



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 28, enero-junio 2013

LA MINERÍA EN MÉXICO: DESPOJO A LA NACIÓN

THE MINING INDUSTRY IN MEXICO: THE DISPOSSESSION OF THE NATION

Jaime CÁRDENAS*

RESUMEN: El artículo expone los problemas económicos, sociales y ecológicos de la minería en México. Explica previamente los antecedentes constitucionales, convencionales y legales de la minería, desde la época de la colonia a nuestros días. Existe una crítica a la ley minera vigente que data de 1992, porque a juicio del autor, ese marco jurídico, además de poseer diversos vicios de inconstitucionalidad propicia violaciones a los derechos fundamentales de pueblos y ciudadanos que se manifiestan en diversos conflictos sociales y en infracciones a los principios económicos de la Constitución que promueven la privación de los recursos del subsuelo en detrimento de la República. Al final del trabajo se proponen las conclusiones, las que pretenden una reforma al marco jurídico vigente de la minería en México. El autor sostiene que de no modificarse el marco jurídico, el status quo continuará, y con ello, el despojo a la nación en sus vertientes de afectación a los pueblos indígenas, a la hacienda pública, a la ecología, a los derechos de los trabajadores mineros y, al patrimonio de la nación, pues los beneficios por la extracción de minerales se transfieren fundamentalmente a empresas extranjeras a cambio de casi nada.

Palabras clave: minería, derecho minero, Ley Minera, daños ecológicos, conflictos sociales, violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, menoscabo a los derechos de los trabajadores, y patrimonio nacional.

ABSTRACT: The essay exposes the economic, social and ecological problems related with the mining industry in Mexico. Previously, it explains the historical constitutional and conventional background and also the legal precedents since de colonial time until our days. There is a criticism about the current mining law which was issue in 1992, because the author consider that this legal frame has constitutional vices and cause human rights violations to the citizens and to the people. The violations show up in several social conflicts and in the deprivation of the natural sources of the subsoil against the economic principles established in the constitution and also against the Republic. At the end of this essay, as a conclusion, there is a proposal to reform the legal frame of the mining industry in Mexico. The author sustain if the legal frame does not modify the current situation and the Nation dispossession will continue and result in native people affectation, public treasure and ecology affectation. The rights of the mining workers and Nation patrimony decrease because the benefits obtain of the mineral extraction are for the transnational companies and Mexico and the Mexicans are not compensating and receive almost nothing.

Descriptors: mining, mining law, ecological damages, social conflicts, indigenous people rights violations, workers rights, nation patrimony.

* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Este trabajo tiene el objetivo de proponer una nueva legislación minera de carácter integral, porque el vigente marco jurídico, así como su aplicación por parte de las autoridades competentes, violenta los principios constitucionales de los artículos 25, 26, 27 y 28 de la carta magna.¹ La minería en México es una actividad que, por sí misma y transversalmente, tiene que ver con muchos asuntos que impactan la realidad nacional y el marco jurídico referente a esta materia —los magros ingresos de la hacienda pública federal por concepto de concesiones mineras; los derechos de los pueblos y de las comunidades indígenas, los derechos agrarios de los ejidos y de las comunidades agrarias que son infringidos permanentemente por las industrias mineras y las autoridades, debido, en principio, a la violación persistente del derecho a la consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT; el daño causado al medio ambiente por las nuevas técnicas de explotación como la minería a cielo abierto; los derechos laborales, que no son satisfechos por los concesionarios ni por las autoridades, de los mineros; entre otros delicados aspectos—. El ensayo apuesta por establecer un nuevo marco jurídico secundario minero, después de analizar el contexto de la minería nacional, esto es, los problemas hacendarios, sociales, medioambientales y propiamente constitucionales que propician la legislación secundaria vigente y su aplicación.

La regulación jurídica de la minería en México permite una inversión extranjera del 100% tal como se desprende de la Ley de Inversiones Extranjeras —que también se comenta en este trabajo—, lo que demuestra que el Estado no ejerce su rectoría económica según lo planteado en el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución, pues la minería, a pesar de ser una actividad prioritaria y, con respecto a algunos minerales, estratégica, no ve que los frutos de su riqueza beneficien a la población —ni benefician a las generaciones presentes ni pretenden favorecer a las futuras—. Las empresas mineras extranjeras y las empresas nacionales pagan al erario, por concepto de derechos, según datos de la Auditoría Superior de la Federación,² cantidades simbólicas: las contribuciones no se cobran en función de los minerales extraídos, sino por las hectáreas de tierra concesionadas —más de la cuarta parte del territorio nacional está concesionada a empresas mineras—. Por

¹ En las conclusiones de este ensayo, particularmente en la última, se exponen los elementos de ese nuevo marco jurídico.

² Auditoría Superior de la Federación, Informe de resultados de la cuenta pública 2010, Auditoría Financiera y de Cumplimiento 10-0-10100-02-0809, pp. 19 y ss.

eso, en este ensayo hablamos de un despojo que debe entenderse como la riqueza o los beneficios que perdemos los mexicanos, porque ni el Estado ni la nación reciben las contribuciones o los beneficios adecuados o justos por los minerales extraídos, a causa del actual sistema de concesiones mineras y las disposiciones de la Ley Federal de Derechos. Reitero: despojo aquí significa la riqueza que perdemos los mexicanos —de ésta y de futuras generaciones—, las cuales, al no ser recibidas, no pueden destinarse a la garantía plena de los derechos económicos, sociales y culturales que se articulan mediante el gasto social, ni a las obras de infraestructura para el beneficio público.

Este artículo apoya su argumentación en los principios del llamado capítulo económico de la Constitución. Según los párrafos tercero, cuarto y sexto del artículo 27 constitucional, el Estado: 1) debe “regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de la población rural y urbana” (párrafo tercero del artículo 27); 2) tiene el dominio directo sobre todos los recursos minerales (párrafo cuarto del artículo 27); 3) posee el dominio inalienable e imprescriptible sobre los recursos mineros (párrafo sexto del artículo 27); 4) ejerce la rectoría económica para que el desarrollo nacional sea integral y sustentable, se fortalezcan la soberanía de la nación y su régimen democrático, se fomente el crecimiento económico y del empleo, y, de este modo, pueda existir una más justa distribución de la riqueza que permita el ejercicio de la libertad y dignidad de las personas (artículo 25 constitucional); 5) planea, conduce, coordina y orienta toda la actividad económica nacional (artículo 25 de la Constitución); 6) se apoya en los criterios de equidad social y productividad que fundamentan la actividad del sector privado y social, éstos se someten al interés público, al beneficio general y a la conservación del medio ambiente (artículo 25 de la Constitución); 7) “organiza un sistema de planeación democrática [...] para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación” (artículo 26 de la Constitución); 8) está facultado para el otorgamiento de concesiones que atiendan a la utilización social de los bienes (artículo 28 de la Constitución), y 9) puede otorgar subsidios a las actividades prioritarias, siempre que no afecten las finanzas de la nación (artículo 28 de la Constitución).

La mayoría de los principios constitucionales antes mencionados son infringidos y, en otras ocasiones, olvidados por la legislación minera y sus actos de aplicación, según se expone en este ensayo. Argumentaremos aquí que la industria minera —nacional y extranjera— no se orienta en beneficio de la nación. Por eso, proponemos una nueva legislación minera que garantice, entre otras normas, los principios constitucionales del capítulo económico de nuestra carta magna, así como los tratados internacionales que garantizan los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades agrarias a la consulta.

La nación es un concepto constitucional que, entre otros apartados de nuestra ley suprema, se encuentra recogido en los artículos 25, 26, 27, 28 y 51. ¿Qué es la nación? Podemos decir que equivale a la población, uno de los elementos del Estado, o también, con Gomes Canotilho, que es la comunidad pluralista de un Estado integrada por individuos, asociaciones y diversos grupos convergentes y conflictuales, la cual conforma las generaciones presentes y las del futuro.³ La nación, en todo caso, se refiere al pueblo, que tiene la soberanía y que determina la forma de gobierno y de Estado. La nación y sus integrantes, presentes y futuros, son los que deben recibir los beneficios de las riquezas minerales como lo establece el artículo 27 de la Constitución y el resto de los principios del capítulo económico de nuestra ley fundamental.

La defensa de las riquezas minerales del subsuelo es parte de la defensa de la soberanía. Como dice Marienhoff, el derecho de la nación concierne a las riquezas que se encuentran en el territorio del Estado es "... un poder supremo sobre el territorio; vinculase a él la noción de soberanía [...]".⁴ Soberanía significa el poder que tiene la nación a través del Estado y por conducto de los organismos públicos —según los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución— para emplear las riquezas minerales en beneficio propio y para el desarrollo equitativo, sustentable y armónico de sus habitantes presentes y futuros. Por lo tanto, exigir una legislación minera con normas y fines orientados en beneficio de la nación es un ejercicio de soberanía, porque las generaciones de ahora y del futuro tienen el derecho

³ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 71 y 72.

⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editorial Argentina, 1960, p. 37.

de reclamar que el Estado explote las riquezas minerales en su beneficio y no en el de empresas nacionales o extranjeras.

Las abundantes referencias históricas y constitucionales contenidas en este ensayo son para demostrar que, desde su independencia, la nación, por conducto del Estado, ha tenido el dominio eminente sobre su patrimonio mineral —salvo en algunos años del Porfiriato—, y para señalar que a causa de la entrega de las riquezas a particulares nacionales y extranjeros durante el gobierno de Manuel González y el de Díaz, y como una manera de reaccionar ante este hecho, el constituyente de Querétaro y el poder revisor de nuestra Constitución han querido que la nación sea la propietaria de esas riquezas para que las explote en su beneficio. La vigente legislación minera de 1992 no sólo se aparta de los principios constitucionales del capítulo económico de nuestro texto fundamental, sino también de la historia jurídica y constitucional de México, además de violentar los derechos fundamentales contemplados en tratados internacionales ratificados por México, de provocar conflictos sociales y de dañar gravemente al medio ambiente.

En este ensayo argumentamos cómo el marco jurídico secundario que regula la minería —no sólo la ley minera, sino también la ley de inversiones extranjeras o la ley federal de derechos— se aparta de la Constitución, y cómo otras disposiciones, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT o la legislación medio ambiental, no son aplicadas plenamente por las autoridades del Estado; esto con la intención de beneficiar a los inversionistas nacionales y extranjeros de la minería, y en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas, de las comunidades agrarias y de los mexicanos en general. Ése es el enfoque teórico que nos ánima para proponer las variables de una nueva legislación minera de carácter integral.

Durante los últimos años, la minería ha sido motivo de múltiples debates constitucionales y políticos en nuestro país. El nivel de participación extranjera en este sector es alarmante: empresas canadienses, estadounidenses, australianas, inglesas, japonesas y de otros países, obtienen amplios beneficios por la extracción de minerales del subsuelo patrio, en tanto que la hacienda pública nacional, como ya se dijo, apenas recibe recursos por estas actividades. Las empresas mineras, tanto nacionales como extranjeras, en sus tareas productivas, violentan los derechos fundamentales, principalmente los de las comunidades indígenas y los de los núcleos agrarios: con sus acciones provocan conflictos sociales cruentos e incruentos. El medio ambiente se ve afectado por la minería a cielo abierto y por el alto consumo

de agua que demanda la explotación de los minerales. Los derechos de los trabajadores mineros son relativizados o, por completo, menoscabados, y los hechos prueban que el empleo técnico y de calidad que generan las minas no es para los mexicanos, sino para técnicos y profesionistas extranjeros. La ley minera de 1992 es parte del problema, porque fue diseñada para favorecer al capital nacional y al extranjero en detrimento de los derechos fundamentales de los mexicanos y de los principios económicos de nuestra Constitución.

Los accidentes en las minas, que cobran las vidas de los trabajadores, quienes carecen de derechos laborales y de seguridad social,⁵ son responsabilidad de las empresas y del gobierno, como lo demuestran los acontecimientos de la mina Pasta de Conchos y los demás “pocitos” de carbón en el estado de Coahuila. En últimas fechas, los medios de comunicación han desvelado la corrupción en la industria minera nacional y el influjo del crimen organizado en la explotación de minas en el norte del país.⁶ La actividad minera en México, a la luz de la legislación secundaria, es un problema constitucional, porque infringe la carta magna; es, asimismo, un asunto de seguridad nacional desatendido por el Estado, porque las riquezas del subsuelo son parte del territorio nacional: la ley de seguridad nacional indica en su artículo 3o. que es parte del concepto de seguridad nacional la defensa plena y total del territorio y sus recursos.

Este artículo se escribe, adicionalmente de lo antes señalado, para llamar la atención sobre un asunto que no puede pasar desapercibido para los mexicanos: urge una nueva ley minera que sea consecuente con el orden constitucional, el medio ambiente, los derechos de los trabajadores, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de los núcleos agrarios y con las finanzas públicas del país. Además, debemos empezar a estudiar estos temas desde una visión geoestratégica, pues los recursos mineros que los países desarrollados obtienen de nuestra patria no sólo se destinan al ornato o a la producción industrial, sino que son empleados, principalmente, en la industria militar de las grandes potencias.

⁵ En la reciente reforma a la ley federal del trabajo de 2012 se eliminó, en la Cámara de Diputados, la propuesta de modificación del ejecutivo para prohibir la explotación de carbón en tiros verticales —los llamados pocitos— (artículo 343-A de la iniciativa de reforma a la ley federal del trabajo).

⁶ Rodríguez García, Arturo, “Los pocitos, negocio de políticos, empresarios...y zetas”, *Revista Proceso*, México, núm. 1880, 11 de noviembre de 2012.

Recientemente, en el “Pacto por México”, los tres partidos mayoritarios —PRI, PAN y PRD— junto con el gobierno de Peña Nieto, manifestaron su interés por aprobar una nueva ley minera. Sin embargo, el contenido de las propuestas sobre este tema parece insuficiente, por ejemplo, pretenden aumentar las contribuciones fiscales a la explotación minera, pero no señalan sobre qué parámetros se hará o en qué proporción. Asimismo, el “Pacto por México” indica que una parte de las contribuciones recaudadas por el Estado mexicano será destinada a los estados y municipios en donde se encuentren las explotaciones mineras, aunque, nuevamente, no señala el porcentaje respectivo. El acuerdo también se refiere a los derechos de los trabajadores de las minas de tiro vertical, pero no dice nada con respecto a la minería a cielo abierto. Finalmente, la propuesta aduce que se respetarán los derechos de los pueblos, las comunidades y los núcleos agrarios, sin precisar de qué forma se realizará ese propósito.⁷

Es evidente que el “Pacto por México” es ineficaz ante la gravedad de los problemas. Tal como se destaca en este ensayo, la revisión debe ser integral y debe cubrir al menos los siguientes aspectos: 1) la reducción de la inversión extranjera en el ámbito minero; 2) el aumento sustancial en el cobro de derechos a los concesionarios, que deben fijarse tomando como base los volúmenes del mineral extraído; 3) el respeto irrestricto del derecho de consulta que tienen los pueblos, las comunidades y los núcleos agrarios, conforme lo señalan la Convención 169 de la OIT y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 4) la prohibición de la minería a cielo abierto y de las minas de carbón de tiro vertical; 5) el pleno respeto, promoción y garantía de los derechos de los trabajadores mineros; 6) la derogación del principio previsto en el artículo 6o. de la ley vigente, que considera primordial a la actividad minera sobre cualquier otra actividad productiva de los pueblos, las comunidades, los núcleos ejidales y del propio Estado; 7) el incremento de los requisitos para la obtención de

⁷ El compromiso 61 del “Pacto por México”—firmado el 2 de diciembre de 2012— señala: “Se expedirá una nueva Ley para la Explotación Minera que revise el esquema de concesiones y pagos de derechos federales vinculados a la producción. Los recursos emanados de estos derechos se aplicarán prioritariamente en beneficio directo de los municipios y comunidades donde se establezcan las explotaciones mineras. Se llevarán a cabo mecanismos de concertación para respetar las tradiciones y la cohesión social de las comunidades en cuestión. Se prohibirá la explotación minera del carbón mediante tiros verticales, en tanto no se garantice la plena seguridad de los trabajadores mineros que eviten las tragedias que han sucedido en este sector”.

una concesión minera; 8) la prohibición de las prórrogas automáticas en las concesiones mineras; 9) la disminución del tiempo de las concesiones; 10) el incremento de causales que anulen, suspendan, cancelen y sancionen a los concesionarios mineros que violenten los principios constitucionales y los derechos fundamentales de los mexicanos, y 11) lo más importante, poner el interés de la nación por encima de los intereses privados de las empresas mineras.

I. LOS ANTECEDENTES, LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LOS CONVENCIONALES

México ha sido, histórica y tradicionalmente, un país minero.⁸ En los tres siglos de la colonia y hasta antes del Porfiriato rigieron en el territorio nacional leyes sobre la minería expedidas en España, entre las que destacan las Ordenanzas de Minería de Aranjuez, aprobadas por el rey Carlos III el 22 de mayo de 1783;⁹ en ellas se estableció que el monarca tenía la propiedad y el dominio eminente sobre las minas de oro y plata, las piedras preciosas, el cobre, el estaño, el plomo, el mercurio, el cadmio, el bismuto, la sal gema, las sustancias bituminosas y los jugos de la tierra. El dominio eminente entrañaba que la Corona no cedía su propiedad radical y directa sobre esos recursos, que mantenía su dominio sobre ellos en primera y última instancia, y, en tal virtud, se reservaba el derecho de darlos en concesión o merced a los particulares. Los propietarios del suelo no eran propietarios del subsuelo y requerían de la autorización de la Corona para explotar las riquezas minerales y los jugos de la tierra. La Corona, por otro lado, podía cancelar las autorizaciones de concesión.

El significado de los derechos de propiedad de la nación sobre las riquezas minerales debe referirse a la noción de dominio eminente. Este concepto es definido por Marienhoff como: “[...] un poder supremo sobre el territorio; vinculase a él la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo, o de la propiedad de los par-

⁸ Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique, “Derecho minero”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. III, México, UNAM-Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, pp. 324-327.

⁹ Sobre los fundamentos histórico-constitucionales véase Cárdenas Gracia, Jaime, *En defensa del petróleo*, México, UNAM, 2009, pp. 11-14 y 178-179.

ticulares o administrados".¹⁰ El derecho de la Corona española sobre el oro, la plata, las piedras preciosas, los minerales metálicos y los no metálicos, los bitúmenes o jugos de la tierra y otros fósiles cualesquiera de las colonias de la América hispana se fundó en el principio de dominio eminente que data desde las Bulas de 1493 del Papa Alejandro VI. Ese principio sobrevivió a la Independencia y llegó hasta el Código de Minería expedido el 22 de noviembre de 1884, durante la presidencia de Manuel González, que renunció al dominio eminente para determinar en el artículo 1o. que el propietario del suelo lo era también del subsuelo. No obstante, el dominio eminente fue restituido por el constituyente de Querétaro en el artículo 27 constitucional, tal como Pastor Rouaix lo señaló.¹¹ El dominio eminente define al poder del Estado sobre su territorio e impide que cualquier otro poder externo o interno lo vulnere. En pocas palabras, el dominio eminente equivale a la soberanía.

Del principio de dominio eminente se desprende el principio de propiedad originaria, consagrado en el primer párrafo del artículo 27 constitucional. La propiedad originaria corresponde a la nación, que tiene el derecho de transmitir este dominio a los particulares, e imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como, regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Del dominio eminente se deriva, también, el dominio directo de la nación, el cual no es sujeto de apropiación por parte de los particulares, sobre los recursos del subsuelo —entre otros, los minerales—, como postula el párrafo cuarto del artículo 27 de la Constitución.¹² Asimismo, se desprenden del dominio eminente los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio nacional, a los que alude el párrafo 6o. del artículo 27 constitucional. Todos esos principios tienen como propósito salvaguardar el territorio nacional, sus riquezas naturales y las del subsuelo, en beneficio de la sociedad, donde la participación de los particulares, de estar permitida en algunos rubros, siempre debe ser limitada, restringida y no puede orientarse exclusivamente por el lucro ni por la economía de mercado.

Con la Independencia de México, el Estado español transmitió a la nación mexicana todos los derechos soberanos del Rey de España, al igual que el

¹⁰ Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 37.

¹¹ Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, México, Comisión Nacional Editorial del CEN del PRI, 1984, pp. 135-141.

¹² Morineau, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 200.

dominio eminente sobre las riquezas del subsuelo, tal como se asentó en el párrafo 12 del Tratado de Córdoba, firmado por Agustín de Iturbide y Juan O' Donojú el 24 de agosto de 1821, y en el Tratado de Paz entre México y España suscrito el 22 de diciembre de 1836. El dominio eminente de la nación mexicana sobre los recursos del subsuelo prevaleció hasta el Código de Minas, que entró en vigencia el 22 de noviembre de 1884. El artículo 10 de ese código señalaba:

Son de la exclusiva propiedad del dueño del suelo, quien por lo mismo, sin necesidad de denuncia ni de adjudicación especial, podrá explotar y aprovechar:[...] IV. Las sales que existan en la superficie, las aguas puras y saladas, superficies o subterráneas, el petróleo y los manantiales gaseosos o de aguas termales y medicinales [...].

Porfirio Díaz derogó, el 4 de julio de 1892, el Código de Minas de 1884 por una nueva legislación minera. El artículo 4o. de ese nuevo ordenamiento dispuso: “El dueño del subsuelo explotará libremente, sin necesidad de concesión especial en ningún caso, las substancias minerales siguientes: los combustibles minerales, los aceites y aguas minerales... la producción minera legalmente adquirida, y la que en lo sucesivo se adquiera con arreglo a esta ley será irrevocable y perpetúa”.

Es claro que el gobierno de Porfirio Díaz renunció, en favor de los particulares —principalmente extranjeros—, a los derechos inalienables e imprescriptibles de la nación mexicana, y se violentó el principio jurídico del dominio directo sobre los minerales, para facultar que los gobiernos pudieran convertir en propiedad privada el dominio eminente de la nación.

Después de la legislación minera de 1892, Porfirio Díaz promulgó y publicó una ley aún más nociva para los intereses de la nación: la ley minera del 25 de noviembre de 1909, que hacía constar, por una parte, que los minerales eran bienes del dominio directo de la nación, y, por otra, de manera totalmente contradictoria, indicaba que los minerales eran de la propiedad exclusiva del dueño. La diferencia principal con la legislación minera porfirista previa estribaba en que esta última ley confería la propiedad exclusiva de los minerales al dueño, mientras que la anterior sólo establecía la posibilidad de libre explotación por el dueño.¹³

¹³ Rouaix, Pastor, *op. cit.*, p. 141.

Las reacciones a la legislación minera del período de Porfirio Díaz fueron las reformas constitucionales al artículo 27 y al capítulo económico (artículos 25, 26 y 28), así como el establecimiento de las facultades del Congreso de la Unión para legislar en materia de minería; entre otras normas constitucionales, convencionales y legales. Los principios constitucionales del artículo 27 de la carta magna, en materia de minería, se encuentran principalmente en los párrafos tercero, cuarto y sexto; éstos consagran los siguientes principios:

1. [...] El de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana” (párrafo tercero del artículo 27);
2. El dominio directo de la nación sobre todos los recursos minerales (párrafo cuarto del artículo 27 constitucional);
3. El dominio de la nación sobre los recursos mineros es inalienable e imprescriptible, y la explotación, uso o aprovechamiento de esos recursos se realizará por particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, a través de concesiones (párrafo sexto del 27);
4. Las obras o trabajos de explotación de los minerales se efectuarán a partir de la vigencia de las concesiones —no desde su otorgamiento—, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de las concesiones (párrafo sexto del artículo 27); y
5. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas” (párrafo sexto del artículo 27).

En la reforma al capítulo económico de la Constitución, principalmente a los artículos 25, 26 y 28, encontramos otros principios fundamentales para nuestra materia;¹⁴ en el artículo 25, los siguientes:

1. El Estado ostenta la rectoría económica para que el desarrollo nacional sea integral y sustentable, se fortalezcan la soberanía de

¹⁴ Witker, Jorge, *Derecho económico*, México, Harla, 1985.

- la nación y su régimen democrático, se fomente el crecimiento económico y el del empleo, exista una más justa distribución de la riqueza y, así, se permita un ejercicio mayor de la libertad y dignidad de las personas;¹⁵
2. El Estado planea, conduce, coordina y orienta toda la actividad económica nacional;
 3. Al desarrollo económico, con responsabilidad social, concurren el sector público, privado y social;
 4. Los criterios de equidad social y productividad son base para amparar a las compañías del sector privado y el social, las cuales deben corresponder al interés público, al beneficio general y a la conservación del medio ambiente, y
 5. Las leyes promoverán al sector social.

El artículo 26 de la Constitución alude, a su vez, a los siguientes principios:

1. El Estado organiza un sistema de planeación democrática para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación; y
2. Los fines de la planeación democrática del Estado son los mismos fines previstos en la Constitución.

El artículo 28 de la Constitución se refiere, en esta materia, a los siguientes principios:

1. La prohibición de los monopolios;
2. No constituye un monopolio, y es parte de las actividades estratégicas o exclusivas de la nación, la explotación de los minerales radioactivos y la generación de energía nuclear;
3. El otorgamiento de concesiones atenderá a la utilización social de los bienes, y
4. El otorgamiento de subsidios a las actividades prioritarias no debe afectar a las finanzas de la nación.

¹⁵ Un estudio puntual sobre las reformas constitucionales de 1983 al llamado capítulo económico de la carta magna se encuentra en: María de la Luz Mijangos, *Rectoría económica en el marco constitucional*, México, Universidad Iberoamericana, tesis de licenciatura, 1985.

De acuerdo con el artículo 73 fracción X de la Constitución, es competencia exclusiva del Congreso de la Unión legislar en materia de minería.

Además de los anteriores principios constitucionales, encontramos otros que tienen relación directa con las explotaciones mineras: el artículo 2o. garantiza a las comunidades indígenas el derecho a preservar la integridad de sus tierras y establecer, de manera autónoma, sus propios mecanismos para el aprovechamiento de sus recursos naturales, así como, proteger su identidad y su cultura, y el derecho a ser consultados en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo; el artículo 4o. de la Constitución garantiza los derechos a la alimentación, al medio ambiente sano para el desarrollo y el bienestar personal, y el derecho al agua; el artículo 27, fracciones VII y XX, reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y protege su posesión sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para sus actividades productivas, e igualmente, obliga al Estado a promover el desarrollo rural integral.

En esta materia, el derecho internacional de los derechos humanos está guiado por los principios constitucionales a los que nos hemos referido. Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen, en sendos artículos primeros, que para el logro de sus fines todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que a ningún pueblo se le puede privar de sus medios de subsistencia; esto significa, como dicen y explican los profesores Fernández Ruíz, Márquez, Ovalle Favela y Sánchez Castañeda, que los intereses de la nación y de la colectividad prevalecen sobre los intereses individuales, y cualquier acto de explotación de esos recursos debe orientarse hacia los fines sociales.¹⁶ En el mismo sentido, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986, postula en el párrafo segundo de su artículo 1o. que “El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos

¹⁶ Fernández Ruíz, Jorge *et al.*, *El marco constitucional de la industria petrolera*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Documento de trabajo número 111, Derecho constitucional, mayo 2008, p. 7.

Internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.¹⁷

Adicionalmente, cabe destacar los siguientes instrumentos: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989; y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la prohibición general del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro en la Unión Europea emitida el 5 de mayo de 2010.

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece, entre otros, los siguientes derechos:

- a) A participar en las cuestiones que afecten a sus derechos de conformidad, con sus propios procedimientos e instituciones (artículo 18).
- b) Los Estados deberán celebrar consultas y cooperarán de buena fe, por medio de sus instituciones representativas, con los pueblos indígenas interesados, con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (artículo 19).
- c) A mantener y desarrollar sus sistemas e instituciones políticas, económicas y sociales; a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo; y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo (artículo 20).
- d) A mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado y utilizado de otra forma, y a asumir las responsabilidades que, a ese respecto, les incumben para con las generaciones venideras (artículo 25).
- e) A poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, los territorios y los recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional o de otra forma nativa de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territo-

¹⁷ Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, México, UNAM, 2004.

rios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (artículo 26).

- f) A la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 29).
- g) A determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por conducto de sus propias instituciones representativas, con el fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (artículo 32).

El 27 de junio de 1989, la 76a. Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fue ratificado por la Cámara de Senadores el 11 de julio de 1990, y contemplaba los siguientes derechos en favor de los pueblos indígenas:

- a) A ser consultados¹⁸ por los gobiernos mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones represen-

¹⁸ En la resolución del 27 de junio de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la Corte señaló el alcance del derecho de consulta: debe tener carácter previo, debe ser de buena fe, su finalidad debe ser la de llegar a un acuerdo, debe ser adecuada y accesible, debe tomar en cuenta el impacto ambiental y la cultura indígena en cuestión, y debe ser una consulta informada que respete el resto de los derechos fundamentales.

- tativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente (artículo 6o.).
- b) A decidir sus propias prioridades con respecto al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, sus creencias, sus instituciones, su bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; y a 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 (artículo 7o.).
 - c) A que el Estado proteja, especialmente, su derecho sobre los recursos naturales existentes en sus tierras. Este principio comprende el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15).
 - d) A que el Estado los consulte antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, con el fin de determinar si sus intereses serán perjudicados, y en qué medida. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15).

En otras latitudes y, a manera de ejemplo, menciono que el Parlamento Europeo para la Unión Europea ha emitido resoluciones para prohibir el uso de las tecnologías mineras a base de cianuro. Ése es el camino que en México debiéramos seguir.¹⁹

¹⁹ El 5 de mayo de 2010, el Parlamento Europeo emitió una Resolución sobre la prohibición general del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro en la Unión Europea, en la que se establece lo siguiente: *a)* El cianuro es una sustancia química altamente tóxica utilizada en la minería del oro que está considerado como uno de los principales contaminantes y su uso puede tener un impacto catastrófico e irreversible en la salud humana y el medio ambiente y, por ende, en la diversidad biológica; *b)* El uso de cianuro en minería crea poco empleo y sólo por un periodo de entre ocho y dieciséis años, pero puede provocar enormes daños ecológicos que, por lo general, no son reparados por las empresas explotadoras responsables, que suelen desaparecer o declararse en quiebra, sino por el estado, es decir, por los contribuyentes. Los proyectos mineros de gran escala que emplean cianuro utilizan varios millones de kilogramos de cianuro de sodio al año y un

Finalmente, no puede pasarse por alto la definición legal que se contempla en el artículo 3o. de la Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de abril de 2005, en donde, en su fracción II, se entiende como parte de la seguridad nacional de México, la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio.

No obstante, el marco jurídico anterior —constitucional, convencional y legal— aparenta subordinar la actividad minera privada al dominio eminente de la nación, a la rectoría económica del Estado, al logro de la equidad, a la distribución de la riqueza, al respeto de los pueblos y de las comunidades indígenas, a la conservación y mantenimiento del medio ambiente y a la garantía del acceso humano al agua; mas, en los hechos, se ha guiado —desde el inicio del neoliberalismo— por parámetros que pretenden respaldarse con otras normas jurídicas, particularmente, en la Ley Minera vigente (1992) y en normas convencionales como el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que protege a los inversionistas extranjeros, y prohíbe la nacionalización o la expropiación directa e indirecta de las inversiones; además de se respalda con otros instrumentos defensores de las inversiones extranjeras, por ejemplo, los APPRI (Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones) y el convenio relativo a la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión (MIGA, por sus siglas en inglés), a cargo del Banco Mundial, que blinda jurídicamente a los empresarios extranjeros contra cualquier medida que afecte sus intereses, inclusive la expropiación.²⁰

fallo en su transporte y almacenamiento puede tener consecuencias catastróficas; c) El objetivo de proteger los recursos hídricos y la diversidad biológica de un país sólo puede lograrse mediante una prohibición general del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro; d) Pide a la Comisión que proponga la prohibición completa del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro en la Unión Europea antes de finales de 2011, puesto que es la única forma segura de proteger nuestros recursos hídricos y ecosistemas de la contaminación por cianuro procedente de las actividades mineras, y que, al mismo tiempo, proceda a una evaluación de impacto ordinaria, y d) Pide a la Comisión que proponga una modificación de la legislación vigente sobre la gestión de los residuos de las industrias extractivas, con objeto de exigir que todas las empresas explotadoras estén obligadas a disponer de un seguro para las indemnizaciones por daños y para cubrir todos los gastos de las medidas de reparación destinadas a restaurar el estado ecológico y químico original en caso de accidente o funcionamiento defectuoso.

²⁰ La Multilateral Investment Guarantee Agency se instaure con base en la Convención que Establece la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión; es una aseguradora de inversiones privadas a nivel mundial, tiene su sede en Washington, su membresía está abierta a todos los países miembros del Banco Mundial, posee la función de dar confian-

El marco legal infraconstitucional vigente se opone, como analizaremos a continuación, en muchos aspectos, a los principios constitucionales. En materia de inversiones extranjeras, las anteriores leyes sobre minería disponían lo siguiente: 1) la ley del 6 de febrero de 1961, reglamentaria del artículo 27 constitucional, en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales, obligó a que, al menos, el 51% del capital de las empresas mineras estuviese en manos de mexicanos; y 2) en 1975 la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional, en materia de minería, mantuvo el 51% del capital nacional en sociedades mineras, y, del mismo, dispuso como obligatorio un 66% para participar en determinadas concesiones. Hasta hoy, la Ley de Inversión Extranjera ha eliminado las restricciones de participación del capital extranjero en las actividades mineras: las sociedades mercantiles de carácter minero pueden tener el 100% de capital foráneo con tal de que se constituyan como sociedades mexicanas y manifiesten respetar la cláusula Calvo.²¹

Algunas de las leyes que inciden en la minería, además de la propia ley minera, se han ido reformando para entenderla como una actividad económica de los particulares guiada por la maximización de la riqueza, carente de asideros constitucionales que la orienten hacia el desarrollo económico de la nación, la protección del medio ambiente, el beneficio de los pueblos originarios, la distribución de la riqueza, el bienestar de la población o la rectoría económica del Estado. Entre estas leyes debemos mencionar, principalmente, a la Ley General de Bienes Nacionales, a la Ley Agraria, a la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, a la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, a la Ley

za y confort a la IED, que invierte en países en vías de desarrollo, y se dirige de manera especial a proyectos de desarrollo que sean económica, ecológica y socialmente sustentables. MIGA provee seguro a la inversión para efectos de transferencias de fondos, expropiación y medidas similares, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles; está facultada para que, mediante resolución especial del Consejo, se cubran otros riesgos no comerciales, pero en ningún caso el de devaluación y depreciación de la moneda. Es relevante mencionar que MIGA, al hacer el pago de la prima correspondiente o convenir en su forma de pago, se subroga en los derechos del asegurado, adquiere todos sus derechos y acciones en contra del país anfitrión y otros obligados cualesquiera; Éste es un derecho que le reconocen todos los países miembros. Gómez-Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje Internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006, pp. 111 y 112.

²¹ Véase principalmente el artículo 10A de la Ley de Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993.

de Aguas Nacionales, a la Ley Federal de Derechos, a la Ley de Inversión Extranjera y al Código Civil Federal.

II. LA SIGNIFICACIÓN ECONÓMICA, SOCIAL Y MEDIO AMBIENTAL DE LA MINERÍA EN MÉXICO

De acuerdo con cifras oficiales, al mes mayo de 2010 se habían otorgado 26,559 concesiones mineras que abarcaban una superficie aproximada de 27.1 millones de hectáreas, es decir, el 13.8 % del territorio nacional; sin embargo, de acuerdo a otras cifras aportadas por organizaciones sociales involucradas en la materia, a la fecha, el gobierno federal ha otorgado concesiones mineras sobre más de 56 millones de hectáreas, aproximadamente el 28.58% del territorio continental mexicano.²²

México es ya el 4o. destino más importante para la inversión minera mundial dedicada a la exportación, y el 1o. en América Latina. De los 4,400 millones de dólares invertidos en la minería mexicana en 2010, 2,070 millones procedieron del capital extranjero, de los que 1,952 millones de dólares (94%) provinieron de empresas canadienses; del total de la inversión extranjera en la industria minera nacional, Canadá representa el 72.76%; de las 290 mineras extranjeras en México, 211 son canadienses; de todo el capital canadiense en México, el 44% se concentra en el sector minero.²³

En su conjunto, la industria minera tiene presencia en 26 estados; el mayor número de proyectos se encuentra en Sonora: 202; Chihuahua: 117; Durango: 95; Sinaloa: 84; Zacatecas: 62; Jalisco: 54; Oaxaca: 33, y Guerrero: 33. Un dato que resulta alarmante es que la mayor parte de estos proyectos se ubican en los estados con menos agua del territorio nacional. El norte del país apenas cuenta con el 30% de la disponibilidad del líquido a escala nacional, pero concentra más de cuatrocientos proyectos mineros cuyos procesos de extracción de metales utilizan el agua como recurso principal.

En cuanto a la composición de la producción minera, el oro y la plata —en ese orden— ocupan el 63% de los proyectos de las empresas extranje-

²² López Bárcenas, Francisco y Eslava Galicia, Mayra Montserrat, *El mineral o la vida. Legislación y políticas mineras en México*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, A. C., 2011, p. 28.

²³ Secretaría de Economía, Dirección General de Promoción Minera, Dirección de Promoción de Proyectos, *Diagnóstico de empresas mexicanas con capital extranjero en la industria minera del país*, México, Secretaría de Economía, estadísticas del segundo trimestre de 2012, p. 3.

ras; el cobre, el 12%, y el hierro, el 47.5%. México es la duodécima fuente de oro en el mundo, con reservas aproximadas de 91.4 millones de onzas.

De acuerdo con cifras periodísticas, en México la producción de oro pasó de 35 toneladas en 2006 a 79 toneladas en 2010, esto refleja una tendencia constante a la alza que, de acuerdo al mercado mundial de este metal, se mantendrá durante los próximos años. Datos de la firma Metals Economics Group, citados por la Cámara Minera Mexicana (Camimex) en su reporte 2010, indican que México es el único país productor de oro que ha logrado un crecimiento sostenido en este mercado.²⁴

El vigor de la producción de este metal descansa en el potencial de sólo once minas dispersas por el territorio nacional, las cuales tienen valuado el total de sus reservas de oro, según precios de junio de 2011, en 86 mil millones de dólares; de lo anterior, 83 mil millones de dólares corresponden al valor de las reservas de oro de las minas dirigidas por compañías de Canadá; ocho de estas minas son propiedad de seis empresas canadienses que controlan el 70% de la producción de oro en México. Actualmente, 198 compañías de ese país realizan operaciones de exploración y explotación en el territorio nacional.

Las anteriores cifras dan cuenta del enorme potencial que representa el territorio nacional para las grandes empresas mineras, principalmente canadienses, que operan en el país. Sin embargo, los enormes beneficios que producen en México, y que seguramente continuarán produciendo, no guardan ninguna relación con los beneficios que recibe el país a cambio, ni, mucho menos con los costos medioambientales y sociales ocasionados por sus actividades.

Desde nuestro punto de vista, la legislación minera vigente debe reformarse en al menos tres aspectos para atender a tres grandes problemas nacionales: el primero es el relativo a los exiguos beneficios económicos que la minería reporta a la hacienda pública federal; el segundo, el más importante de todos, es el de los daños que, derivados de la minería, inciden en los derechos colectivos y en el bienestar de los pueblos y comunidades indígenas; y el tercero es el vinculado a la depredación del medio ambiente.

²⁴ Cámara Minera de México, *La industria minera de México*, México, Camimex, 2011, pp. 30-31.

1. *El magro beneficio económico a la hacienda pública nacional*

Por razones económicas y estratégicas (sobre todo geoestratégicas),²⁵ la minería es una actividad que ha gozado en todos los países, principalmente en los últimos años, de un tratamiento privilegiado en materia de regulación jurídica;²⁶ en México su desarrollo se considera, indebidamente, una utilidad pública, por lo que adquiere un carácter preferente que subordina a todas las demás actividades productivas y, por consecuencia, a los derechos e intereses individuales o colectivos de quienes ejercen actividades diversas a la minería.

Son argumentos de índole económica, fundamentalmente, los que se esgrimen para justificar el tratamiento privilegiado del que goza la industria minera en el mundo,²⁷ por ejemplo, la participación de la minería en el Producto Interno Bruto, su aportación de capital externo y la creación de fuentes de empleo. Generalmente, estos argumentos se han aceptado sin mayor discusión, lo que significa que no se cuestionan con suficiencia los beneficios reales que aporta la industria minera a la economía nacional, una vez confrontados con los costos globales derivados de su operación. Un análisis en profundidad del costo-beneficio de la minería obligaría a considerar sus efectos sobre el medio ambiente, la ecología, el agotamiento de recursos naturales, los estilos de vida y las formas de convivencia de las comunidades, las magras contribuciones fiscales que se derivan de la minería y, en general, los elevados costos que conlleva esta industria para un proyecto de desarrollo económico sustentable y de largo plazo como el que establece nuestra Constitución.

Lo anterior demuestra que es necesario revisar a fondo y de manera integral las características que la industria minera presenta en la actualidad: sus costos ambientales, hídricos, energéticos, sociales y culturales, así como su aportación real a la economía, con el objetivo de que sus operaciones

²⁵ Kennedy, Paul (ed.), *Grand Strategies in War and Peace*, New Haven and London, Yale University Press, 1991.

²⁶ Decellis Contreras, Rafael, "Efectos de 23 años de política económica liberal 1982-2005", en Saxe Fernández, John, *La energía en México. Situación y alternativas*, México, Coordinación de Humanidades-UNAM, 2009, pp. 15-31.

²⁷ Hasta en la literatura contemporánea la minería sirve de cruel contexto para elaborar relatos, ya sea en la novela negra o en las historias personales. Véase Franzen, Jonathan, *Libertad*, Barcelona, editorial Salamandra, traducción de Isabel Ferrer, 2011, y Mankell, Henning, *El chino*, México, Tusquets, 2008.

se sujeten a los intereses y necesidades nacionales, no a los de particulares que sólo buscan incrementar desmedidamente el nivel de sus utilidades. Desde un enfoque puramente económico, existen suficientes razones que obligan a reformular las condiciones generales en las que opera la actividad minera en nuestro país, para reorientarla hacia el beneficio del desarrollo nacional, no sólo de un grupo privilegiado de inversionistas que obtienen cuantiosas utilidades con el aprovechamiento prácticamente ilimitado del subsuelo nacional.

De acuerdo con el artículo 263 de la Ley Federal de Derechos, las contribuciones se pagan semestralmente por cada hectárea o fracción concesionada o asignada. Las cuotas, según la ley, son: 1) durante el primer año y segundo año de vigencia, \$5.70; 2) durante el tercero y cuarto año de vigencia, \$8.52; 3) durante el quinto y sexto año de vigencia, \$17.62; 4) durante el séptimo y octavo año de vigencia, \$35.45; 5) durante el noveno y décimo año de vigencia, \$70.88, y 6) a partir del décimo primer año de vigencia, \$124.74.

Según cifras de la Auditoría Superior de la Federación, en el periodo 2005-2010 el valor de la producción minera en México ascendió a 552 millones 422 mil 493.3 pesos y los derechos cobrados fueron solamente 6 millones 543 mil 417.4 pesos, es decir, el 1.2% sobre el valor de la producción minera. Además, el otorgamiento de concesiones es muy flexible, y las vigentes explotaciones mineras no garantizan —a juicio de la Auditoría Superior de la Federación— los derechos e intereses de la nación ni los derechos de los mexicanos. Administrativamente, la Secretaría de Economía y la Dirección General de Minas carecen de competencias suficientes para sancionar a los concesionarios que atentan contra la ley minera.²⁸

Los derechos mencionados anteriormente son ínfimos en relación con las ganancias que obtienen las grandes empresas; asimismo, el objeto gravable no es el mineral extraído o el que está sujeto a beneficio minero, sino la extensión de tierra concesionada. Es evidente, pues, que las finanzas públicas obtienen de la minería magros beneficios.

²⁸ Auditoría Superior de la Federación, Informe de resultados de la cuenta pública 2010, Auditoría Financiera y de Cumplimiento 10-0-10100-02-0809, pp. 19 y ss.

2. *Los conflictos sociales*

La explotación de las minas a cielo abierto se ha implantando en la mayor parte de los proyectos mineros como la modalidad predominante. Esta circunstancia ha vuelto cada vez más frecuentes los conflictos que se suscitan entre los concesionarios y las comunidades agrarias o indígenas propietarias de las tierras que ampara la concesión. Los ejes en torno a los cuales se articula el activismo opositor de las comunidades indígenas y rurales son la defensa de la integridad de sus tierras, la protección de sus recursos naturales (el agua, de manera primordial)²⁹ y la defensa de sus identidades culturales.

De unos años a la fecha, han ocurrido, en todos los estados que cuentan con actividad minera, diversos movimientos sociales que denuncian los abusos y las violaciones a los derechos de los pueblos y las comunidades asentadas en las áreas concesionadas a empresas mineras. Los medios periodísticos dan cuenta, casi todos los días, de las acciones que despliegan estos grupos sociales para impedir que las empresas mineras, al amparo de la concesión otorgada, los despojen de sus tierras, destruyan el entorno físico de su territorio, agoten sus mantos acuíferos y trastoquen de manera irremediable sus costumbres y su forma de vida.³⁰ Los ejemplos sobran, basta mencionar que en los estados de Oaxaca, Zacatecas, San Luis Potosí, Chiapas, Guerrero, Puebla, Chihuahua, entre otros, desde hace tiempo se han organizado amplios grupos de resistencia para defender los recursos naturales de las comunidades y los núcleos agrarios afectados por los proyectos mineros, principalmente canadienses. Esta oleada de movilizaciones sociales, y la evidente legitimidad de las causas que defienden, ponen de relieve la urgencia de revisar el marco regulatorio de la minería, para generar los cambios que permitan procesar sus demandas colectivas por medio de la legalidad democrática y en el marco de los derechos, reconocidos por nuestra Constitución y por el derecho internacional, de las comunidades indígenas y agrarias.

Cuando aludo a los derechos colectivos y a las demandas colectivas de los pueblos y las comunidades para proteger y asegurar sus garantías, me

²⁹ Góngora Pimentel, Genaro David, “Tesis y jurisprudencia en materia de aguas”, en Emilio O. Rabasa y Carol B. Arriaga García (coordinadores), *Agua: Aspectos constitucionales*, México, UNAM, 2008, pp. 53-81.

³⁰ Ramírez, Érika, “Un cuarto del país en poder de mineras extranjeras”, *Revista Contralínea*, México, 22 de enero de 2012.

refiero al fortalecimiento constitucional y legal de las acciones colectivas que prevé el párrafo tercero del artículo 17 de la carta magna, a otras disposiciones legales de carácter secundario que los regulan, y a la posibilidad de, mediante amparos colectivos —que deben ser obviamente regulados en la ley de amparo—, proteger y tutelar, entre otros, los derechos colectivos de los pueblos: derechos económicos, sociales, culturales, identitarios y medioambientales.³¹ Es muy importante que en estos procedimientos los sujetos procesalmente legitimados puedan actuar y reclamar, aunque en algunos casos no tengan un interés jurídico, sino uno legítimo, que bastaría, y, en otros, un interés difuso y hasta simple en aquéllas hipótesis de violaciones graves a los derechos de los pueblos y comunidades.

La respuesta a las demandas que plantean las comunidades y las organizaciones sociales en defensa de sus legítimos derechos a preservar la integridad de sus tierras, de sus aguas y de su medio ambiente, debe proceder de las tareas del legislador, del ejecutivo y de los jueces, antes que del Estado provenga la acción represora, recurso antijurídico y democráticamente inaceptable, que sólo agudiza los conflictos y debilita la legitimidad de los poderes públicos ante la sociedad.

En muchos países del mundo la explotación intensiva de sus reservas minerales les permitió impulsar su proceso de industrialización, pero ello provocó, al mismo tiempo, el agotamiento de sus yacimientos o la incosteabilidad de su explotación debido a la baja ley de sus reservas. Este agotamiento o descenso paulatino de la riqueza de los yacimientos impulsó avances tecnológicos que permitieron que la actividad minera tradicional, orientada a la explotación de vetas subterráneas, con altos requerimientos de mano de obra, se transformara en una minería moderna, enfocada a la explotación a cielo abierto, con mínimos requerimientos de mano de obra, pero con una impresionante capacidad para devastar el entorno en que se practica.

³¹ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)”, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001, pp. 217-237; Antonio Gidí y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008; Joan Oliver Araujo, *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, pp. 270 y ss., y Ángel J. Gómez Montoro, “El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional Español”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, México, 2003, pp. 159-185.

En el caso específico del oro, en 1969 la Oficina de Minas de Estados Unidos propuso el sistema de remojado con cianuro de sodio al aire libre como un método económico para tratar grandes volúmenes de minerales de oro de baja ley.³² Los crecientes costos laborales hicieron que las minas de oro a cielo abierto fueran más competitivas que las minas subterráneas, que requerían grandes cantidades de mano de obra. Así, los bajos costos y la capacidad de procesar cantidades inmensas de material característicos a la nueva técnica, conocida después como *lixiviación de cúmulos*, reanimaron a la industria minera, y la impulsaron a una expansión agresiva dentro y fuera de las fronteras nacionales respectivas sin que importaran los costos sociales.

La conflictividad social no tiene otro motivo que el antagonismo entre los intereses de los concesionarios y los derechos colectivos de las comunidades. Este conflicto de intereses está directamente vinculado con el marco jurídico que regula el otorgamiento de las concesiones y la operación de las empresas, es decir, con lo que establece la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de minería.

En el marco de la ley minera la concesión del titular se convierte en una patente de corso, que le permite someter a cualquier interés o derecho que interfiera con su licencia. Para doblegar la resistencia de las comunidades propietarias de la tierra, el concesionario utiliza los recursos que sean necesarios, como promover la división y el temor entre sus integrantes a través de mecanismos no siempre lícitos, entre otros. Lo más grave es que en la mayoría de estos casos las autoridades respaldan, por acción o por omisión, los intereses de los concesionarios antes que los derechos de las comunidades.

En una reciente nota del periódico *La Jornada*, Fernanda Daz Costa, redactora del informe de Amnistía Internacional “Sacrificar los derechos en nombre del desarrollo”,³³ señala que las empresas mineras, como parte de su estrategia para llevar a cabo sus actividades, dividen a las poblaciones, e incluso recurren a los servicios de empresas de seguridad multinacionales con el fin de crear grupos paramilitares que amedrenten a los opositores y

³² Departamento de Pastoral Social de la Diócesis de San Carlos de Bariloche, *La minería del oro a cielo abierto utilizando la lixiviación con cianuro*, Bariloche, Argentina, 2004, 68 pp.

³³ Tejada, Armando G., “Pueblos indígenas, ‘un estorbo para los intereses comerciales, concluye AI’”, *La Jornada*, viernes 5 de agosto, 2011, p. 18.

sus proyectos, tal como puede constatarse en el amplio número de denuncias e indicios que la organización ha recabado.

En el informe mencionado, Amnistía Internacional formula una severa denuncia contra la sistemática violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, propiciada por una alianza entre empresas y gobiernos; de lo que la organización concluye: los pueblos indígenas se han convertido en un “*estorbo para los intereses comerciales, por lo que los amenazan, los desalojan por la fuerza, los desplazan y hasta los matan en su afán por explotar recursos naturales de las zonas en las que viven*”.³⁴

3. *El daño medioambiental*³⁵

El método de *lixiviación de cúmulos* consiste en acumular el material removido en una gigantesca montaña de miles de toneladas a la que se rocía una solución de cianuro de sodio con el fin de extraer el oro; el uso de esta técnica elevó de manera dramática los porcentajes de recuperación, lo que volvió rentable explotar grandes superficies en donde se localizaran extensos yacimientos de mineral de baja calidad. El método de extracción del oro por *lixiviación con cianuro* substituyó, de manera muy ventajosa, al de amalgamación con mercurio, que se utilizaba anteriormente.³⁶

La mayoría de las operaciones que utilizan el método de lixiviación con cianuro, son práctica de la minería a cielo abierto. Este tipo de explotación conlleva altos impactos ecológicos que, en muchos casos, pueden ser catalogados como desastre ambiental;³⁷ además, puede ocasionar una afectación

³⁴ El informe completo se puede consultar en la siguiente dirección: www.amnesty.org

³⁵ En México existen importantes trabajos sobre el derecho al medio ambiente sano que fundamentan estas reflexiones. Entre otros ver: Nava Escudero, César, *Ciencia, ambiente y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012; Nava Escudero, César, *Estudios ambientales*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, y Nava Escudero, César (ed.), *Legislación ambiental en América del Norte / Environmental Legislation in North America*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

³⁶ Departamento de Pastoral Social de la Diócesis de San Carlos de Bariloche, *op. cit.*

³⁷ Ruiz Caro, Ariela, *Situación y tendencias de la minería aurífera y del mercado internacional del oro*, CEPAL, julio de 2004.

irreversible al entorno físico en el que opera, lo que provocaría inevitablemente la destrucción del equilibrio ecológico de la zona.³⁸

Para hacer accesibles los extensos yacimientos minerales, los modernos equipos de excavación remueven la capa superficial de tierra, y destruyen montañas enteras en cuestión de horas. El resultado es la formación de cráteres gigantescos, que pueden medir más de 150 hectáreas de extensión y más de 500 metros de profundidad. Por otro lado, el uso del cianuro emplea millones de litros de agua para formar la solución con la que se bañan las inmensas montañas de material acumulado, esto implica un uso desmedido de los recursos hídricos que afecta el nivel de los mantos, inclusive puede provocar su agotamiento. Un ejemplo de ello es la operación de la mina a cielo abierto “Bajo la Alumbreira”, ubicada en la provincia argentina de Catamarca, que provocó un descenso de siete metros en el nivel de los mantos freáticos, y dejó sin agua a los pobladores y a los agricultores de la región.³⁹

Innumerables estudios de especialistas en la materia han documentado de manera exhaustiva que ninguna actividad industrial es tan agresiva ambiental, social y culturalmente como la minería a cielo abierto,⁴⁰ pues los efectos de su operación son devastadores: elimina bosques, remueve y destruye suelos, agota y contamina el agua, despoja a ejidos y comunidades de sus tierras, extermina la flora y la fauna nativas, y afecta la salud de los pobladores; en otras palabras, depreda al medio ambiente, y vulnera los derechos de las comunidades y pueblos.⁴¹ Por si fuera poco, las localidades en las que se establecen los enclaves mineros reciben como pago una mísera cantidad de la riqueza que se extrae de las entrañas de sus tierras. Por ello, existe un amplio consenso entre los estudiosos del tema: la minería a cielo abierto genera miseria, contaminación y muerte en los lugares donde se asienta.

Las graves consecuencias de la minería a tajo abierto explican por qué su desarrollo está enfrentando, en la mayor parte de los países donde pre-

³⁸ American Water Works Association, “Determinación de constituyentes inorgánicos no metálicos, Cianuro”, *Métodos normalizados para el análisis de aguas potables y residuales*, España, Ediciones Díaz de Santos, 1992.

³⁹ <http://www.alumbreira.com.ar>.

⁴⁰ Boeglin, Nicolás, “Minería química a cielo abierto y políticas ambientales en la cuenca del río San Juan (Nicaragua-Costa Rica) desde una perspectiva jurídica”, *Aqua-LAC*, UNESCO, vol. 3, núm. 2, septiembre de 2011, pp. 92-104.

⁴¹ Reboratti, Carlos, *Ambiente, sociedad y territorio: una visión geográfica de nuestro mundo*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2001.

tende implantarse, una vigorosa oposición de las comunidades directamente afectadas, y de grupos sociales cada vez más numerosos.

Los poderes públicos de algunos países con un alto nivel de desarrollo se han hecho eco de las protestas sociales en contra de esta manera de explotar los minerales, y han procesado las reformas legales necesarias para impedir que continúe desarrollándose la minería a cielo abierto en sus territorios. Así, este tipo de actividad se prohibió en la República Checa desde el 2000, en Alemania desde 2002, y en Hungría en 2009.

En América Latina, aun cuando en la mayor parte de los países con minería sigue permitiéndose la modalidad de cielo abierto con el consecuente uso de la tecnología centrada en el cianuro de sodio, ya se han generado algunos casos de avanzada, que permiten vislumbrar, en las legislaciones nacionales sobre esta materia, una tendencia a la armonización con las normas y tratados internacionales. En esta línea, podemos mencionar los siguientes avances legislativos:

En Argentina, los órganos legisladores de siete provincias aprobaron leyes que prohíben la minería a cielo abierto, al igual que la utilización de sustancias tóxicas como el cianuro, el ácido sulfúrico y, entre otros, el ácido clorhídrico. En el mismo sentido, el diputado Fernando Solanas presentó, en agosto de 2010, un proyecto de ley nacional para prohibir la minería a cielo abierto en todo el país, y vedar, de toda la actividad minera, el uso de cianuro de sodio, de mercurio, de ácido sulfúrico y de otras sustancias contaminantes.⁴²

En Uruguay, el senador Pedro Bordaberry Herrán presentó en el Parlamento, en junio de 2011, un proyecto de ley para impedir la minería a cielo abierto en todo el territorio uruguayo, así como el empleo de cianuro en la minería; además, propuso otorgar facultades al ejecutivo para autorizar excepciones si se cumplieran las condiciones que señala el propio proyecto, las cuales, básicamente, son las siguientes:

- Mantenerse a una distancia de tres kilómetros de los bordes de la mina con respecto a cualquier población de más de 1500 habitantes.
- La participación del Estado en el beneficio neto del concesionario no debe ser menor al 18% o al 10% del beneficio bruto.

⁴² *wp. cedha.net/wp-content/uploads/2011/10/Nacion-MINERIA_A_CI.*

- El concesionario debe presentar, entre otras condiciones, un plan de cierre de la mina, que incluya una remodelación paisajística congruente con el ambiente previo a la explotación, y un proyecto de aplicación productiva del predio, que equivalga o mejore la productividad natural anterior del inmueble.

Es importante destacar que las excepciones que el ejecutivo puede autorizar solamente se refieren al tipo de explotación, no al uso de los materiales prohibidos en el proyecto de ley.⁴³

La Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó el 9 de noviembre de 2010 la ley 8904 con la que se prohíbe el otorgamiento de permisos y concesiones para la exploración y explotación de la minería a cielo abierto, y el uso de sustancias tóxicas como el cianuro y el mercurio en la actividad minera.

Estas acciones legislativas son el resultado de la oposición de amplios movimientos sociales a la minería a cielo abierto y al uso de sustancias peligrosas para la vida humana y el medio ambiente, como el cianuro de sodio, entre otras. En los demás países latinoamericanos, en los que todavía no se han adoptado este tipo de medidas legislativas con respecto a la minería a cielo abierto, los movimientos opositores adquieren cada vez mayor fuerza social y política, lo que no podrán ignorar los órganos legislativos sin correr el riesgo de que los costos sociales se incrementen en la medida en que las partes del conflicto polaricen sus posiciones.⁴⁴

Los avances plasmados en las legislaciones nacionales mencionadas son de una gran relevancia en la lucha por la defensa de los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida y a un medio ambiente sano.⁴⁵ Sin embargo, es en el ámbito internacional donde se han logrado los avances más significativos para la protección no solamente de estos derechos, sino también de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y las comunidades agrarias, que son avasallados por las empresas mineras al amparo del título de concesión.

⁴³ *El Espectador*, “Bordaberry presentó proyecto contra minería a cielo abierto”, Montevideo, Uruguay, *Espectador.com*, 23 de junio, 2011.

⁴⁴ Véase la iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Minera a cargo del Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, del Grupo Parlamentario del PT, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, núm. 3342-III, martes 6 de septiembre de 2011.

⁴⁵ Canosa Usera, Raúl, “¿Existe un verdadero Derecho Constitucional a disfrutar del medio ambiente?”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, t. I, 2005, pp. 151 y ss.

En México diversos analistas del tema estiman que la minería a cielo abierto ocupa ya más del 9% del territorio nacional, lo que, vistas las características de este tipo de explotación, es un dato alarmante que debe motivar las acciones legislativas necesarias para su adecuada regulación, y en beneficio de los intereses nacionales.⁴⁶

III. LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY MINERA

La ley minera vigente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 26 de junio de 1992.⁴⁷ y la han modificado las reformas publicadas en los diarios oficiales del 24 de diciembre de 1996, del 28 de abril de 2005 y del 26 de junio de 2006. El propósito de la ley y de las reformas es el de promover su orientación economicista en favor de las grandes empresas mineras tanto nacionales como transnacionales en demérito de los derechos fundamentales de los mexicanos —principalmente de las comunidades indígenas y de los núcleos de población agrarios, así como de los derechos ecológicos— y de los principios constitucionales previstos en los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución. Los fines de la ley minera no son conciliables con la carta magna ni con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En la ley minera existen evidentes problemas de inconstitucionalidad; entre otros, los siguientes:

1. Su artículo 4o., fracción IX, delega en el ejecutivo competencias que son exclusivas del Congreso de la Unión. El precepto señala que el ejecutivo federal puede determinar por decreto lo que se entiende por minerales, cuando el artículo 73, fracción X, de la Constitución indica que es el Congreso de la Unión el facultado para legislar en esta materia; es decir, existe constitucionalmente una reserva de ley que la legislación secundaria no respeta. Además, la decisión de incluir o no minerales, por parte del ejecutivo, puede afectar los derechos e intereses de la nación sin que participe el Congreso de la Unión, tal es el caso de las tierras raras, sustancias de gran

⁴⁶ Toledo, Víctor M., “La cuarta guerra de Calderón: el ecocidio”, *La Jornada*, viernes 23 de noviembre de 2012, p. 25.

⁴⁷ Barajas Montes de Oca, Santiago, “Modificaciones introducidas en la nueva Ley Minera”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 77, mayo-agosto de 1993, pp. 575-583.

importancia y valor económico para la industria nacional y extranjera, que actualmente no están previstas en el artículo 4o. citado.

2. El artículo 6o. es el precepto angular de esta ley, que permite que los criterios economicistas se impongan, en la industria minera, por encima de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales. En él se establece que la exploración, la explotación y el beneficio de los minerales son de utilidad pública, de carácter preferente sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno, y que únicamente por ley de carácter federal podrán establecerse contribuciones que graven estas actividades. Esa norma se opone radicalmente a la concepción de los derechos fundamentales contenida en los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. de la Constitución, pues el orden jurídico no puede aceptar que los fines económicos de las empresas mineras, basados exclusivamente en el costo-beneficio y el interés particular, se coloquen por encima del respeto y la garantía de los derechos fundamentales de los habitantes del país. El artículo 6o. de esta ley violenta los derechos de las comunidades indígenas a mantener y conservar su hábitat y sus territorios, y a ser consultadas en caso de utilizarlos; que se desprenden del artículo 2o. de la Constitución y de la Convención 169 de la OIT. Además, se infringen los derechos fundamentales en materia de medio ambiente, alimentación y agua, contenidos en el artículo 4o. constitucional, que tienen los habitantes, los ejidos y las comunidades *vis a vis* el derecho de las empresas mineras. El derecho al medio ambiente, al agua o a la alimentación tienen un carácter fundamental y, sobre todo, preferente ante cualquier actividad minera. El artículo es igualmente contrario a las fracciones VII y XX del artículo 27 constitucional, que consagran los derechos de los núcleos ejidales a conservar sus tierras, a promover el desarrollo rural integral para generar empleo, y a garantizar a la población campesina el bienestar y su incorporación al desarrollo nacional, porque esos derechos de carácter social están por encima de los derechos individuales de las empresas que sólo pretenden la maximización de sus beneficios. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 27 de la Constitución indica que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización; y la ley minera permite la expropiación para la exploración, explotación o beneficio de minerales —artículo 7o., fracción VII—, sin que exista utilidad pública, en tanto que la actividad minera es generalmente en México una industria privada, que sólo beneficia el interés

de los accionistas de las empresas mineras.⁴⁸ El artículo 6o. de esta misma ley también socava las competencias locales para establecer contribuciones, por ejemplo, sobre el cambio de uso de suelo (artículo 115, bases IV y V de la Constitución), pues la norma indica que únicamente por ley federal se podrán establecer contribuciones sobre la minería. Finalmente, todo el capítulo económico de la Constitución (artículos 25, 26, 27 y 28) está ausente de los motivos y fines del artículo 6o. de la ley minera.

3. Su artículo 7o., fracciones I y IV, faculta a la Secretaría de Economía y a otras dependencias y entidades del gobierno federal para regular la minería cuando exista una competencia; en el artículo 73, fracción X, de la Constitución, se dicta a favor del Congreso de la Unión.

4. Las fracciones XIII, XIV y XV del artículo 7o. de la legislación minera permiten, a favor de los particulares, la apropiación del gas asociado a los yacimientos de carbón mineral. Esas disposiciones se oponen al párrafo sexto del artículo 27 y al párrafo cuarto del artículo 28 de la carta magna. El gas es un hidrocarburo cuya explotación corresponde constitucionalmente, de manera exclusiva, a la nación, a través del Estado, por tratarse de una actividad incorporada dentro de sus áreas estratégicas.⁴⁹

5. El artículo 9o. de esta legislación (fracciones IX, XII y XXIII) otorga competencia al Servicio Geológico Mexicano —organismo público descentralizado, coordinado sectorialmente por la Secretaría de Economía— para participar en fondos de inversión de riesgo compartido destinados a la exploración de minerales —una suerte de asociación pública privada—; para prestar servicios a clientes extranjeros sobre los recursos mineros del país, y para celebrar contratos mediante licitación pública que amparen asignaciones mineras. Las anteriores disposiciones no se enmarcan en la prevalencia de los intereses nacionales sobre los extranjeros, y violentan los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución; además, en proyectos compartidos, establecen a favor de un organismo público las asignaciones mineras, donde puede

⁴⁸ En los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni siquiera cuando la expropiación beneficia a una clase social o se realiza para conservar empleos, se considera que existe causa de utilidad pública. Véase tesis P. XXV/2006. Expropiación. La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad, como causa de utilidad pública prevista en el artículo 1, fracción IX, de la ley relativa, no se actualiza por circunstancias de clase social ni necesariamente por el sustento de empleos. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, febrero 2006, p. 23, IUS 175942.

⁴⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 123 y ss.

haber capital privado, tanto nacional como extranjero,, es decir, el Estado mexicano, a través de las competencias del Servicio Geológico Nacional trabaja para los intereses mineros particulares nacionales o extranjeros.

6. El artículo 13 establece un supuesto derecho de preferencia en favor de los pueblos o comunidades indígenas cuando la concesión comprenda terrenos habitados u ocupados por ellos; sin embargo, este derecho se condiciona: deben solicitar la concesión simultáneamente con otra persona, y cumplir con las subordinaciones y requisitos que establecen la ley y el reglamento; dicho de otro modo, si solicitan la concesión después de que lo hubiese hecho otro interesado, los pueblos y comunidades indígenas pierden su derecho preferente. El criterio de la ley minera es *jus privatista* y supone indebidamente que los pueblos indígenas o comunidades gozan de los mismos medios que las grandes empresas para allegarse la información sobre la riqueza minera de su subsuelo, y para adelantarse a las empresas mineras en presentar la solicitud. Adicionalmente, en la hipótesis de que así lo hicieran, resulta claramente inequitativo condicionarlos a que cumplan con los mismos requisitos establecidos para las empresas privadas, cuando es evidente su imposibilidad de hacerlo. El supuesto derecho de preferencia a favor de pueblos y comunidades indígenas resulta ilusorio para todo efecto práctico, al no respetarse el derecho de las comunidades a disponer de una información suficiente y previa —además de no contar con los instrumentos de inversión necesarios— al otorgamiento de la concesión sobre las riquezas minerales que existen en el subsuelo de sus tierras, lo que hace, a todas luces, inviable su ejercicio.

7. El artículo 13 bis de la ley minera establece como criterio rector en el otorgamiento de las concesiones el de “las mejores condiciones económicas”; es decir, los criterios relativos a los derechos humanos individuales y colectivos, y los principios económicos de los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución brillan por su ausencia. Se trata de negocios y no de la salvaguarda del bienestar de la nación ni de los derechos fundamentales de sus habitantes.

8. El artículo 15 de esta ley prevé que las concesiones mineras se otorguen por cincuenta años, y pueden prorrogarse por otra temporalidad igual. Son cien años de concesión para extraer todos los beneficios del subsuelo a cambio de casi nada en favor de la nación, de la casi nula distribución equitativa de la riqueza pública, de la ausente conservación de los recursos naturales, del desarrollo no equilibrado del país, y de la inexistente mejoría

en las condiciones de vida de la población rural y urbana. Además de que el título de concesión es abierto porque confiere derechos sobre todos los minerales o sustancias sujetas a la aplicación de la ley.

9. Los derechos de los concesionarios mineros, que se encuentran contemplados en el artículo 19 de la ley son amplísimos: pueden disponer de los terrenos objeto de la concesión a menos que exista una concesión minera previa; obtener la expropiación, ocupación temporal o la constitución de servidumbres; aprovechar las aguas provenientes del laboreo de las minas para la exploración, explotación y beneficio de los minerales; obtener preferentemente concesiones sobre las aguas de las minas; transmitir los derechos de concesión; y emplear el gas asociado a los yacimientos para autoconsumo o para la venta a Pemex. Es evidente que se trata de derechos superiores al de la propiedad privada o al social, porque pueden disponer de los derechos de propiedad de terceros —es cierto que a través de los cauces legales—, incluso a la expropiación sin que exista causa de utilidad pública, sino sólo negocios y beneficios particulares. Además, tienen derecho a las aguas provenientes del laboreo —sin pagar contribuciones por esa agua que es de la nación—, y el derecho preferente a obtener concesiones sobre éstas (con respecto a las últimas sí pagan derechos). Finalmente, pueden enajenar las concesiones a terceros y aprovechar y explotar en su beneficio hidrocarburos que son de la nación (el gas asociado a los yacimientos de carbón mineral). Todos los anteriores derechos tienen evidentes visos de inconstitucionalidad. Me detengo principalmente en el relativo a la enajenación de las concesiones, que viene a demostrar la degradación del derecho público al derecho privado, con el riesgo de que existan empresas que acumulen concesiones para imponer condiciones monopólicas al gobierno en la explotación de los minerales, pues la ley de la materia no señala límites en la concentración de concesiones.

10. Tanto en el artículo 21 de la ley, como en el 56 de su reglamento, se señala que por tratarse de tierras ejidales o comunales, su expropiación, ocupación temporal o constitución de servidumbres se sujetarán a lo dispuesto por la ley agraria. En apariencia, esta remisión a la ley agraria debiera constituir una garantía de respeto a los derechos de ejidos y comunidades, sin embargo, esto no es así debido a que lo único que se garantiza es la legitimación de los mecanismos de sometimiento: manipulación, engaño, corrupción, divisionismo e intimidación, a que son sometidos los integrantes de las comunidades por los representantes de las empresas, y,

no en pocas ocasiones, por las propias autoridades agrarias. La disposición está claramente orientada a favorecer los intereses de las empresas, lo que propicia el surgimiento de movimientos opositores en ejidos, comunidades y pueblos indígenas a los proyectos mineros que permiten el otorgamiento de derechos a terceros sobre sus tierras, sin haber sido previamente informados ni consultados, y, lo que resulta más grave, sin haber obtenido previamente su aprobación, como lo establecen, fundamentalmente, los artículos 2 y 27 constitucionales, así como diversos instrumentos jurídicos internacionales con fuerza legal en nuestro país, por ejemplo, la Convención 169 de la OIT. En efecto, el artículo 27 de la Constitución establece claramente el reconocimiento pleno a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y de los ejidos y comunidades agrarias, así como el mandato de proteger la propiedad sobre sus tierras y de respetar su voluntad para adoptar las decisiones que más les convengan con respecto al aprovechamiento de sus recursos productivos, en los siguientes términos:

Artículo 27. VII. Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas. La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas. La ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las decisiones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela.

El artículo 2o. de nuestra norma fundamental, cuyo decreto de reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001, eleva a rango constitucional los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, entre ellos, los de preservar la integridad de sus tierras y establecer de manera autónoma sus propios mecanismos para el aprovechamiento de sus recursos naturales, en los siguientes términos:

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la propia Constitución; y, VI. Acceder de manera preferente al uso y disfrute de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan, salvo aquellos que

corresponden a las áreas estratégicas, respetando los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad.

De acuerdo con lo que establece el último párrafo de este artículo, los mismos derechos que se reconoce a las comunidades y pueblos indígenas son reconocidos también a toda comunidad equiparable a ellos, lo que incluye a los núcleos agrarios ejidales y comunales. Por otro lado, el artículo 25 de la carta magna establece el mandato para que el Estado garantice que el desarrollo económico sea integral y sustentable, orientado a lograr una justa distribución de la riqueza, y el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales. Estas son algunas normas constitucionales con las que la ley minera tiene un evidente conflicto.

11. El artículo 27 de la ley se refiere a las obligaciones que imponen las concesiones, asignaciones y beneficios de minerales. No pueden compararse las obligaciones con los derechos. La lista de obligaciones es administrativa con algunas obligaciones fiscales. No existen obligaciones precisas en materia ecológica, de respeto a los pueblos y comunidades indígenas, o laborales. Podría argumentarse que esas obligaciones están contenidas en las leyes especiales, pero en este caso, como se trata de explotaciones altamente productivas, la ley minera debiera prever las corresponsabilidades de la Secretaría de Economía con otras autoridades competentes en los ámbitos que aquí hemos mencionado. Llama la atención que la ley minera establece mecanismos de coordinación con la Secretaría de Energía para el tratamiento del gas asociado a los yacimientos de carbón, pero no con respecto a las materias sensibles a las que aquí nos hemos referido. Existe una tibia norma en la ley minera que sólo dice: “Artículo 39. En las actividades de exploración, explotación y beneficio de minerales o sustancias, los concesionarios mineros *deberán procurar* el cuidado del medio ambiente y la protección ecológica, de conformidad con la legislación y la normatividad de la materia”.

12. En materia de nulidades y cancelación de concesiones, los artículos 40, 41 y 42 de la ley minera, no prevén como causas de éstas la violación a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales. No es causa de nulidad o cancelación de una concesión minera, la violación a las leyes ecológicas, a las leyes agrarias, o a las normas sobre pueblos indígenas. Sólo son materia de suspensión de obras y trabajos mineros —artículo 43— las actividades que pongan en peligro la vida o integridad física de los

trabajadores o de los miembros de la comunidad, y las que causen daño a bienes de interés público o de propiedad privada.

13. Las sanciones previstas en el artículo 57 de la ley minera consisten en multas cuyo monto mínimo es de diez días, y su máximo, dos mil días de salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal; es decir, sanciones muy pequeñas en relación con la importancia económica de las grandes empresas mineras, y con los beneficios que obtienen esas personas morales.

IV. CONCLUSIONES

1. La legislación minera vigente necesita ser reformada para que cumpla con los principios constitucionales, y garantice los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas, además de los núcleos agrarios.

2. La inversión extranjera debe ser regulada como en la anterior legislación. No puede seguir permitiéndose, en el ordenamiento jurídico nacional, una inversión extranjera del 100% en la minería. Lo que ocurre hoy día es un auténtico despojo a la nación.

3. La duración de las concesiones mineras debe ser reducida, al igual que debe ser limitado el alcance abierto de la concesión. También el capítulo relativo a las causas de nulidad, cancelación y suspensión de concesiones debe ser revisado a la luz de los principios constitucionales y del respeto y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos.

4. Un derecho que debe ser reforzado en la ley es el derecho de consulta de los pueblos, comunidades y núcleos agrarios, en los mismos términos en que se expuso por las últimas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de consulta debe ser una condición *sine qua non* para el otorgamiento de concesiones mineras. Igualmente, debe ser derecho de esas comunidades el recibir un porcentaje de los beneficios de las explotaciones mineras.

5. Los pueblos, comunidades y núcleos agrarios deben tener un derecho preferente en la explotación y beneficio de los minerales. El Estado está obligado a garantizar los recursos, y a proporcionar la información para que las comunidades y pueblos inviertan, si así lo desean, en explotaciones mineras.

6. El Estado debe cobrar contribuciones a las empresas mineras, y tomar como objeto del gravamen un porcentaje sobre las cantidades de los minerales extraídos; no como ahora, que los derechos que se contemplan fijan como objeto del gravamen la extensión de la tierra concesionada.

7. En materia medioambiental, las minas a cielo abierto deben ser prohibidas en nuestro país. En todo caso, si se insiste indebidamente en mantenerlas, deben, al menos, considerarse los siguientes aspectos:

- a) Que entre el perímetro del lote minero que comprenda la concesión, y el centro de población más próximo se mantenga una distancia mínima de cinco kilómetros.
- b) Que en los procesos de explotación y beneficio no se usen tecnologías a base de cianuro.
- c) Que el concesionario entregue a la Secretaría de Economía, previamente al inicio de los trabajos de explotación, una copia de la póliza del seguro contratado para cubrir los gastos que impliquen las acciones de restauración de la superficie utilizada, a las condiciones morfológicas que guardaba antes de los trabajos de explotación y beneficio.
- d) Que el concesionario entregue a la Secretaría, previamente al inicio de los trabajos de explotación, una copia de la póliza del seguro contratado para cubrir la indemnización por los daños o perjuicios ocasionados, así como los gastos que conlleven las acciones de restauración al estado ecológico y químico original, en caso de accidente o fallas en los trabajos de explotación o beneficio.

8. Los procedimientos para el otorgamiento de concesiones debe ser revisados con el efecto de establecer obligaciones precisas en materia de transparencia, y para establecer como condiciones u obligaciones las relativas a la protección medioambiental, a la salvaguarda de los derechos de pueblos, comunidades y núcleos agrarios, y las relacionadas con los derechos de los trabajadores.

9. Debe prohibirse la expropiación y ocupación de bienes con motivo de exploración, explotación o beneficio minero, a menos que esas actividades sean realizadas por empresas u organismos del Estado, y se demuestre la utilidad pública.

10. Se deben propiciar reformas al artículo 17 de la Constitución y a la propia ley minera para regular acciones colectivas donde las comunidades, pueblos y núcleos ejidales puedan dirimir sus derechos ante los tribunales federales, y frente a las empresas mineras. Además de las necesarias re-

formas a la ley de amparo para prever el amparo colectivo que sirva para proteger derechos colectivos, difusos y simples.

11. El Estado debe impedir el abuso de los recursos hídricos por parte de las empresas mineras. El pago de derechos por la disponibilidad de agua, y por las concesiones en esta materia, debe ser incrementado; además, debe tratarse a las empresas mineras en igualdad de condiciones que a los demás sujetos en posibilidad de concesiones en materia de agua.

12. Debe restringirse el mercado de las concesiones. Es importante establecer límites en el acaparamiento o concentración de concesiones mineras.

13. Es imprescindible que en la ley minera se establezcan las responsabilidades de las empresas, y los medios de reparación, principalmente, con respecto a la protección, conservación y equilibrio del medio ambiente.

14. En síntesis, este artículo propone: *a)* recuperar, para el Estado, el control sobre los recursos del subsuelo de carácter minero; *b)* orientar la legislación minera hacia el respeto de los derechos individuales y colectivos, y en pos de la salvaguarda de los principios constitucionales de carácter económico de nuestra carta magna; *c)* impedir que la inversión extranjera en el sector sea superior al 49% del capital accionario de las empresas mineras; *d)* prohibir las minas a cielo abierto y las minas de carbón que utilizan tiros verticales; *e)* garantizar el derecho de consulta a favor de pueblos y comunidades indígenas, así como el respeto a ejidos y comunidades agrarias; *f)* garantizar los derechos laborales y a la seguridad social de los trabajadores mineros; *g)* determinar que la base imponible para el pago de contribuciones por la explotación minera debe ser el volumen de producción del mineral extraído, y no, como ahora, la superficie concesionada; *h)* proteger el medio ambiente y los recursos hídricos, y obligar a los concesionarios mineros el pago de contribuciones por el uso y aprovechamiento del agua, establecer, además, el pago de indemnizaciones en caso de daño medioambiental; *i)* establecer el derecho preferente a las concesiones mineras de los pueblos, las comunidades indígenas, los ejidos y las comunidades agrarias sobre los derechos e intereses particulares; *j)* restringir la expropiación para efectos de explotación minera; *k)* prohibir las asignaciones mineras por no tener fundamento en la Constitución; *l)* establecer, a favor de la sociedad y la acción colectiva, ante los jueces federales por las violaciones a esta ley y al ordenamiento, así como el amparo colectivo; *m)* incrementar las obligaciones a cargo de los concesionarios; *n)* precisar las reglas y procedi-

mientos en caso de nulidad, cancelación y suspensión de concesiones; ñ) prohibir la compra-venta de concesiones, y el tráfico comercial que sobre ellas existe; o) incrementar las sanciones a quién viole la ley; p) establecer que los estados y municipios tienen expeditas sus facultades para cobrar contribuciones en el ámbito de sus competencias; q) garantizar el carácter público y no privado de las explotaciones mineras; r) establecer un interés difuso y simple a favor de cualquier persona que desee reclamar el cumplimiento de la ley, y s) reducir la duración de las concesiones y los privilegios que actualmente existen en la ley, en beneficio de particulares nacionales y extranjeros.

