

Minería y propiedad del suelo y del subsuelo en México

*José Guadalupe Zúñiga Alegría**

*Juan Antonio Castillo López***

La Constitución Política de 1917 reserva para la Nación el dominio directo de los minerales, con la finalidad de lograr su explotación racional y de asegurar un reparto equitativo de la riqueza pública. Pero si bien, a casi cien años de la entrada en vigor de esta ley fundamental, la actividad minera, ha tenido un auge como no lo tuvo antes en toda su historia, al grado de hacer palidecer en sólo diez años los pingües beneficios obtenidos durante los trescientos años de dominación española, los bajos salarios que se pagan a los trabajadores que se dedican a esta actividad y las elevadas condiciones de riesgo e insalubridad a que se ven sometidos; el daño al medio ambiente y los mínimos pagos que por concepto de derechos cubren al Estado las empresas concesionarias; entre otros saldos negativos, parecen indicar que el pueblo de México no se beneficia en lo absoluto de la riqueza ubicada en el subsuelo de su territorio, contradiciendo esta realidad el texto y el espíritu de la carta magna aún vigente.

The Political Constitution of 1917 set aside for the Nation direct ownership of minerals, in order to achieve its rational exploitation and ensure an equitable distribution of public wealth. However, to almost one hundred years after the entry into force of this fundamental law, the mining activity has been growing as never before in its history, as much as to make pale after only ten years the huge profits obtained during the three hundred years of Spanish domination, the low wages paid to workers engaged in this activity and high risk conditions and unsanitary conditions to which they are subjected; the damage to the environment and the minimum payments that cover the rights concept to the State the enterprises concessionaires; among others negative balances, suggest that the people of Mexico do not benefit at all from the wealth located in the subsoil of their territory, contradicting the text and spirit of the constitution still in force.

SUMARIO: I. Panorama actual de la minería en México / II. Marco constitucional de la actividad minera / III. La Ley Minera / IV. La propiedad del suelo / V. La propiedad del subsuelo / VI. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Mtro. en Derecho, Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

** Dr. en Derecho, Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

I. Panorama actual de la minería en México

En México, aproximadamente 25% del territorio nacional se encuentra concesionado para actividades mineras.¹ Si consideramos que el país tiene una extensión de aproximadamente 196 millones de hectáreas o cerca de dos millones de kilómetros cuadrados, las concesiones abarcan alrededor de 50 millones de hectáreas o 500 mil kilómetros cuadrados. Tan solo durante el sexenio pasado, entre los años del 2006 al 2010, fueron concesionadas 30 millones de hectáreas (15% del territorio nacional o una superficie mayor a la del Estado de Chihuahua).²

En cuanto a concesiones mineras, a junio del 2011 eran 25,786 títulos los que se encontraban vigentes para explotar la superficie antes mencionada, concentrándose en las siguientes entidades federativas: Sonora 4 259 títulos; Durango 3 581; Chihuahua 3 396; Zacatecas 2 544; Coahuila 2 061; Jalisco 1 528; Sinaloa 1 436; Michoacán 803; San Luis Potosí 713; Baja California 662; Nuevo León 618; Guerrero 581; Guanajuato 577; Hidalgo 435; Nayarit 427; Oaxaca 341; Querétaro 318; Puebla 278; Estado de México 271; y 957 en el resto de la República.³ Los productos minerales que se obtienen son muy variados: germanio, cobalto, titanio, molibdeno, bismuto, estaño, platino, paladio, antimonio, níquel, wolframio, zeolita, barita, hierro, cobre, etcétera, pero sobre todo plata y oro.

En esta actividad participan tanto empresas mexicanas como extranjeras. De acuerdo con el Servicio Geológico Mexicano,⁴ al mes de diciembre del 2011 se tenían registradas en el país un total de 288 empresas con capital extranjero, trabajando en 803 proyectos. De ese número, 208, que representan 72.2% del total, y 46 que constituyen 16%, tienen sus oficinas centrales en Canadá y Estados Unidos, respectivamente. El resto, con porcentajes muy menores provienen de China, Australia, Reino Unido, Japón, Corea, Perú, India, Bélgica, España, Luxemburgo, Chile, Italia y Holanda.

De los proyectos registrados, cerca de 504 (62%) estaban asociados con metales preciosos (oro y plata); 135 (17%) con polimetálicos; 98 (12%) con cobre y 46 (6%) con hierro. Los demás, con metales y materiales como germanio, cobalto, titanio, molibdeno, bismuto, barita y wollastonita.

Durante 2011, el valor de la producción a precios corrientes de la minería mexicana ampliada alcanzó un monto total de 259.5 mil millones de pesos, el cual representó un incremento de 38.4% respecto del año anterior. De ese monto total, la producción minero-metalúrgica alcanzó un valor de 214.5 mil millones de pesos,

¹ V. José de Jesús González Rodríguez, *Minería en México, referencias generales, régimen fiscal, concesiones y propuestas legislativas*, CESOP, 2011, p. 9.

² *Ibid.*, p. 8.

³ *Ibid.*, p. 10.

⁴ SE-SGM, Anuario Estadístico de la Minería Mexicana, Ampliada 2011/Versión 2012, pp. 13-22 [Documento en línea].

principalmente representada por el oro, cuya producción tuvo un incremento de 10.3% y la plata, con un aumento de 18.6%.

De acuerdo con el Informe Anual 2013 de la Cámara Minera de México (CAMIMEX),⁵ durante el 2012 el valor total de la producción de la minería mexicana ampliada, que incluye los minerales metálicos y no metálicos, alcanzó un monto de 23 mil 12 millones de dólares, registrando un incremento de 14% respecto del año anterior y aportando 10% del Producto Interno Bruto Industrial y 3% del Nacional. En cuanto a generación de divisas, este sector se posicionó en el mismo año en el cuarto lugar con 22 mil 511 millones de dólares, sólo detrás de la industria automotriz, la electrónica y el petróleo.

La producción de oro alcanzó 102.8 toneladas, que colocan a México en la séptima posición, a la par de Canadá y arriba de Ghana, Uzbekistán e Indonesia. Cabe destacar, de acuerdo con el mismo informe, que el precio del oro inició el 2012 con una cotización de 1 mil 656 dólares por onza, para cerrar en diciembre en niveles de 1 mil 688.5 dólares. Como en años previos, la empresa canadiense *Goldcorp Inc.* siguió siendo el mayor productor en México con 834 mil onzas, equivalentes a 26% de la producción total del país en el 2012.

Por su parte, la producción de plata alcanzó durante ese mismo año las 24 mil toneladas, con lo que México se mantuvo como el mayor productor mundial, seguido por China y Perú. Este mineral tuvo un precio promedio durante el año de 31.15 dólares la onza.

Entre el 2000 y el 2010 se extrajo más oro y plata en México que durante los trescientos años que abarcó la época colonial.⁶ De 1521 a 1830 se obtuvieron 191 825 kg de oro, contra 419 097 obtenidos entre 2000 y 2010; es decir, el doble de lo obtenido durante el primer período. En cuanto a plata, se extrajeron 56 144 toneladas, de 1521 a 1830, mientras que del 2000 al 2010 se obtuvieron 33 465 toneladas; más de la mitad de toda la plata obtenida durante los trescientos años de dominación colonial se obtuvo en sólo diez años.

En cuanto a empleo, la industria minero-metalúrgica ocupa a 328 mil 555 trabajadores en el país, cifra que representa un importante aumento de 6.1 respecto del año anterior. Empero, un minero mexicano obtiene entre dos y tres dólares por hora de trabajo, es decir, en el mejor de los casos gana 24 dólares al día; en contrapartida, un minero canadiense recibe entre 20 y 30 dólares por hora, lo que le permite obtener hasta 240 dólares diarios. Una diferencia abismal de 10 veces más a favor de los canadienses.⁷

⁵ Camimex, *Informe Anual 2013*, pp. 9-19 [Documento en línea].

⁶ V. José de Jesús González Rodríguez, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

⁷ Patricia Muñoz Ríos, "Plantea Gómez Urrutia el "abismo" entre mineros de México y Canadá", *La Jornada*, 25 de septiembre del 2006.

II. Marco constitucional de la actividad minera

El primer párrafo del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la *propiedad originaria de la Nación* sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, es decir, la propiedad primigenia de la Nación, representada por el Estado, sobre esos elementos físicos esenciales del territorio. A partir de la propiedad originaria de la Nación, a la propiedad privada se le concibe como un género de propiedad derivado de la propiedad originaria, que se constituye mediante un acto de disposición de la Nación a favor de los particulares.

Una consecuencia de lo establecido en el primer párrafo del Artículo 27 de la carta magna es el dominio directo que la propia Nación se ha reservado sobre los minerales ubicados en el subsuelo de su territorio, previsto en el párrafo 4º del mismo Artículo. Este dominio directo, que no es otra cosa que la propiedad sobre esos recursos naturales,⁸ significa que en cualquier acto de disposición de tierras por parte de la Nación y a favor de los particulares, no quedan incluidos los minerales, que seguirán siendo propiedad de la Nación. Con base en ello se concibe que la propia Nación podría llevar a cabo su explotación, aunque también, en términos de lo previsto en la misma norma constitucional antes citada, la Nación está facultada para concesionar esta tarea a particulares, personas físicas o personas morales, nacionales o extranjeras.

III. La Ley Minera

De conformidad con la Ley Minera vigente, la actividad minera es de utilidad pública y preferente sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno (Artículo 6º); las concesiones para la exploración y explotación de minerales sólo podrán otorgarse a personas físicas de nacionalidad mexicana, ejidos y comunidades agrarias, pueblos y comunidades indígenas a que se refiere el Artículo 2º constitucional, reconocidos como tales por las constituciones y leyes de las entidades federativas, y sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas (artículo 10º). Dichas concesiones se otorgarán sobre terreno libre al primer solicitante en tiempo de un lote minero (artículo 13), aunque también se contempla el otorgamiento de concesiones mediante concurso antes de que se declare la libertad del terreno, cuando se trate de asignaciones que se cancelen o de las zonas de reservas mineras cuya desincorporación se decrete. En este caso, la concesión se otorgará a quien acredite el cumplimiento de los requisitos que se prevean en las bases y presente la mejor propuesta económica en términos de contra-prestación y prima por descubrimiento (Art. 13 BIS, fracción III).

⁸ Óscar Morineau, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2ª ed., México, UNAM/FCE, 1997, p. 200.

En la actualidad no se distingue entre concesión de exploración y de explotación,⁹ sino que cualquier concesión incluye ambas actividades y su duración será de 50 años contados a partir de su inscripción en el Registro Público de Minería, prorrogables por igual tiempo, si la solicitud se presenta dentro de los cinco años previos al término de su vigencia (Art. 15).

Los concesionarios tienen derecho a solicitar la expropiación, ocupación temporal o instalación de las servidumbres en los terrenos que sean necesarios para la realización de sus trabajos; a aprovechar el agua proveniente del laboreo de las minas en actividades relacionadas con la exploración, explotación o beneficio (procesamiento) del mineral, en el uso doméstico de su personal o, incluso, a solicitar la concesión preferente del agua de las minas para cualquier otro uso (Art. 19). También tienen derecho a transmitir la titularidad de sus concesiones (incluida la transmisión a título oneroso) a personas capacitadas por la ley para ello; pero sobre todo, a disponer libremente de los minerales extraídos al amparo de su concesión (Art. 19).

Entre las obligaciones de los concesionarios están la comprobación de las obras y los trabajos previstos por la ley, así como pagar los derechos sobre minería establecidos por la ley en la materia (Art. 27), que, en este caso, es la Ley Federal de Derechos. Hasta antes de su reciente reforma,¹⁰ esta última preveía en su artículo 63 el pago semestral por hectárea o fracción concesionada, de 5.08 pesos durante el primer y segundo año de vigencia de la concesión; 7.60 durante el tercero y cuarto; 15.72 durante el quinto y sexto; 31.62 durante el séptimo y octavo; 63.22 durante el noveno y el décimo; y 111.27 a partir del décimo primer año de vigencia.

Este régimen tributario favorable para los concesionarios ha permitido que, por ejemplo, a cambio de las más de 4 millones de hectáreas concesionadas en el 2010 el gobierno federal haya obtenido sólo 20 millones de dólares, mientras que los consorcios beneficiados, sobre todo canadienses, que explotan oro y plata, tuvieron ingresos de poco más de 15 mil millones de dólares.¹¹

Para la empresa *First Majestic Silver Corp*, la concesión de 4 mil hectáreas de la mina de plata “La Encantada”, en Coahuila, con cuatro años de ope-

⁹ Antes de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de abril del 2005, había concesiones de exploración (para la localización de minerales), con una duración improrrogable de seis años, y concesiones de explotación (para extraer el mineral), que sustituían a las primeras y tenían una duración de 50 años prorrogables una o más veces por igual cantidad de años si, como en la actualidad, la prórroga se solicitaba dentro de los cinco años previos al término de su vigencia.

¹⁰ La Ley Federal de Derechos, reformada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de diciembre del 2013, prevé ahora el pago del derecho especial de minería por parte de los concesionarios, a una tasa del 7.5 de sus utilidades, así como el derecho extraordinario del 0.5% a la enajenación de oro, plata y platino. Se contempla también que 80% los ingresos recaudados integren el Fondo para el Desarrollo Regional Sustentable de Estados y Municipios mineros, correspondiendo 62.5% a municipios y demarcaciones del Distrito Federal en los que tenga lugar la explotación y obtención de sustancias minerales y 37.5% restante a la entidad federativa correspondiente. Dicho fondo deberá destinarse a la construcción, remodelación y equipamiento de centros escolares, pavimentación y mantenimiento de calles, alumbrado público, rellenos sanitarios, plantas de tratamiento de agua, preservación de áreas naturales y otras acciones de beneficio colectivo expresamente consideradas.

¹¹ José de Jesús González Rodríguez, *op. cit.*, p. 13.

ración a un valor anual de 17.4 pesos, representa un monto anual pagado al erario de 68 mil 160 pesos, lo cual equivale a 0.004 por ciento de sus utilidades brutas, estimadas en mil 464 millones 679 mil pesos.

Con *Fortuna Silver Mine Inc.*, la concesión de 30 mil hectáreas de la mina de oro y plata San José, en Oaxaca, con nueve años de operación a un valor anual de 141 pesos 76 centavos, que representa una contribución al erario de 4 millones 252 mil 800 pesos, sólo representa 0.20 por ciento de sus utilidades brutas, que son equivalentes a 2 mil 124 millones 636 mil pesos.

En el caso de *Timmins Gold Corp.*, la concesión de 70 mil 986 hectáreas de la mina de oro TMM Frac. 1, en Sonora, con un año de operación a un valor anual de 11 pesos 40 centavos, representa un monto para el erario de 809 mil 244 pesos, cantidad equivalente a 0.039 por ciento de sus utilidades brutas, calculadas en 2 mil millones 61 mil pesos.

Para *Starcore International Mines Ltd.*, la concesión de 12 mil 992 hectáreas de la mina de oro y plata San Martín, en Querétaro, con 22 años de operación a un valor anual de 249 pesos 48 centavos, representa un monto anual pagado al erario de 3 millones 241 mil 244 pesos, equivalentes a 0.44 por ciento de sus utilidades brutas, que totalizan 722 millones 982 mil pesos.

En el caso de *Aurico Gold Inc.*, la concesión de 3 mil 665 hectáreas de la mina de oro El Chanate, en Sonora, con seis años de operación a un valor anual de 35.24 pesos, representa un monto anual pagado al erario de 129 mil 154 pesos, que equivale a 0.013 por ciento de sus utilidades brutas, que suman 2 mil 933 millones 388 mil pesos.

Y para *Agnico-Eagle Mines Limited*, la concesión de 56 mil hectáreas de la mina de oro Pinos Altos, en Chihuahua, con cuatro años de operación a un valor anual de 17 pesos cuatro centavos, representa un monto pagado al erario de 954 mil 240 pesos, lo cual equivale a 0.016 por ciento de sus utilidades brutas, que alcanzan 5 mil 716 millones 177 mil pesos.¹²

En contraste, en los principales países mineros del mundo las empresas han estado obligadas a cubrir por concepto de regalías¹³ entre 3 y 18% del valor del producto,

¹² Enrique Méndez y Roberto Garduño, "México, paraíso fiscal para compañías mineras y canadienses, revela análisis", *La Jornada*, 17 de octubre del 2013.

¹³ No obstante que la reforma a la Ley Federal de Derechos aplicable a partir del 2014 no le llama *regalías*, sino, precisamente, *derechos* a las tasas que en la actualidad deberán cubrir las empresas mineras con base en las utilidades obtenidas menos las deducciones fiscales a que legalmente tengan derecho, equivalen a lo mismo porque en ambos casos se trata del beneficio que el concesionario obtiene y que debe compartir con el Estado, por ser este el propietario de los minerales que yacen en el subsuelo antes de ser extraídos. Al pago de derechos por hectárea concesionada que existía antes de la reforma no se le podía equiparar con el pago de regalías, debido a que era una tarifa que no guardaba relación con las utilidades obtenidas.

las ventas brutas o las utilidades del mineral extraído, además de pagar el ISR.¹⁴ En Canadá, las empresas mineras deben pagar ISR a una tasa de 18% a nivel federal y de 10% a 12% a nivel estatal, mientras que las regalías varían de 2.5% a 17.5% según el territorio; en Estados Unidos el ISR es de 35% y las regalías de 1% a 12% a boca de mina; en Perú se cobra 30% de ISR y de 1% a 3% de las ventas brutas; y en Brasil 34% de ISR y de 2% a 3% sobre el valor de la venta.¹⁵

IV. La propiedad del suelo

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 27 de la Constitución General de la República, en México se reconocen tres tipos de propiedad: la *propiedad pública*, integrada por los terrenos baldíos y nacionales que la Nación no ha enajenado y que, por tanto, siguen siendo de ella; la *propiedad privada*, que ha salido del patrimonio de la Nación por título legalmente expedido; y la *propiedad social de ejidos y de comunidades agrarias* que jurídicamente ya no pertenece a la Nación, pero que tampoco es propiedad privada, debido a que sus titulares no tienen las amplias facultades de disposición que tradicionalmente han caracterizado a aquella.

Del total de la superficie territorial del país de cerca de 200 millones de hectáreas (ha), se encuentran destinadas a actividades agropecuarias, 177.3 millones,¹⁶ que comprenden la superficie ejidal y comunal, la de propiedad privada, la de las colonias agrícolas y ganaderas, que es una variante de la propiedad privada, y la pública con actividad agropecuaria.

La superficie ejidal y comunal asciende a 103.3 millones de ha equivalentes a 58.3% de la total agropecuaria; la de propiedad privada a 70.5 millones de ha, que representa 39.8%; la de las colonias a 2.2 millones de ha, con un porcentaje de 1.2% y; finalmente, la superficie pública con actividad agropecuaria que comprende 1.3 millones de ha y representa 0.7% del total.¹⁷

Frente a las amplias facultades que tiene la Nación en materia de propiedad del subsuelo y las no menos dilatadas que les otorga a los concesionarios mineros, el derecho de los dueños de la superficie, sean propietarios privados, ejidatarios o comuneros, se restringen o, bien, desaparece, pues, como vimos, al otorgarse la concesión el titular puede solicitar la ocupación temporal, la expropiación o la imposición de las servidumbres que sean necesarias para llevar a cabo su explotación. En este caso, toda la fuerza del Estado respalda al concesionario para llevar a cabo la activi-

¹⁴ Susana González G., "Pago de regalías por utilidad minera se aplica en México y otros países", *La Jornada*, 22 de septiembre del 2013.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ El resto, que completa las cerca de 200 millones de ha que comprende el territorio nacional, se encuentra destinado a uso urbano.

¹⁷ INEGI, *VII Censo Agrícola y Ganadero*, México, INEGI, 1991.

dad que se ha declarado de utilidad pública y preferente sobre cualquier otro uso del terreno, excepto el que tiene que ver con la extracción de hidrocarburos, que goza de prioridad sobre la minería.¹⁸

Las indemnizaciones legalmente previstas para el caso de afectaciones superficiares como la ocupación temporal, la expropiación o la imposición de servidumbres son más simbólicas que reales, pues se deben fijar conforme al uso actual de los terrenos (agrícola, ganadero, forestal, de monte o agostadero) y no conforme al uso que se les pretende dar. Asimismo, no contemplan la eventual pérdida, disminución o afectación de los medios de vida de los propietarios, como sucede cuando se quedan sin áreas de cultivo o de pastoreo de ganado; la superficie que les queda ya no les permite seguir produciendo la misma cantidad de productos agropecuarios; o el agua y el aire se ven envenenados. Mucho menos contemplan las indemnizaciones una participación para los propietarios de las ganancias obtenidas por los concesionarios, que sería de elemental sentido común, considerando su titularidad sobre la superficie del terreno.

Si bien el Artículo 2º de la Constitución en su Base A, fracción VI dice reconocer y garantizar el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y en consecuencia a la autonomía para:

Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas [...]

Y en términos del Artículo 28 párrafo 4º de la misma Constitución, la minería no es un área estratégica, como sí lo son, por ejemplo, la extracción de hidrocarburos y la generación de energía eléctrica, las leyes secundarias no reglamentan de forma efectiva ese derecho de las comunidades indígenas para acceder de manera preferente a la explotación de los minerales que se ubiquen en el subsuelo de los territorios que les pertenecen.

El artículo 13 de la Ley Minera establece en su primer párrafo que: “Las concesiones y las asignaciones mineras se otorgarán sobre terreno libre al primer solicitante en tiempo de un lote minero, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos que establecen la presente ley y su Reglamento” y en su párrafo 3º agrega que:

Cuando el terreno se encuentre en un área habitada y ocupada por un pueblo o comunidad indígena, y dicho pueblo o comunidad indígena solicite dicho terreno simultáneamente con otra persona o personas, será preferida la solicitud del pueblo o comunidad indígena a efecto de que se le otorgue

¹⁸ Artículo 10 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.

la concesión minera sobre dicho terreno, siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos que establecen la presente Ley y su Reglamento.

No obstante, si por simultáneamente o *simultáneo* entendemos, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, lo “Dicho de una cosa: Que se hace u ocurre al mismo tiempo que otra.”, entonces nunca podría darse el supuesto que prevé la Ley, ya que aunque sea por la mínima diferencia de minutos o de segundos, una solicitud siempre habrá sido presentada primero que la otra u otras, sin importar que sea la de la comunidad indígena interesada o la de cualquier tercero y es a ella a la que se tendría que atender para otorgar la concesión en términos de lo dispuesto en el primer párrafo. Pero, además, habría que hacer notar que las condiciones y requisitos que establece la Ley y su Reglamento para el otorgamiento de concesiones, entre ellas, la de acreditar la capacidad económica para llevar a cabo la explotación de los minerales, son las mismas para todos los concesionarios, sin que se prevea ningún trato preferencial para las comunidades indígenas.

En el mismo sentido va el artículo 13 BIS de la misma Ley, que regula por excepción el otorgamiento de concesiones mediante concurso, al establecer que:

Cuando el terreno se encuentre en un área habitada y ocupada por un pueblo o comunidad indígena y dicho pueblo o comunidad indígena participe en el concurso, tendrá el derecho de igualar la mejor propuesta económica que presente otro concursante, y en caso de hacerlo tendrá derecho preferente la propuesta de dicho pueblo o comunidad indígena.

Este artículo es semejante al anterior, ya que el privilegio para los pueblos o comunidades indígenas lo condiciona a que igualen la mejor propuesta del otro concursante, adquiriendo la prerrogativa un perfil sumamente limitado y, por ende, ineficaz.

Refiriéndose a las disposiciones citadas, Francisco López Bárcenas y Mayra Montserrat Eslava Galicia han dicho que para hacer efectivo el derecho preferente que les corresponde a los pueblos y comunidades indígenas sobre los recursos naturales que se encuentren en un área habitada u ocupada por ellos, “debería de notificárseles su derecho a obtener la concesión, permiso u otro tipo de autorización para su aprovechamiento, antes de otorgarlos y sólo en caso de que no quisieran hacer uso de ese derecho entregarlos a otras personas”.¹⁹ Asimismo, en torno al derecho preferente que tienen los pueblos y comunidades indígenas para obtener concesiones que se otorguen mediante concurso, igualando la mejor propuesta económica que presente otro concursante, los mismos autores se preguntan “¿Cuándo podrá un pueblo indígena, en las precarias condiciones en que se encuentra, competir con una empresa transnacional?”²⁰

¹⁹ Francisco López Bárcenas y Mayra Montserrat Eslava Galicia, *El mineral o la vida. La legislación minera en México*, p. 55 [Documento en línea].

²⁰ *Ibid.*, p. 56.

Es importante señalar que de manera previa a lo dispuesto por la Constitución General de la República²¹ y por la Ley Minera,²² el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del que México es parte al ser aprobado por la Cámara de Senadores el 11 de julio de 1990 y ratificado por el Ejecutivo Federal el 13 de agosto del mismo año, contempló el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de sus recursos naturales. De manera expresa, el Convenio establece:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.²³

Como se aprecia, en realidad este Convenio contempla tres derechos diferentes de los pueblos indígenas y tribales en relación con los recursos naturales del suelo y del subsuelo de los territorios que les pertenecen, en caso de que dichos recursos correspondan legalmente al Estado: *a)* Derecho a ser consultados para determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida antes de autorizar cualquier acción tendente a la explotación de los mismos; *b)* derecho a participar “siempre que sea posible” en los beneficios que reporten tales actividades; y *c)* derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de la explotación.

Prerrogativas que no han sido desarrolladas en la legislación nacional para hacerlas operativas, incumpliendo de manera flagrante el gobierno mexicano con la obligación que contrajo al aprobar y ratificar el Convenio internacional respectivo. Pero más aún, con todo lo importantes que son y la atención que merecen los pueblos y comunidades indígenas en nuestro país, existen comunidades agrarias y ejidos (la mayoría), que no se definen como pueblos originarios y que tampoco son consultados ni participan de los beneficios de actividades como la minera que se desarrollan en las tierras que legalmente les pertenecen, pero que sí son afectados negativamente. Por tanto, aun el Convenio 169 de la OIT parece limitado en sus alcances, ya que en la legislación nacional habría que considerar a todas las poblaciones que se ven afectadas, incluso las que tienen un régimen de propiedad privada sobre la tierra y no sólo a los pueblos y comunidades indígenas, no obstante que a éstas, por ser las herederas de los poblado-

²¹ *DOF*, 14 de agosto del 2001.

²² *DOF*, 28 de abril del 2005.

²³ OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 15, Base 2ª.

res originarios y debido al mayor rezago que enfrentan en todos los órdenes de la vida social, tendría que dárseles un trato aún más privilegiado.

Debido a la ausencia de legislación puntual y al cada vez mayor rechazo de los propietarios y pobladores de las áreas rurales hacia los grandes proyectos mineros, en los últimos tiempos los concesionarios han venido recurriendo a estrategias diferentes para intentar remontar los obstáculos que se les presentan en la consecución de sus objetivos: el arrendamiento o la compraventa de tierras en lugar de solicitar al Estado la implementación de medidas unilaterales como la de la ocupación temporal, la expropiación o la imposición de servidumbres; la promesa de apoyar proyectos productivos de las comunidades; el ofrecimiento de financiar obras de beneficio social como la construcción de escuelas, carreteras, centros de salud, etcétera; e incluso, los menos, la disposición para compartir migajas de sus abultadas utilidades.²⁴ Pero debido a que el denominador común de todas estas estrategias es la ancestral intención de cambiar espejitos y piedras falsas de colores por oro, plata y piedras preciosas, han tenido escaso resultado y al día de hoy la oposición a la minería que no sólo no beneficia a las poblaciones, sino que las perjudica y hasta las aniquila, reclama otro tipo de medidas.

V. La propiedad del subsuelo

El modelo de propiedad vigente, aplicable no sólo en México sino en la mayor parte de América Latina a los recursos del subsuelo, tiene su origen en la época colonial, cuando al transmitir el monarca español a particulares la propiedad de lotes mineros se reservaba para sí el denominado *alto dominio* o *dominio radical* sobre los mismos,²⁵ lo que le permitía recuperarlos en caso de que el beneficiario no cumpliera con la doble condición de trabajar la mina y pagarle como regalías una parte de los productos obtenidos. Se dice que se trataba de una transmisión plena de la propiedad, ya que el adquirente obtenía los tres atributos clásicos de la misma: *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius abutendi*, pero sujeta a condición resolutoria, lo que llegado el caso le permitía al rey recuperar el lote minero y entregarlo a una persona distinta para seguir obteniendo los beneficios del *dominio radical* que se reservaba.

Al adquirir su independencia las naciones latinoamericanas, la figura del rey fue sustituida por la de la Nación o el Estado, pero en esencia el modelo siguió siendo el mismo hasta nuestros días, ya que aun cuando, como es el caso de nuestro sistema legal, no se considera que el concesionario adquiera la propiedad de la mina,²⁶ la concesión es revocable y se puede otorgar a otra persona si la primera no cumple con

²⁴ Susana González G., *op. cit.*; y Ernesto Martínez Elorriaga, “Conflicto minero, trasfondo de la entrada del Ejército en Aquila”, *La Jornada*, 17 de agosto del 2013.

²⁵ Óscar Morineau, *op. cit.*, pp. 200-207.

²⁶ *Ibid.*, p. 239.

las obligaciones a su cargo, entre ellas, las de realizar los trabajos a que se comprometió y pagar los derechos correspondientes.

Un régimen de la propiedad así presenta poco conflicto cuando el propietario de la mina o concesionario no desplaza a nadie, es decir, cuando no existe un propietario particular previo. Pero hoy en día, como vimos, la propiedad territorial pública en México es marginal, de tal manera que la mayoría de las concesiones se otorgan sobre terrenos cuyos dueños son propietarios privados, ejidatarios o comuneros, sobre todo estos dos últimos que, por una parte detentan alrededor de 50% de la superficie del país, pero, por la otra, son los menos favorecidos en términos de condiciones mínimas de bienestar material. Es a propósito de estos propietarios que el régimen de propiedad se presenta como un modelo conflictivo en el que se sacrifica a unos para que otros ganen, no obstante que los que pierden son los que primero llegaron y adquirieron algún derecho, y el simple sentido común dice que aunque sólo por eso algún privilegio tendrían que tener.

Al lado de este sistema existe otro, aplicable en regiones del *common law*, como serían algunos estados de la Unión Americana,²⁷ Sudáfrica o Australia, en el que, de entrada, no hay conflicto, debido a que no existe desmembramiento de la propiedad territorial y el dueño de la superficie lo es también del subsuelo, con la posibilidad de explotar por él mismo los recursos minerales que ahí yaczan, incluidos petróleo y gas; de negociar con terceros su explotación o simplemente enajenar su lote en un precio acorde con los resultados esperados.

La existencia de un sistema de propiedad así debiera ser particularmente interesante entre nosotros por lo que hace a ejidatarios y comuneros, ya que existen historias de éxito de pueblos nativos de otras latitudes, como es el caso de Canadá y Alaska,²⁸ quienes a partir de derechos de propiedad plenos han sido capaces de explotar ellos mismos los recursos naturales de sus territorios, superando, para siempre, las ancestrales condiciones de pobreza a las que parecían estar condenados eternamente. Lo que han hecho, conservando su cultura, especialmente la relacionada con el respeto y cuidado al medio ambiente que caracteriza a la mayor parte de las civilizaciones nativas en el mundo.

Como los recursos naturales del subsuelo no son mercancías que se produzcan mediante el trabajo humano,²⁹ sino regalos de la naturaleza, que a partir de determinadas condiciones físicas y químicas y a lo largo de millones de años se formaron en el interior de la tierra, pero que para su extracción requieren de inversiones y trabajo humano, es natural que quien financia este proceso piense que no tendría que compartir sus utilidades o, mejor dicho, su renta, con nadie, ni siquiera con otros portadores de derechos sobre el suelo o el subsuelo, sean también particulares o el propio Estado.

²⁷ Jesús Mora Contreras, “El derecho minero en los Estados Unidos” [Documento en línea].

²⁸ Hernando de Soto, “El misterio del capital de los indígenas amazónicos”, 1ª, 2ª y 3ª partes [Video en línea].

²⁹ Armando Bartra Vergés, “Renta petrolera. Cómo se forma, quiénes la pagamos, quién la capitaliza”, *Alegatos*, UAM-A, Núm. 83, México, ene-abr. 2013, pp. 117-121.

Esta noción de las cosas se enfatiza todavía más en el primero de los sistemas antes mencionados, en el que, por una parte, tenemos al propietario de la superficie y, por la otra, al Estado como dueño de los recursos naturales existentes bajo la superficie. En este caso, la vigilancia del Estado o, mejor dicho, de sus funcionarios o agentes para asegurar una explotación racional de los recursos se vuelve laxa. A los agentes tampoco les interesa maximizar el ingreso del Estado con base en el derecho que le corresponde porque no lo ven como algo suyo, ni cuidar el medio ambiente, porque finalmente no son sus tierras ni las habitan. Todo esto deja vía libre para caer en el extremo al que se ha llegado en México en el que los concesionarios no han tenido que compartir con nadie sus abultadas utilidades, apropiándose ellos solos de una renta que teóricamente tendrían que compartir con todos.

Todo esto deja vía libre para caer en el extremo al que se ha llegado en México en el que los concesionarios no han tenido que compartir con nadie sus abultadas utilidades, apropiándose ellos solos de una renta que teóricamente tendrían que compartir con todos.

Por el contrario, en el otro sistema en el que el Estado no es el dueño del subsuelo, sino que existen propietarios privados plenos, que lo son tanto del suelo como de lo que hay debajo de él, estos sienten que su derecho tiene valor y buscan participar directa y razonablemente en la renta por obtener, ya sea extrayendo ellos mismos los recursos, asociándose con terceros u otorgando licencias o contratos. Básicamente lo mismo que hace el Estado cuando el subsuelo le pertenece, sólo que por lo general de una manera más eficiente y buscando la sustentabilidad del recurso, pues se trata del territorio propio, del hábitat de los ancestros y la herencia de los hijos. En el otro extremo, los terceros que participan en el proceso, sea como socios, contratistas o licenciatarios, se ven impelidos a moderar su ambición, pues tienen frente a ellos, no a los indiferentes agentes del Estado, ni a superficiarios fácilmente desplazables, sino a propietarios con todos los derechos, que sin una participación razonable no permitirán el acceso a sus terrenos, ni mucho menos a los recursos del subsuelo.

VI. Conclusiones

La actividad minera que se lleva a cabo en nuestro país no sólo no beneficia a la Nación sino que la perjudica, porque a cambio de favorecer las cifras macroeconómicas los concesionarios, sobre todo las empresas extranjeras que explotan minerales preciosos, pagan salarios ridículos a sus trabajadores, depredan y contaminan el medio ambiente, desplazan poblaciones que pierden sus medios de subsistencia y no comparten con nadie sus ganancias, ni siquiera con el Estado que teóricamente

debería de captar importantes recursos proveniente de esta actividad para después destinarlos a satisfacer las ingentes necesidades de una población nacional cada vez más depauperada.

La reciente reforma a la Ley Federal de Derechos, que contempla el pago por parte de las empresas del ramo, de 7.5% de sus utilidades para destinarlo en su mayor parte al llamado Fondo Regional Sustentable de Estados y Municipios Mineros, debe verse como un logro de las poblaciones afectadas, del periodismo y la academia, que han venido combatiendo, denunciando y documentando los abusos, más que como un rasgo de política de Estado que sea consciente de la gravedad del problema y que tenga una estrategia clara para enfrentarlo. Más aun, habrá que ver en cifras el resultado de la nueva recaudación para saber si la acción fue significativa en relación con el volumen de ganancias de las empresas, así como el manejo que en su momento se llegue a hacer de la misma por parte de estados y municipios, para determinar si benefició o no al interés general o sólo alimentó los pozos profundos de la corrupción que caracterizan a todos los niveles de gobierno en México.

Pero más allá de la reciente reforma hacendaria, queda pendiente de cumplimiento el Convenio 169 de la OIT en cuanto a la consulta efectiva de los pueblos indígenas respecto de las acciones legislativas o administrativas que les afecten, así como su participación en los beneficios que reditúa la actividad minera en sus territorios, porque en cuanto a lo segundo, el Convenio internacional suscrito por México es muy claro para quien quiera entenderlo, en el sentido de que la participación deberá ser directa y no mediatizada por estados y municipios para después traducirla en “obras de beneficio colectivo”.

En este punto se impone la reflexión de que el derecho a la consulta y la participación directa en las utilidades se tendría que hacer extensiva a toda clase de propietarios de la superficie, sean pueblos indígenas o no, ya que, en esencia, su derecho sobre la tierra es el mismo, sus desfavorable condiciones materiales de existencia son semejante y no hay diferencia entre los efectos adversos que unos y otros llegan a padecer a consecuencia de esta actividad.

La necesidad de pensar en medidas más justas e imaginativas en torno a lo relacionado con los recursos naturales del subsuelo en general y ya no sólo respecto de los que tienen que ver con la aplicación de la Ley Minera, cobra hoy mayor relevancia que nunca, si consideramos que con la reforma constitucional a los artículos 25, 27 y 28 recién llevada a cabo,³⁰ que somete a los hidrocarburos y al gas a un régimen similar al de la minería, podrían multiplicarse los efectos perniciosos de esta por todo el territorio nacional.

Una vez que esta última reforma sea desarrollada en las leyes secundarias se otorgarán contratos (en realidad concesiones disfrazadas) que permitirán que las empresas beneficiarias, en su mayoría extranjeras, perforen miles de pozos por todo el país a fin de extraer gas de lutitas (*shale*), que se encuentra a grandes profundi-

³⁰ DOF, 20 de diciembre del 2013.

dades en el subsuelo y que para llevarlo a la superficie requerirá la inyección de grandes cantidades de agua y arena con productos químicos venenosos, que podrían contaminar a gran escala los depósitos de agua potable.³¹ Sobra decir que esta actividad, que es preferente sobre la propia minería, también se llevará a cabo sin consulta previa a los propietarios de la superficie y sin ningún tipo de participación directa de los mismos en las utilidades.

Vistas las dimensiones del saqueo de los recursos naturales del subsuelo que ya se ha llevado a cabo bajo el régimen de propiedad y tributario imperante y la magnitud del que se avecina con las recientes reformas en materia energética, posiblemente mayor, sin beneficio alguno para la Nación, pero con todos los perjuicios para los propietarios y poblaciones involucradas directamente, ¿sería demasiado radical plantear un cambio al sistema de propiedad y otorgarles, cuando menos a ejidos y comunidades la propiedad del subsuelo para que ellos gestionen la renta proveniente de la extracción de los recursos ubicados en sus propios territorios? O, incluso, mientras esto se piensa ¿sería extremo proponer que los nuevos ingresos provenientes de la reforma a la Ley Federal de Derechos en materia de minería, en lugar de que se entreguen a burocracias corruptas para supuestas obras de beneficio colectivo, se otorguen íntegra y directamente a los propietarios afectados?

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Morineau, Óscar. *Los derechos reales y el subsuelo en México*. 2ª ed. México, UNAM/ Fondo de Cultura Económica, 1997.

Warman, Arturo. *El campo mexicano en el siglo XX*. México, FCE, 2001.

Documentales

González Rodríguez, José de Jesús. *Minería en México, referencias generales, régimen fiscal, concesiones y propuestas legislativas*. México, Cámara de Diputados-Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública Cámara de Diputados, 2011 (Documento de Trabajo, 21) [Versión preliminar, responsabilidad de su autor].

INEGI. *VII Censo Agrícola y Ganadero*. México, Instituto Nacional de Geografía, 1991.

OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ginebra [Suiza], Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Electrónicas

Camimex. 2013. *Informe Anual 2013*. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.camimex.org.mx/files/7113/8194/4631/Informe2013.pdf>> [s.f.a.] Cámara Minera de México.

³¹ John Saxe-Fernández, “EPN: fracturando a México”, *La Jornada*, 6 de marzo del 2014.

Sección Artículos de Investigación

- López Bárcenas, Francisco y Mayra Montserrat Eslava Galicia. 2011. “El mineral o la vida. La legislación minera en México”. [Documento en línea]. Disponible desde internet en: <<http://www.cdiflorycanto-oax.org/doc/mineria.pdf>> [s.f.a.].
- Mora Contreras, Jesús. 2010. “El derecho minero en los Estados Unidos”. [Documento en línea]. Disponible desde internet en: <<http://observatoriopetrolero.blogspot.mx/2010/02/la-propiedad-de-las-minas-en-los.html>> [s.f.a.].
- SE-SGM. 2012. “Anuario Estadístico de la Minería Mexicana”. Ampliada 2011/Versión 2012. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.sgm.gob.mx/productos/pdf/Anuario_2011v2012.pdf> [s.f.a.] Secretaría de Economía-Servicio Geológico Mexicano.
- Soto, Hernando de. 2009. El misterio del capital de los indígenas amazónicos. 1ª, 2ª y 3ª partes [Videos en línea]. Disponible desde internet en: <<http://www.youtube.com/watch?v=zWhoLP2MDQY>> [s.f.a.].

Hemerográficas

- Bartra Vergés, Armando. “Renta petrolera. Cómo se forma, quiénes la pagamos, quién la capitaliza”. *Alegatos*. UAM-A. Núm. 83. México, ene-abr. 2013, pp. 117- 121.
- González G., Susana. “Pago de regalías por utilidad minera se aplica en México y otros países”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México. México, 22 de septiembre del 2013.
- Martínez Elorriaga, Ernesto. “Conflicto minero, trasfondo de la entrada del Ejército en Aquila”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México. México, 17 de agosto del 2013.
- Méndez, Enrique y Roberto Garduño. “México, paraíso fiscal para compañías mineras y canadienses, revela análisis”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México. México, 17 de octubre del 2013.
- Muñoz Ríos, Patricia. “Plantea Gómez Urrutia el ‘abismo’ entre mineros de México y Canadá”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México. México, 25 de septiembre del 2006.
- Saxe-Fernández, John. “EPN: fracturando a México”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México. México, 6 de marzo del 2014.
- Segob. *Diario Oficial de la Federación*, fechas varias. Secretaría de Gobernación.

Legislativas

- Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal de Derechos.
- Ley Minera.
- Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.