da sentido a una nueva racionalidad basada en la pluralidad y la diferencia, por lo que provoca un choque frontal con las políticas integracionistas homogeneizadoras y creadoras de una única y dominante identidad nacional.

Ahora bien, ya en el plano nacional, en México, hablar de los derechos colectivos implica referir la historia de los grandes atropellos a comunidades y pueblos indígenas y campesinos como resultado de la institucionalización de la homogeneidad social, lo cual implicó una contundente supresión de su existencia; primero se les sometió cuando no se avinieron a las leyes y mandatos del Estado, y luego se los excluyó del proyecto de nación (Florescano, 1997); con todo y pese a todo, los indígenas han logrado resistir por más de quinientos años manteniendo viva su cultura y esforzándose por lograr su desarrollo, preservando sus valores, tradiciones (López Ramírez, 1994) y, en lo posible, sus instituciones.

Aunado a lo anterior, es importante advertir que el proyecto hegemónico neoliberal se funda en la expansión de las actividades extractivas, que encuentra respaldo en un modelo económico, político y jurídico que legaliza la mercantilización de los bienes nacionales, de la utilidad pública y el interés social, acentuándose así la exclusión y discriminación de los derechos colectivos, pues dicho modelo ha cambiado su lógica de operación, y ahora da cabida a proyectos destinados eminentemente al usufructo privado, por un lado, y, al despojo de los recursos de naturaleza colectiva, por el otro.

Pese a que México se ubica entre los cinco primeros lugares en el mundo en diversidad lingüístico-cultural, con 62 grupos étnicos (ECD, 2007: 7), no fue sino hasta el 28 de enero de 1992 cuando se reconoció en la Constitu-

ción federal la composición pluricultural de la nación mexicana;¹ que aparenta dar cabida en condiciones de igualdad a quienes son diferentes, pues, como señala López Bárcenas (2002), iniciar el texto de la reforma afirmado que “la Nación Mexicana es única e indivisible” es muestra de los prejuicios del poder constitucional reformador en torno al reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación en su modalidad de autonomía, a lo que agregamos, de la intención de preservar una cultura homogénea dominante al amparo del concepto de nación.

Es por ello que ante las omisiones en torno a la falta de reconocimiento de la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas, en 1994 el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) visibilizó la lucha por la reivindicación de un proyecto nacional democrático y popular que enfrentara directamente al neoliberalismo, considerado enemigo de la historia, la tierra, la cultura y los pobres (Subcomandante, 1999), lo cual dio como resultado una nueva reforma constitucional, por virtud de la cual el 14 de agosto de 2001 se reconoció el derecho a la libre determinación de los pueblos, reconocimiento que quedó constreñido a un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional (CPEUM, 2001). Se trata de una reforma que lejos de lograr la inclusión de pueblos y comunidades indígenas en el desarrollo nacional da paso al recrudecimiento del sometimiento y, por ende, a la conflictividad socioambiental y resistencia (Anglés, 2014b).

Lo anterior se enmarca en el contexto de lo que se ha denominado “geopolítica del neoliberalismo”, apuntalada en los ajustes estructurales impulsados a partir de la crisis económica de los años ochenta y materializada desde los años noventa a través de las denominadas “reformas estructurales” con las que se inicia la flagrante apertura económica, que coloca la vasta riqueza y diversidad natural en manos del capital transnacional (Machado, 2011).

En consonancia con lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), refiere que la cuestión relativa al aprovechamiento de los recursos naturales y los derechos humanos supone una relación entre los pueblos y las comunidades indígenas, los gobiernos y el sector privado, que debe apuntalarse en el pleno reconocimiento de los derechos de

¹ El artículo 2o. se reformó para quedar como sigue: “La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, «recursos» y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado...”.

estos colectivos a sus tierras, territorios y recursos naturales, lo que implica el ejercicio de su derecho a la libre determinación (Naciones Unidas, 2003).

Así, en el avance por proteger los derechos colectivos de los pueblos y las comunidades indígenas, se trabaja en lograr disminuir la exclusión y discriminación de la que han sido objeto histórica, sistemática y estructuralmente. Como resultado de ello, se adoptó, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, Convenio 169), el cual hace un esfuerzo por superar el enfoque integracionista y reconoce la autonomía y el derecho al desarrollo de estos colectivos, los cuales se relacionan directamente con el derecho a la consulta libre, previa e informada.

Lo anterior parte de una multiplicidad de formas de satisfacer las necesidades humanas; determinada, a su vez, por la diversidad cultural, étnica y política de los pueblos que conciben de diferentes maneras el bienestar, el cual no necesariamente debe estar basado en el crecimiento económico, el consumo y la explotación irracional de los recursos naturales. Tan diversos son los pueblos, como sus expectativas, valores y construcciones sociales sobre el desarrollo y el bienestar. Como sostiene Herreño (2009), varios pueblos han satisfecho históricamente sus necesidades sin degradar los ecosistemas o asumir relaciones de intercambio y consumo insostenibles.

Por lo que hace a México, éste experimenta una etapa de incipiente democratización, que se vive y desarrolla en condiciones de extrema contradicción; por un lado, el esfuerzo y discurso por ensanchar las libertades públicas, el bienestar social, el acceso a la justicia y, entre otros, la garantía de los derechos humanos y, por el otro, la permanencia y recrudescimiento de la pobreza, la discriminación, la desigualdad, la exclusión y la violencia, situaciones que nos obligan a replantear el rumbo hacia la justicia social, sobre todo desde la alteridad (Anglés, 2014a: 267), y que nos plantean la opción de asirnos de los compromisos asumidos por el Estado mexicano en materia de derechos colectivos, pues como veremos enseguida, la línea del desmantelamiento del derecho colectivo a la consulta libre, previa e informada implicada en la reforma energética está claramente trazada por el gobierno mexicano.

III. DE LA AFECTACIÓN DE LOS TERRENOS PARA LLEVAR A CABO LA EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE HIDROCARBUROS

La reforma energética del 20 de diciembre de 2013 planteó un cambio de paradigma en torno a la soberanía energética en México, justificada en la

falta de un marco jurídico que respondiera a la realidad en la materia, y, por ende, a la producción insuficiente de energéticos, con el consecuente incremento en las importaciones de gas natural, gasolinas, diesel y petroquímicos, se dio paso a la apertura económica, con el argumento falaz de garantizar la seguridad energética y el desarrollo de la nación.

Así, la reforma en sí misma es violatoria del derecho a la consulta, libre, previa e informada, pues de conformidad con el artículo 6 del Convenio 169, toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a pueblos y comunidades indígenas debe ser sometida a dicho procedimiento, lo cual no sucedió.

Además, se articula la simulación jurídica en torno a la propiedad de la nación y el desarrollo social incluyente y pluricultural, pues el artículo 28 constitucional propone un argumento en sí mismo contradictorio, al sostener que tratándose de hidrocarburos en el subsuelo, la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible, y no se otorgarán concesiones. Pero a efecto de obtener ingresos, la nación llevará a cabo las actividades de exploración y extracción mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares. Disposición que materializa la “acumulación por desposesión” planteada por Harvey (2003), en la que el nuevo movimiento neoliberal se allega de la política interna de los Estados para establecer “el cercamiento de los bienes comunales”. De manera que los bienes públicos en poder del Estado se colocan en el mercado para que el capital sobreacumulado invierta en y especule con ellos, a través de diversos instrumentos jurídicos, denominados “contratos”, “permisos”, “asignaciones” y “licencias”, que garantizan el acceso preferente del capital privado a los hidrocarburos.

En esta línea, la Ley de Hidrocarburos incluye un capítulo que versa sobre el uso y ocupación superficial de los terrenos para llevar a cabo las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, cuyo artículo 100, de manera directa, sin que medie procedimiento de consulta alguno, dispone que

La contraprestación, los términos y las condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos serán negociados y acordados entre los propietarios o titulares de aquéllos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los asignatarios o contratistas. Tratándose de propiedad privada, además podrá convenirse la adquisición.

Como se advierte, este precepto sienta las bases para que negocien en “plano de igualdad” los grandes detentadores del capital —asignatarios y contratistas— con pueblos y comunidades indígenas —propietarios o poseedores de las tierras y los territorios—.

Como se puede deducir, la Ley de Hidrocarburos reconduce el proceso para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para el desarrollo de las actividades en materia de energía al pago de una contraprestación, cuyos términos y condiciones serán negociados y acordados entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los asignatarios o contratistas.

Estos postulados son la antesala de la conflictividad gestada a causa de las afectaciones a los derechos de propiedad, tanto individual como colectiva, que se encuentran protegidos por el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el artículo 14 de la Constitución federal, el cual dispone que “Nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho” (CPEUM, reformas del 9-12-2005), lo cual se vincula con el artículo 27 de la misma Constitución, que determina la procedencia de las expropiaciones sólo por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

Por lo que resulta fundamental la determinación del concepto de “utilidad pública”, la cual se determina de acuerdo con las condiciones políticas, sociales y económicas imperantes en determinada época y lugar, con la finalidad de satisfacer necesidades de la colectividad, por lo que esta noción no es inmutable ni universal, y se determina casuísticamente. En consecuencia, la SCJN ha dicho que se trata de un término amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas de sus gobernados. Genéricamente, el concepto comprende tres causas: a) la pública, propiamente dicha, o sea, cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) la social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad, y c) la nacional, que satisface la necesidad que tiene un país, de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional (Tesis P./J. 39/2006).

Ahora bien, al remitirnos al artículo 1o. de la Ley de Expropiación, tenemos que aunque no define qué se entiende por utilidad pública, sí realiza un listado de las causas para que proceda, entre las que se encuentran la

defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación. Por otra parte, el artículo 58 de la Ley de Hidrocarburos establece que las actividades y servicios amparados por un permiso para llevar a cabo actividades de la industria de hidrocarburos serán de utilidad pública, lo cual es totalmente contrario a la esencia del concepto, pues los permisos dan cabida a la participación en el sector de entes de naturaleza privada, con intereses económicos que escapan al beneficio de la colectividad.

No obstante, el término “expropiación” no aparece en ninguna de las leyes de la reforma energética, lo cual tiene sentido desde la perspectiva de la participación privada en las actividades reguladas, por lo que el Estado no quiso asumir la carga económica de pagar la indemnización respectiva ni someter los procedimientos de despojo orquestados a través de estas reformas extractivistas a juicios en los que se escuchara a los afectados; en su lugar se prefirió la figura denominada “ocupación temporal”, que no es otra cosa que la legitimación del saqueo de los bienes de la nación, lo que a su vez podría implicar la profundización de la violencia, exclusión y discriminación de la pluriculturalidad afectada por dichas políticas, a través de prácticas de criminalización, represión y militarización, orientadas a eliminar los obstáculos para el desarrollo de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, consideradas preferentes sobre cualquier otra, lo cual demuestra que los pilares en los que se construyeron los cimientos del capitalismo —plusvalía, violencia y despojo— (Marx, 2006) se mantienen hasta nuestros días, se perpetúan y sostienen mediante el uso del derecho, como técnica jurídica orientada a sustentar la reproducción avasalladora del capital, lo que a su vez es causa de recrudecimiento de la crisis civilizatoria que vivimos, capaz de poner en riesgo la capacidad de carga y desarrollo de los ecosistemas y de la vida misma.

A ello obedece el etiquetado normativo que la reforma energética impuso a las actividades del sector hidrocarburos, considerándolas estratégicas, de interés social y orden público, por lo que no admiten restricción alguna y son preferentes sobre cualquiera otra.

1. *La nueva arquitectura de las actividades estratégicas en materia de hidrocarburos*

Atendiendo a los fines de las áreas estratégicas, éstas se conciben como una expresión que

...recoge en concisa fórmula constitucional, algunas funciones propias de la soberanía económica, servicios a cargo exclusivo del Gobierno Federal y la explotación de bienes de dominio directo, que por su significado social y nacional también deben atenderse en base al interés general que sólo garantiza el manejo del Estado (Biebrich y Spíndola, 2009: 34).

Dichas áreas se encuentran mencionadas en el artículo 28 de la Constitución federal, encontrándose entre ellas la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, y dada su importancia para la nación, eran operadas mediante entidades paraestatales; sin embargo, como consecuencia de los cambios en la política económica y energética, cuya justificación común ha sido la falta de recursos tecnológicos y financieros y la necesidad de incorporarlas al libre mercado para promover su competitividad, las áreas estratégicas han ido reduciéndose y ampliándose la posibilidad de que otros actores entren a participar en ellas.

Así, gracias al recién creado régimen productivo estatal, Petróleos Mexicanos (Pemex) transita de ser una persona moral con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objetivo consistía en auxiliar al gobierno federal en el manejo de las áreas estratégicas relacionadas con el petróleo y demás hidrocarburos, a ser una empresa productiva del Estado, categoría hasta ahora inexistente en el derecho positivo mexicano, que diluye el concepto de área estratégica para dar paso a un régimen jurídico especial basado en la Constitución, las leyes secundarias, como la de Hidrocarburos, y las mejores prácticas corporativas (Cárdenas, 2014).

Es así que a través de la Ley de Hidrocarburos se materializa el nuevo paradigma en materia de exploración y extracción de hidrocarburos permeado desde la Constitución, bajo dos grandes fundamentos, que entre ellos son confusos y contradictorios, ya que la ley sostiene:

- Los hidrocarburos en el subsuelo siguen siendo propiedad de la nación, por lo que no se otorgarán concesiones, y
- La exploración y la extracción de petróleo y demás hidrocarburos son áreas estratégicas, por lo que la nación las llevará a cabo mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares.

En esta nueva forma de reconstrucción del derecho energético, que ha implicado grandes modificaciones al Estado, ahora corporativo, mediante las ahora denominadas “asignaciones”, se otorgará a empresas productivas del Estado, a través de contratos con éstas o con particulares, el acceso a

actividades reservadas con anterioridad de forma exclusiva al Estado. Evidentemente, se trata de una simulación normativa sostener que sólo la nación llevará a cabo la explotación y extracción de hidrocarburos y enseguida afirmar que podrá hacerse a través de contratos, incluso con particulares. Esta situación modifica estructuralmente el sistema jurídico mexicano, basado en el Estado social de derecho, para consolidar el Estado neoliberal, que garantiza la entrada a las inversiones extranjeras.

2. El interés social al servicio de los intereses privados en materia de hidrocarburos

El interés social es un concepto que surge dentro de la doctrina jurídica francesa con el propósito de guiar y limitar el poder estatal. Históricamente se ha posicionado como un concepto fundamental dentro del derecho, ya que no sólo abarca la obligación del Estado de que sus actuaciones se encaminen al bien social, sino que fundamenta, en cierto grado, a la democracia moderna, mediante el objetivo de garantizar, promover y defender la pluralidad social. De esta forma, las actuaciones de la administración pública deben reflejar la búsqueda del bienestar de toda la sociedad como un colectivo, y no intereses individuales o de grupos; para ello, se debe tener en cuenta la complejidad y diversidad de los asuntos públicos, los cuales, dadas sus dimensiones, deben armonizarse e integrarse lo mejor posible (Rodríguez-Arana, 2012: 19 y 20).

De acuerdo con el Poder Judicial federal, el interés social se refiere a aquellos aspectos relacionados con las necesidades generales de la sociedad, y que el Estado protege de manera directa y permanente, por lo que si una situación específica afecta o beneficia a la colectividad, existe interés social (Tesis aislada I.14o.C.24 C).

En definitiva, el interés social busca materializar beneficios colectivos. En el caso de México, esto comprende una serie de retos, ya que siendo un país multicultural se debe hacer una valoración que incluya a todos los grupos sociales existentes, así como los factores que podrían beneficiarlos o perjudicarlos, para finalmente adoptar decisiones y políticas públicas que respeten las necesidades de todos.

Particularmente, el aprovechamiento de los recursos naturales como los hidrocarburos, es una actividad que debe ir encaminada al cumplimiento del interés social, ya que al tratarse de bienes propiedad de la nación, los beneficios deben ser para sus integrantes. Internacionalmente, se ha reconocido que los países pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos

naturales, y que a ningún pueblo se le puede privar de sus medios de subsistencia (artículo 1o., PIDESC), lo cual significa que los intereses de la nación y de la colectividad deben prevalecer sobre los individuales y de grupos económicos, por lo que cualquier actividad relacionada con la extracción de hidrocarburos debe responder a fines sociales (Cárdenas, 2014: 139).

Bajo esta lógica, la nacionalización del petróleo de 1940 reconoció la trascendencia de la explotación y el uso de los recursos del país para el cumplimiento del interés social, por lo que la iniciativa de reforma constitucional argumentó que no existía motivo para permitir que continuaran formándose y vigorizándose intereses privados en contravención a los intereses generales, cuya tutela procuraría el gobierno con todo empeño y energía (Cárdenas, 2014: 30). Con lo anterior vemos que uno de los motivos que llevaron a la nacionalización del petróleo fue poner como prioridad para el uso del petróleo al interés social, lo cual sienta un antecedente histórico para la industria nacional petrolera, que ahora es totalmente antagónico a la reforma en materia de hidrocarburos planteada.

3. El orden público, un imperativo en materia de hidrocarburos

Por orden público se entiende el conjunto de principios, normas y disposiciones normativas en los que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder éstos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, para así hacer prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares (Domínguez, 2011: 83). Por su parte, Ruiz (2013: 7) sostiene que por virtud de aquél se

determina un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad; esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno. En sentido técnico se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero.

En palabras del Poder Judicial federal, el orden público alude a aquellas disposiciones que se emiten para regular aspectos en que se ve interesado el Estado, como puede ser su actuación pública o la regulación de alguna “rama social de trascendencia en el desarrollo de la sociedad”, y en la cual ésta se ve interesada en su aplicación (Tesis aislada I.14o.C.24 C).

En época más reciente, el mismo Poder Judicial federal ha dicho que

Hay un nexo indisoluble entre el orden público y los fines del Estado, incluso como motivo de su justificación y existencia, ya que procura que sea la acción política la que defina, realice y garantice cierto orden entre los hombres para que realicen los propósitos que se impongan según su naturaleza y condición en el entendido de que sólo donde existe paz y orden pueden desplegarse sus potencialidades y permitir se cumplan los cometidos del Estado. Entendido como finalidad última, bien común, orden de la comunidad u observancia de la función de policía o de las normas vigentes, la idea de orden público se asienta sobre la obligación del ciudadano de no perturbar con su actuación los fines que persigue la comunidad o la sociedad y de las facultades conferidas a los órganos del Estado para velar por su respeto. Es una obligación general de los ciudadanos el respeto a ese bien común o general que les permite vivir en el ejercicio de sus libertades o derechos el que fundamenta también la actuación del Estado, de modo que a la vez que es obligación del ciudadano para que permanezca o se desarrolle, es garantía y justificación del propio Estado, porque puede limitar las acciones individuales que vulneren o contraríen ese estado de equilibrio o de paz social en que los diversos intereses individuales confluyen. En ese aspecto, el orden público es lo externo a la acción y el interés individual, que se expresa en la forma en que los ciudadanos realizan sus intereses de modo tangible y material y que se encuentra regulado por una norma jurídica. Consecuentemente, se encuentran dos concepciones de orden público que son complementarias entre sí en cuanto a que, por un lado, se le identifica como un conjunto de reglas escritas y no escritas, de carácter jurídico, público o privado, que según una determinada concepción ético moral dominante se asume como la condición primigenia y básica para la vida social compuesta por una heterogeneidad de intereses individuales que no destruyen una situación de armonía o equilibrio social sino que, respetándolo, se realizan según la intención de su autor. Por otro lado, se entiende como un conjunto de principios éticos, ideas o concepciones sociales que formarán la cultura jurídica de un país, para realizarse por los individuos atendiendo a lo previsto en la norma, como la Constitución o la ley, en que se contiene la garantía del respeto a bienes o valores necesarios para la existencia de la sociedad en un determinado momento histórico. Por su carácter esencial, la noción de orden público, comprende el conjunto de reglas que según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad (Tesis aislada I.3o.C.952 C: 1241).

No obstante, la noción de orden público instaurada en el marco de la reforma energética no responde a esa intervención estatal con miras a garantizar intereses colectivos; por el contrario, parece estar orientada a legitimar la intervención pública, mediante el uso de la fuerza, en aras de garantizar que las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en las que haya participación de capital privado que violenten los derechos colectivos de los pueblos y de las comunidades indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, así como a un medio ambiente sano y a la salud, por citar algunos, no se vean impedidas por ningún medio.

Es por esto que se pone en duda el uso de estos conceptos en el nuevo régimen en materia energética, los cuales no son congruentes con los criterios doctrinales ni legales, y tienen un total desapego a los antecedentes históricos nacionales. Sin embargo, no hay que olvidar que la reforma en materia de hidrocarburos debe considerar todo el sistema jurídico mexicano, y, desde la óptica de los derechos humanos, el atropello a los derechos de propiedad colectiva de las tierras y los territorios amparados en el artículo 21 de la CADH puede verse materializado al otorgar el Estado concesiones, permisos o asignaciones para la exploración y extracción de hidrocarburos sin llevar a cabo los procedimientos de consulta y consentimiento respectivos (Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001).

Por si fuera poco, el artículo 106 de la Ley de Hidrocarburos señala que ante la falta de acuerdo entre las partes; esto es, los detentadores del gran capital y los pueblos y comunidades indígenas, transcurridos 180 días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito en el que el asignatario o contratista haya hecho al propietario o titular del terreno expresando su interés de usar, gozar, afectar o, en su caso, adquirir los terrenos, bienes o derechos, 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...”.

Sin duda, por virtud de este artículo se trastoca la teoría de la división de poderes (Montesquieu, 2003), fundamental en la construcción y operación de cualquier Estado democrático de derecho, cuyos orígenes plantearon evitar la concentración y el abuso de poder en perjuicio de la sociedad a la cual se deben, recayendo en el Poder Judicial una labor de gran relevancia, al ser el intérprete último del sistema jurídico; esto es, quien vigila y garantiza el control constitucional; pero en la ley que revisamos, este sistema de contrapesos se desdibuja, ya que el Legislativo mandata al Judicial sobre cómo proceder, por lo que cabe preguntarse: ¿y dónde queda el ejercicio hermenéutico que el juzgador tendría que llevar a cabo para ponderar los

derechos en pugna y, con base en el principio pro persona, tomar una decisión orientada a garantizar la justicia social?

Recuérdese que a la luz de la reforma en materia de derechos humanos aludida, en el Estado mexicano todos los jueces y juezas deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Dicho control deberá considerar las normas de derecho interno en relación con la Constitución federal y las de derecho internacional, contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano sea parte, como la CADH, así como la interpretación de ellos hecha por la Corte IDH (Tesis aislada P. LXVIII/2011).

Ahora bien, para continuar con el aparato represor de los derechos colectivos, la fracción II del mismo artículo establece otra vía a seguir, ahora desde el ámbito administrativo, ante la falta de acuerdo entre las comunidades y los pueblos indígenas y asignatarios y contratistas, la cual consiste en 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.

Pero si como resultado de la mediación no se llega a un acuerdo sobre la contraprestación que los asignatarios y contratistas deberán pagar a los pueblos y a las comunidades indígenas, la Secretaría de Energía, de conformidad con el artículo 108 de la Ley de Hidrocarburos, 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.

De manera que por la vía jurisdiccional o administrativa se impondrá a los pueblos y a las comunidades indígenas la realización de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, por lo que a todas luces estas disposiciones normativas son violatorias de todo el *corpus iuris* desarrollado en relación con el derecho a la consulta libre, previa e informada, pues no existe posibilidad alguna para que los pueblos y las comunidades se involucren en la toma de decisiones susceptibles de afectarles, ya que la ley, de una manera vertical, impone una serie de procedimientos cuya construcción se erige en una maquinaria que pretende pasar por encima de los derechos colectivos.

Por lo que, de acuerdo con Cárdenas (2014), la reforma en materia energética buscó evitar que los pueblos y las comunidades indígenas tuvieran acceso de manera preferente a la explotación de los recursos naturales

de sus territorios, pues si bien, de conformidad con la Ley General de Desarrollo Social, artículo 3o., fracción VIII, la libre determinación de pueblos y comunidades indígenas consiste en

[El] reconocimiento en el marco constitucional a las formas internas de convivencia y de organización; ámbito de aplicación de sus propios sistemas normativos; elección de sus autoridades o representantes; medios para preservar y enriquecer sus lenguas y cultura; medios para conservar y mejorar su hábitat; “acceso preferente a sus recursos naturales”; elección de representantes ante los ayuntamientos y acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Lo cierto es que el artículo 2o., apartado A, fracción VI, de la Constitución federal nulifica tal mandato, pues aunque también reconoce el derecho de estos colectivos a acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la propia Constitución y leyes de la materia, “al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan”, exceptúa de tal acceso a los recursos considerados áreas estratégicas, como lo son los hidrocarburos.

Al respecto, cabe señalar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha sostenido que aunque en las legislaciones nacionales se proclame que los derechos sobre recursos del subsuelo pertenecen al patrimonio del Estado, ello no obsta para que de conformidad con el artículo 15, apartado 2, del Convenio 169 se cumpla con la obligación a cargo del Estado de consultar a los pueblos indígenas que pudieran ser afectados antes de autorizar actividades de exploración y explotación de dichos recursos ubicados en sus territorios (OIT, 2005).

Lo anterior debe leerse en consonancia con el principio de progresividad reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado en 1966, que dispone en su artículo 2, apartado 1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, “para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.²

² Mandato reiterado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta disposición ha sido desarrollada por la Observación General 3 del Comité DESC, que en 1990 sostuvo que entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, como lo es el derecho a la consulta libre, previa e informada. Así, como parte de la progresividad, además de contar con medidas legislativas y recursos judiciales, se desarrolla la correlativa prohibición de retroceso o regresión.

Sin embargo, lo que pretende materializar la reforma en análisis a través de legislaciones regresivas es socavar los derechos adquiridos de pueblos y comunidades indígenas en relación con el acceso preferente a sus recursos naturales, así como desdibujar su participación en la toma de decisiones al hacer nugatorio el derecho a la consulta libre, previa e informada.

Lo expresado es una muestra clara de la protección acorazada del capital, orientada únicamente a satisfacer la demanda de los poderosos y acrecentar la dependencia de los proveedores de los bienes. Esto es, como sostiene Pérez (2007), se atiende a las demandas de los intereses del neoimperialismo, encarado por las grandes empresas transnacionales, que cuentan con el poder político y militar para su expansión inconmensurable, resultado, como advierte el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2010), del contexto actual en el que muchos de los conflictos de tierras y territorios están relacionados con la posesión, explotación, el control y uso de los recursos naturales. Por un lado, los países bajo el amparo de la soberanía internacional sobre los recursos naturales pretenden ejercer el control sobre dichos recursos. Y, por el otro, diversas empresas multinacionales despliegan una gran presión, tanto a los Estados como a los pueblos, en reivindicación de sus propios intereses económicos.

Evidentemente, la apertura económica que México adoptara en el rubro de los hidrocarburos deja de lado el modelo de desarrollo afirmado en la rectoría del Estado en materia energética y el ejercicio pleno de la soberanía sobre los recursos del subsuelo, situación que podría poner en riesgo la suficiencia energética nacional, además de la sustentabilidad ambiental y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades implicados en las actividades estratégicas en materia de hidrocarburos. Aunado a ello, Bauman (2010) refiere que la deslocalización del capital desvanece la responsabilidad, de manera que mientras las empresas transnacionales tienen toda la libertad y facilidad de trasladarse, las consecuencias negativas de sus actos permanecen en el lugar. Por lo que quien tenga la libertad para escapar de la localidad, la tiene para huir de las consecuencias. Este es el bo-

tín más importante de la victoriosa guerra por el espacio y por los recursos naturales, que a su vez da lugar a la lucha que los pueblos y las comunidades indígenas tendrán que librar.

Ante este escenario, cobra especial relevancia el valor instrumental que al amparo de la orientación de los derechos humanos podría tener el derecho a la consulta libre, previa e informada de pueblos y comunidades indígenas, el cual está regulado en el Convenio 169 de la OIT, instrumento vinculante para el Estado mexicano, ya que fue ratificado el 5 de septiembre de 1990. No obstante, a la fecha una de las grandes limitaciones en el ejercicio de este derecho es la falta de normativa nacional que regule el procedimiento para llevarlo a cabo, lo que ha dado lugar a la omisión del Estado en cuanto a su deber de consultar y, como resultado del reclamo, a la realización de consultas luego de la causación del daño, lo que atenta contra el espíritu mismo del instrumento; ejemplos de esto último son el caso del Acueducto Independencia, que afecta al pueblo yaqui; el caso de la pesca de la especie curvina golfina, que afecta a la comunidad indígena Cucapá, y el caso del teleférico de Barrancas del Cobre, que afecta a la comunidad rarámuri, sólo por citar algunos.

IV. LA SIMULACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA EN LA REFORMA ENERGÉTICA

El derecho a la consulta libre, previa e informada está regulado en el Convenio 169, cuyo artículo 6, apartado 1, establece la obligación de los Estados partes, de consultar a los pueblos interesados, a través de los procedimientos apropiados y por medio de sus "...instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente..." (OIT, 2007). Evidentemente, una concesión, asignación o contrato que implique la realización de actividades en materia energética en sus tierras y/o territorios involucra una afectación que exige ser consultada.

Ahora bien, es importante considerar las bases para el desarrollo del derecho a la consulta, con la finalidad de evitar que sea un mero acto legitimador de las acciones a desplegar. En este sentido, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala ciertos requisitos para que la consulta sea considerada válida, tal como veremos enseguida.

1. *Estándares internacionales del derecho a la consulta*

A. *Buena fe*

En el ámbito del derecho se entiende por buena fe³ la sinceridad u honestidad de las partes en su actuación; por lo tanto, podría aplicarse en este ámbito como la obligación del Estado de realizar la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta la opinión que expresen los pueblos consultados sin que se les pretenda engañar, traicionar o brindar información sesgada o parcial (Julián, 2011: 33 y 34). Este principio implica el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común (Rodríguez, 2009: 40). Bajo este principio se exige que los estudios de impacto ambiental, cultural, social y de género se ordenen por parte de una institución oficial imparcial, de manera que se pueda acopiar, preparar y entregar toda la información previa que sea relevante a la iniciativa, que incluya documentos públicos y privados ligados al proyecto o política que podría impactar a las comunidades.

Esta obligación incluye ciertas obligaciones, como son (CDI, 2013):

- Evitar la corrupción de los líderes comunales.
- Evitar el establecimiento de liderazgos paralelos.
- Evitar las negociaciones con miembros individuales de las comunidades afectadas.
- Evitar la desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas.
- Evitar a toda costa la utilización, en las comunidades indígenas, de personal de las fuerzas públicas o la presencia de personas armadas, durante los eventos de consulta.
- Evitar eventos o actividades de proselitismo electoral, así como mezclar los procesos de consulta con el otorgamiento de beneficios o apoyos gubernamentales.

³ La obligación de que la consulta previa se lleve a cabo de buena fe está contenida a su vez en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6.2, que dispone que “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”.

B. *A través de sus instituciones representativas*

En el procedimiento de consulta se deben respetar las formas e instituciones que los mismos indígenas ocupan para tomar decisiones. Esta obligación incluye que en caso de que las comunidades nombren una autoridad representativa se compruebe que las personas consultadas y sus representantes son los legitimados para ello; para esto se tienen que tomar en cuenta todas las posibilidades y las diferentes formas de representatividad indígena. Es fundamental que se establezcan los procedimientos, los medios, las formas y las personas o grupos de personas que representarán a las comunidades en ejercicio de su autonomía constitucional.⁴

C. *Culturalmente adecuada*

A pesar de que los instrumentos internacionales sólo hacen referencia a que la consulta se lleve a cabo a través de las autoridades e instituciones representativas de la comunidad, se ha llegado a la idea de que también es necesario a que se adapte la consulta a la cultura de los consultados, lo que implica adaptarla a los modelos culturales y sociales de los pueblos, para lo cual se debe determinar un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e, incluso, costumbres y tradiciones de las comunidades a ser consultadas (Rodríguez, 2009).

D. *Previa*

El carácter previo de la consulta es para evitar que los Estados la realicen una vez que se haya aprobado la medida que pueda afectar a los pueblos, situación que dejaría a la consulta sin objeto. Por tanto, el derecho a la consulta no debe ser utilizado como mero proceso informativo mediante el cual el Estado informe a los pueblos y a las comunidades indígenas sobre los proyectos y decisiones que se hayan adoptado sin que éstos tengan la oportunidad de incidir en la tomas de decisiones. De manera que las consultas se tienen que realizar con la suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades, y se deben respetar las exigencias cronológicas de los procesos de consulta (Julián, 2011).

⁴ *Ibidem*, p. 20.

E. *Informada*

No basta con que se le otorgue a la comunidad o pueblo cualquier tipo de información; se tiene que garantizar que ésta sea lo suficientemente clara para que se comprendan los posibles riesgos que deriven del proyecto o acto legislativo o administrativo que se pretende llevar a cabo, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad; para tal caso, se tiene que cumplir con ciertas condiciones en torno a la información, tales como (CDI, 2013):

- Que sea claramente delimitada la medida que la autoridad peticionaria pretende tomar.
- Que parte de la información otorgada sea el resultado de estudios realizados en conjunto con la comunidad para evaluar los posibles impactos ambientales, sociales, culturales y espirituales.
- Dichos estudios se tienen que realizar de manera respetuosa a la cultura, tradiciones e instituciones de la comunidad de que se trate, así como concluirse en el momento adecuado para que se pueda informar a la comunidad antes de concluir el proceso de consulta.
- Se deberán incluir distintos enfoques, como son: el social, económico, ambiental, cultural y de género.
- En caso de ser necesario, se debe nombrar a un traductor para la efectiva comunicación entre las autoridades y la comunidad.

En resumen, la información se debe proporcionar a través de medios accesibles para los pueblos, en su propio idioma y con un lenguaje comprensible y respetuoso, y debe contener por lo menos la naturaleza, impacto y alcances del proyecto; su justificación; la duración y tiempos del proyecto; los lugares y zonas que serán afectadas; la evaluación del probable impacto social, económico y ambiental; los posibles riesgos y beneficios, y los elementos de un posible desplazamiento (Julián, 2009).

Solamente cumpliendo estos requisitos se puede garantizar que las comunidades y los pueblos indígenas lleguen a una decisión tomando en cuenta todos los posibles efectos de ésta.

2. *La exigencia de obtener el consentimiento*

Adicionalmente, se exige el consentimiento de los pueblos y las comunidades indígenas dado libremente y con pleno conocimiento de causa, cuando excepcionalmente se considere necesario su traslado y reubicación

(artículo 16.2, Convenio 169, y artículo 10, DNUDPI). A este requerimiento del consentimiento, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) agrega, en su artículo 29, otro supuesto: en casos de almacenamiento de materiales peligrosos en el territorio de los pueblos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) añade otro más: cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio (Corte IDH, *caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 2007).

El consentimiento se debe dar sin que medien injerencias externas; es decir, libre de coerción, manipulación o intimidación (Julián, 2011: 35).

Tiene que haber un respeto total hacia las formas de las comunidades de generar consensos, de desarrollar sus argumentos y la importancia de los símbolos e imágenes a través de los cuales reflejan sus posiciones (Julián, 2011).

Como se sabe, muchas de las actividades en materia del sector hidrocarburos implican el desplazamiento de las comunidades y pueblos, así como la generación de residuos peligrosos, y, por regla general, se trata de grandes proyectos de desarrollo capaces de generar impactos socioambientales de gran envergadura. Por tanto, debiera exigirse, además del procedimiento de consulta, el otorgamiento del consentimiento para estar en posibilidad de desarrollar dichas actividades.

Al respecto, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas reconoció que el principio del consentimiento libre, previo e informado constituye un elemento clave para la garantía de los derechos colectivos de los pueblos, por lo que debe otorgarse sin que medie coerción, intimidación ni manipulación, con suficiente antelación al otorgamiento de cualquier autorización o inicio de actividades, respetando las exigencias temporales de los procesos de consulta con los pueblos y comunidades indígenas y a través de sus instituciones representativas (Naciones Unidas, 2005).

3. Supuestos específicos en los que las comunidades y los pueblos indígenas deben ser consultados

De conformidad con la DNUDPI, los pueblos indígenas deben ser consultados en los siguientes supuestos:

- En la situación en que puedan llegar a ser desplazados de sus tierras o territorios, o que éstos puedan ser afectados (artículos 10 y 28).

- Cuando puedan ser afectados en sus bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales (artículo 11).
- Adopción de medidas para evitar la discriminación (artículo 15).
- En la definición de políticas para evitar la explotación económica de niños indígenas (artículo 15).
- En el caso de eliminación o almacenamiento de residuos peligrosos en sus territorios.
- En casos en que sea necesario usar sus territorios o tierras para actividades militares (artículo 30).
- Para la aprobación de cualquier proyecto que pueda afectar sus territorios, recursos o medios de subsistencia (artículo 32).

4. *La supuesta consulta en la Ley de Hidrocarburos*

Bajo la lógica del respeto a los derechos humanos colectivos, la Ley de Hidrocarburos plantea el respeto a los mismos, razón por la cual establece en su artículo 120, que

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...

Los procedimientos de consulta tendrán como objeto alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento conforme a la normatividad aplicable.

En torno a este precepto, cabe señalar que existe un reconocimiento expreso de llevar a cabo las consultas conforme a lo establecido en el Convenio 169 y en la DNUDPI, dado que resultan ser la normatividad aplicable, de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución federal, a partir del cual se da paso a la conformación de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad; esto es, la inclusión en el ordenamiento jurídico mexicano de todos aquellos derechos humanos consagrados en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado mexicano, así como de los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes constituyen un único conjunto normativo, sin jerarquías. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación, y en aquellos

casos en que sea procedente, a su interpretación (Tesis de jurisprudencia 88/2012).

A partir de estas disposiciones, las autoridades de todos los niveles de gobierno tienen el deber de cumplir con las obligaciones contraídas en los tratados internacionales que protegen derechos humanos, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, por lo que el Estado será responsable de dar cumplimiento a estas disposiciones y, en su caso, deberá investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos establecidos en la ley (Decreto por el que se modifica..., 2011).

No obstante, el capítulo V de la Ley de Hidrocarburos, denominado “Del impacto social”, contiene el único artículo que refiere de forma explícita el derecho a la consulta, en los siguientes términos:

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 Nacional de Seguridad Industrial y Protección del Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, 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.

Es interesante recordar que en la Ley de Hidrocarburos existen otros preceptos ya analizados sobre el aprovechamiento de los terrenos que involucran de manera directa las afectaciones a pueblos y comunidades indígenas con relación a la exploración y extracción de hidrocarburos, en los que se omite hacer referencia al derecho a la consulta; sin embargo, en atención a este artículo 120, tales acciones quedan perfectamente encuadradas en el

mismo; además, por mandato constitucional las disposiciones del Convenio 169 son obligatorias para el Estado mexicano, independientemente de que se trate de actividades estratégicas o de bienes propiedad de la nación.

Por otro lado, en relación con los derechos preferentes sobre los recursos naturales de pueblos y comunidades indígenas, cabe señalar que éstos tienen “derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación”. En consecuencia, los Estados están obligados, en virtud del artículo XXIII de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, a abstenerse de otorgar concesiones petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo; idéntica obligación es impuesta por el artículo 21 de la CADH (Comisión IDH, 2009).

Pese a ello, las leyes analizadas evidencian la injerencia de la *lex mercatoria*, que pretende subordinar los postulados del derecho internacional de los derechos humanos al derecho comercial internacional, enmarcado a través de la firma de diversos tratados comerciales,⁵ en una relación profundamente asimétrica, que responde a lógicas totalmente divergentes e, incluso, excluyentes; pero lo más grave es que se cuenta con el respaldo de los tres poderes del Estado (recordemos que la reforma fue propuesta por el Ejecutivo federal, aprobada por el Legislativo federal y rechazada la realización de una consulta ciudadana y, por ende, de una consulta a pueblos y comunidades indígenas, por el Poder Judicial federal).

Sin embargo, previo a esta reforma en materia de hidrocarburos, el Pleno de la SCJN resolvió que todas las normas que contienen un derecho humano y que están recogidas en tratados internacionales tendrán rango constitucional, que las sentencias de la Corte IDH serán vinculantes para los jueces en México, aun cuando se trate de decisiones en las que el país no hubiera sido parte, y que si la Constitución mexicana contempla alguna restricción al ejercicio de un derecho, ésta surtirá efecto (Tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014, y Tesis de jurisprudencia P./J. 21/2014). Por lo que cabe preguntarse si el artículo transitorio octavo del Decreto por el que se

⁵ Para agosto de 2015 México contaba con una red de once tratados de libre comercio con 46 países, 33 acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones y nueve acuerdos de alcances limitados (acuerdos de complementación económica y acuerdos de alcance parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración. Véase Secretaría de Economía, 2015, *Tratados y acuerdos firmados por México*, México, Secretaría de Economía, disponible en <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos>.

reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución federal en materia de energía, del 20 de diciembre de 2013, que dio lugar a la Ley de Hidrocarburos que analizamos, que incluye una cláusula restrictiva de los derechos de los pueblos y de las comunidades indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos naturales cae en este supuesto de restricciones constitucionales válidas, al sostener:

Derivado de su carácter estratégico, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos... 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.

Ya que de ser afirmativa la respuesta, el derecho se estaría utilizando como herramienta para legitimar el despojo, pues a través de tal restricción se deja fuera del margen de actuación al derecho a la consulta libre, previa e informada; esto es, se excluye la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, violentándose las obligaciones del Estado mexicano al respecto.

En referencia a la complejidad imbricada entre desarrollo económico y garantía del derecho a la consulta libre, previa e informada, el Comité DESC ha realizado algunas observaciones, en las que insta a los Estados partes a consultar con los pueblos y las comunidades indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten, incluso expresa su preocupación por el otorgamiento de concesiones para la extracción de recursos naturales a empresas internacionales sin el “pleno consentimiento” de las comunidades interesadas (Naciones Unidas, 2004).

Como se advierte, en México debemos luchar por garantizar la aplicación del derecho a la consulta libre, previa e informada antes de adoptar medidas o proyectos susceptibles de afectar a pueblos y comunidades indígenas, lo cual implica garantizar su derecho a la información y llevar a cabo una discusión abierta, franca, significativa y en tiempo entre los gobiernos, las comunidades y los pueblos susceptibles de afectación, a fin de permitir a estos últimos participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones (Anglés, 2011). La participación, principio en el que se materializa el derecho a la consulta, debe efectuarse a través de las instituciones propias tradicionales u organismos representativos de las comunidades y pueblos interesados y bajo los lineamientos establecidos en el *corpus iuris* internacional del que el Estado es parte.

V. REFLEXIONES FINALES

Nociones tales como utilidad pública, interés social y orden público pierden sentido a través de la reforma en materia de hidrocarburos, la cual modifica su esencia orientada al interés general y al bienestar colectivo para favorecer a unos cuantos, integrantes de la cúpula neoliberal detentadora del poder económico.

La pluriculturalidad que nos caracteriza como nación plantea el reto de lograr el desarrollo con identidad, lo que a su vez exige el reconocimiento y garantía de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, fundamentalmente, al amparo de los instrumentos jurídicos que se han conformado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, y que forma parte del sistema jurídico mexicano.

La reforma en materia de hidrocarburos desarrolla un mecanismo de consulta que simula dar cumplimiento a las obligaciones del Estado mexicano en la materia, pero que por sí mismo nulifica la posibilidad de tomar parte en la toma de decisiones y reconduce el procedimiento al otorgamiento de una servidumbre legal, bien de carácter administrativo, bien de carácter jurisdiccional, que somete a los colectivos, al amparo de la preferencia de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, para consolidar la apropiación y expoliación de los recursos naturales que se hallan en sus tierras y territorios.

La deuda del Estado mexicano con los pueblos y las comunidades indígenas, además de estar vigente, se recrudece a través de la reforma energética, pues la exclusión y discriminación de que han sido objeto históricamente se mantiene y explicita en comparsa con instrumentos normativos violatorios de derechos humanos, pretendiendo así apuntalar el derecho a la dominación neocolonial; no obstante, esta situación dará paso a la judicialización internacional en torno a la violación del derecho a la consulta libre, previa e informada, al desarrollo y, por citar algunos, al acceso preferente a los recursos naturales de los pueblos y las comunidades indígenas en relación con el aprovechamiento de hidrocarburos, tanto en sede interna como internacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol (2011), “La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales. Caso Cucapá”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. y ANGLÉS HERNÁNDEZ, M.

- (coords.), *Primera Memoria del Seminario itinerante internacional “La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (2014a), “El derecho al desarrollo y a los recursos naturales de los pueblos originarios de México en un contexto de discriminación y exclusión”, en *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México Actual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (2014b), “Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIV.
- BAUMAN, Zygmunt (2010), *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica.
- BIEBRICH TORRES, Carlos Armando y SPÍNDOLA YÁÑEZ, Alejandro (2009), *Diccionario de la Constitución Mexicana*, México, H. Cámara de Diputados, LX Legislatura-Instituto Mexicano de Estrategias-Miguel Ángel Porrúa.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime (2014), *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CDI (2013), *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, documento aprobado por el pleno de la Asamblea del Consejo Consultivo de la CDI en la XXXIII sesión ordinaria, México, Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- CORTE IDH (2001), *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo), Awas Tingni vs. Nicaragua*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto.
- (2007), *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre, serie C, núm. 172.
- COMISIÓN IDH, 2009, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, doc. 56/09.
- CPEUM, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, reformas del 28 de enero de 1992; del 14 de agosto de 2001, y del 9 de diciembre de 2005.

- Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 10 de junio de 2011.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, “Orden público y autonomía de la voluntad”, en SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (coord.) (2011), *Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su Centenario*, México, El Derecho Civil Integral, A. C.-UNAM, Facultad de Derecho.
- ECD (2007), *Estrategia de Conservación para el Desarrollo, 2007-2012*, México, Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas.
- FLORESCANO, Enrique (1997), *Etnia, Estado y nación. Ensayo sobre las identidades colectivas de México*, México, Nuevo Siglo Aguilar.
- HARVEY, David (2003), *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal.
- HERREÑO HERNÁNDEZ, Ángel Libardo (2009), *Derecho al desarrollo. Módulo 2*, Quito, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.
- JULIÁN SANTIAGO, José Juan (2011), *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas. La importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*, México, ONU-DH México.
- Ley General de Desarrollo Social, *Diario Oficial de la Federación*, México, reformas del 1o. de junio de 2012.
- Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014.
- Ley de la Industria Eléctrica, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de agosto de 2014.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (2002), “Reforma constitucional y derechos indígenas en México: entre el consenso y la ilegitimidad”, en ESPINOZA SAUCEDA, Guadalupe *et al.* (coords.), *Los derechos indígenas y la reforma constitucional en México*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, A. C.-Redez, Ediciones Casa Vieja-Ce-Acatl, A. C.
- LÓPEZ RAMÍREZ, Eduardo (1994), “El México indígena de fin de siglo. Elementos para una cultura indigenista”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, México, año 2, núm. 7.
- MACHADO ARÁOZ, Horacio (2011), “El auge de la minería transnacional en América Latina. De la ecología política del neoliberalismo a la anatomía política del colonialismo”, en ALIMONDA, Héctor (coord.), *La naturaleza co-*

lonizada. Ecología política y minería en América Latina, Buenos Aires, CICCUS-CLACSO.

MARX, Karl (2006), *El capital*, México, Siglo XXI Editores, t. I: *El proceso de producción del capital*.

MOLINA RIVERO, Ramiro (2011), “Los derechos individuales y colectivos en el marco del pluralismo jurídico en Bolivia”, en CÓNDOR, Eddie (ed.), *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, La Paz, Konrad Adenauer Stiftung.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (2003), *El espíritu de las leyes*, libro VIII, Madrid, Alianza.

NACIONES UNIDAS (2003), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión*, Nueva York, Consejo Económico y Social, 21 de enero, E/CN.4/2003/90.

——— (2004), *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Ecuador. 07/06/2004*, Nueva York, Consejo Económico y Social, 7 de junio, E/C.12/1/Add.100.

——— (2005), *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*, Nueva York, Consejo Económico y Social, E/C.19/2005/3.

——— (2007), *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Nueva York, Asamblea General, Resolución 61/295.

OIT (2005), *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

——— (2007), *Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 2a. ed., Lima, Organización Internacional del Trabajo- Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

PÉREZ RODRÍGUEZ, Teresa del Socorro (2007), “La globalización totalitaria de Estados Unidos y Europa. ¿Emerge un proyecto alternativo?”, en OROZCO, José Luis (coord.), *¿Hacia una globalización totalitaria?*, México, Fontamara.

PNUD (2010), *Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas en México. El reto de la desigualdad de oportunidades*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012), *Interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar*, Madrid, Syntagma-Iustel.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2009), *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.
- SECRETARÍA DE ECONOMÍA (2015), *Tratados y acuerdos firmados por México*, México, Secretaría de Economía, en <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/tlc-acuerdos>.
- SUBCOMANDANTE MARCOS (1999), “El neoliberalismo: enemigo de la tierra, de la historia y de la cultura”, en VEGA Cantor, Renán (ed.), *Marx y el siglo XXI. Una defensa de la historia y el socialismo*, 2a. ed., Bogotá, Pensamiento Crítico-Antropos.