



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Witker, Jorge

La actividad minera, el nuevo TLCAN y los derechos humanos

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LI, núm. 153, 2018, Mayo-Agosto, pp. 739-760

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.153.13655>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771812009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA ACTIVIDAD MINERA, EL NUEVO TLCAN Y LOS DERECHOS HUMANOS*

MINING ACTIVITY, THE NEW NAFTA AND HUMAN RIGHTS

Jorge WITKER**

RESUMEN: En los momentos en los que los tres países renegocian el TLCAN, es oportuno destacar que los derechos humanos del artículo 1o. constitucional de la reforma de 2011 obligan a los negociadores mexicanos a responder en forma distinta respecto a las inversiones que vía concesiones Canadá participa mayoritariamente en la actividad minera, con efectos socioambientales negativos para las comunidades y pueblos donde operan las grandes empresas mineras de origen canadiense y estadounidense. A esta temática están destinadas las reflexiones de este artículo.

Palabras clave: minería, inversión renegociación, ambiente, TLCAN, concesión, núcleos agrarios desplazados.

ABSTRACT: In the times when the renegotiation of NAFTA for the three countries is happening, it is appropriate to point out that human rights, from Article 1 of the Constitutional Reform of 2011, oblige Mexican negotiators to respond differently to the investments than via concessions, Canada, participates mainly in the mining activity, with negative socio-environmental effects for communities and towns, where large mining companies of Canadian and American origin operate. The reflections of this article are destined to this theme.

Keywords: mining, investment, renegotiation, environment, NAFTA, concession, displaced agrarian centers.

* Artículo recibido el 6 de abril de 2017 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2018.

** ORCID: 0000-0003-0545-8988. Profesor de derecho económico y comercio exterior en la UNAM. Investigador titular, nivel C, de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correspondencia: Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510 Coyoacán, CDMX. Correo electrónico: witker@unam.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Notas sobre el derecho minero mexicano*. III. *El nuevo TLCAN, o TLCAN 2.0 (Canadá-EEUU-México)*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de los derechos de los recursos naturales, la explotación del subsuelo contempla una vertiente compleja, por la diversidad de intereses que convergen en los ecosistemas y regiones de la comunidad internacional y de México.

No está de más mencionar que en el derecho comparado, en materia extractiva o minera se distinguen dos teorías respecto a la propiedad dual que se presenta en este campo, en donde los países anglosajones —en general— manejan la teoría de la accesión, por la cual los dueños superficiales acceden automáticamente a la propiedad de los subsuelos; en cambio, la otra teoría es la de la separación, en que el dominio superficial, o territorial, está totalmente separado del dominio del subsuelo, dominio este que pertenece, por razones históricas, a un único propietario: el Estado, conocido también como el “dominio eminente”.¹

Podríamos decir que, en efecto, la actividad minera o extractiva se ha desarrollado significativamente en México en los últimos lustros (2000-2017), propiciada por las inversiones extranjeras, vía concesiones, impulsadas por las regulaciones del capítulo XI del TLCAN 1.0 de 1993.

Derivado de ello, los efectos y consecuencias de tales inversiones/concesiones han sido perjudiciales y negativos, tanto para las entidades y municipios como para los pobladores y comunidades implicadas.

En efecto, los impactos ambientales, poblacionales, territoriales, y el desplazamiento de comunidades y pueblos, más la usurpación de aguas, flora, fauna, etcétera, han constituido violaciones flagrantes de derechos humanos, especialmente de los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Por ello, el TLCAN 2.0, que actualmente se negocia, debe observar que tales violaciones se encuentran limitadas y sancionadas en el artículo

¹ Amado Gutiérrez, Carlos, “La propiedad minera”, *Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG*, vol. 13, núm. 25, Lima, Universidad Nacional Mayor San Marcos, 2010, pp. 43 y 44.

1o. de la Constitución federal, así como por los tratados internacionales en la materia, lo que implica un cambio cualitativo en favor de las entidades federativas, municipios y poblaciones con actividades extractivas mineras.

En consecuencia, en un “lote minero” se concentran pobladores, flora y fauna, biodiversidad, clima, sembradíos, bosques, familias, milpa, historia, etcétera, todo lo cual, amparado en lo general por la llamada “propiedad pública”, reconocida generalmente en las cartas constitucionales.

En esta mezcla de intereses, los conflictos del entorno minero abarcan impactos ambientales, la disputa por la tierra y violaciones a derechos humanos.

El presente ensayo aborda el régimen sociojurídico de la minería nacional, a la luz del derecho de las inversiones, tema que se renegocia en el TLCAN 2.0, tomando en cuenta las reformas constitucionales (2011-2013) referidas al ámbito de los derechos humanos, y se propone una ley federal que establezca una evaluación integral socioambiental (EISA), como forma de controlar y mitigar los numerosos litigios existentes en los municipios y regiones de México.

II. NOTAS SOBRE EL DERECHO MINERO MEXICANO

Como es sabido, el derecho minero es una rama del derecho público, que regula la exploración, explotación y beneficios de minerales, que en sus diversas presentaciones se ubican en el subsuelo de un país, en general. Es una rama del derecho administrativo, que, según la tradición española, formaría parte de un derecho administrativo económico, y, que para el derecho mexicano, por la importancia económica del mismo, se estudia en el derecho económico, como parte de la regulación de los recursos naturales, recursos reconocidos internacionalmente como activos estratégicos de los países emergentes o en vías de desarrollo.²

Jurídicamente, por su naturaleza, en el derecho mexicano las minas son clasificadas como inmuebles por el Código Civil Federal (artículo 750), y los minerales que se extraen como muebles, adquieren la calidad de mercancías para los efectos del comercio internacional. De todas maneras, el

² Resolución 626(VII) de la Asamblea General de la ONU, *Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales*, del 21 de diciembre de 1952.

subsuelo pertenece a la nación, de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional, sin que el dueño del predio superficial sea titular de las sustancias o minerales que se encuentren bajo dicha superficie.³

En síntesis, por ser bienes de la nación, son bienes del poder público, que corresponden a la Federación, a las entidades federativas o a los municipios. Igual criterio se observa en el artículo 6o., fracción I, de la Ley General de Bienes Nacionales. Resumiendo: por mandato constitucional, el subsuelo del territorio nacional es de dominio de la nación, y, por lo tanto, es inalienable e imprescriptible, y su uso y aprovechamiento sólo podrá realizarse mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, en observancia de la ley aplicable.

Del marco normativo anterior se desprende la Ley Minera vigente, y sus normas se encuentran ampliadas y reguladas en el Reglamento de la misma, estando vigente la reforma de 2014. Derivada de la reforma constitucional en materia energética, la Ley Minera fue reformada el 12 de agosto de 2014, y por ella, la actividad minera cede su carácter de preferente a actividades relacionadas con el petróleo, gas y servicio público de energía eléctrica, lo que implica que el carácter de utilidad pública asignado a la actividad minera deja de estar presente cuando se trata de los energéticos mencionados. Esta preferencia, aplicable a los energéticos, establece bases para una acumulación energética por desposesión.⁴

Como corolario de lo señalado, el régimen de la minería es de orden público y observancia en todo el territorio nacional, y es de competencia federal, correspondiendo al Congreso de la Unión legislar en la materia minera, y compete al Ejecutivo federal, a través de la Secretaría de Energía, el control y registro exclusivo responde a la Secretaría de Economía. Con ello se ratifica que ni los municipios ni las entidades federativas están excluidos de competencia en esta actividad.⁵

En consecuencia, con motivo de la mencionada reforma energética de 2014, el carácter preferente de las actividades mineras no tendrá efectos

³ Teoría del dominio eminente, que proviene del derecho indiano y novohispano, que asignaba la propiedad del subsuelo como perteneciente al monarca, que derivó después al concepto de soberanía nacional.

⁴ Actividad estratégica energética sobre minería, agricultura, forestal y ambiental.

⁵ La competencia federal inhibe a los estados y municipios de competencias para tutela, policía y vigilancia, en materias general y en derechos humanos.

frente a las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, así como frente al servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, para lo cual la Secretaría de Economía, previo a expedir títulos de concesión o permiso, deberá solicitar información necesaria a la Secretaría de Energía, a fin de verificar si dentro de la superficie en la que se solicita la concesión se realiza alguna de las actividades de exploración y extracción de petróleo, hidrocarburos o del servicio público de energía eléctrica. La Secretaría de Economía puede negar la concesión minera u otorgarla, excluyendo la superficie que comprendan las actividades preferentes, en la medida en que resulten incompatibles con la explotación minera y dependiendo de que la información solicitada confirme la realización de alguna de las actividades de exploración o explotación de hidrocarburos o de energía eléctrica dentro de la superficie para la que se solicita la concesión. Pueden coexistir ambas actividades si el estudio técnico que realice la Secretaría de Energía así lo determina, por lo que, con base en ese estudio, la Secretaría de Economía y la Secretaría de Energía podrán establecer reglas de convivencia entre las actividades mineras y las actividades estratégicas de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica (artículo 6o. LM).⁶

Las concesiones mineras son únicas, lo cual significa, conforme al artículo 19, fracción I, de la Ley Minera, que el título de concesión otorga a sus titulares el derecho a realizar tanto actividades de localización, evaluación y cuantificación de sustancias minerales dentro del lote minero o del perímetro determinado por el título (exploración, artículo, 3o., fr. I, LM), como actividades extractivas y de aprovechamiento de las mineras (explotación, artículo 3o., fr. II), dentro de los lotes mineros que amparen.

Entre los derechos principales que confieren las concesiones mineras a sus titulares, están:

- a) Realizar obras y trabajos de exploración y de explotación dentro de los lotes mineros que amparen.
- b) Disponer de los productos minerales que se obtengan en dichos lotes, con motivo de las obras y trabajos que se desarrollen durante su vigencia.

⁶ Reglas que hasta la fecha no se han determinado o emitido.

- c) Disponer de los terrenos que se encuentren dentro de la superficie que amparen,⁷ a menos que provengan de otras concesiones mineras vigentes.
- d) Obtener la exploración, ocupación temporal o constitución de servidumbre de los terrenos indispensables para llevar a cabo las obras y trabajos de exploración, explotación y beneficio, así como para el depósito de terreros, jales, escorias y graseros, al igual que constituir servidumbres subterráneas de paso a través de lotes mineros. La Secretaría de Economía, a petición de los concesionarios, resolverá sobre la procedencia de las solicitudes de expropiación, ocupación temporal o constitución de servidumbre, previa audiencia de la parte afectada y dictamen técnico fundado. El monto de la indemnización se determinará por medio de avalúo, practicado por la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales; cuando proceda, la Secretaría someterá a la consideración del Ejecutivo federal la resolución respectiva. Las expropiaciones de bienes ejidales y comunales se sujetarán a lo dispuesto por la legislación agraria (artículo 21, LM).
- e) Aprovechar las aguas provenientes del laboreo de las minas para la exploración o explotación y beneficio de los minerales o sustancias que se obtengan y el uso doméstico del personal empleado en las mismas.
- f) Obtener preferentemente concesión sobre las aguas de las minas para cualquier uso diferente a los señalados en el numeral anterior, en los términos de la ley de la materia.
- g) Transmitir su titularidad o los derechos a terceros capacitados para obtenerlas conforme a la Ley.
- h) Reducir, dividir e identificar la superficie de los lotes que amparen las concesiones, o unificarla con la de otras concesiones colindantes.
- i) Desistirse de las concesiones y de los derechos que deriven de las concesiones.
- j) Agrupar dos o más concesiones para efectos de comprobar obras y trabajos previstos por esta Ley y de rendir informes estadísticos y técnicos.
- k) Solicitar correcciones administrativas o duplicados de los títulos de concesión.

⁷ Lo que en España se conoce como “residuos”, en México se conoce como “terreros”.

- 1) Obtener la prórroga en las concesiones mineras por igual término de vigencia, de acuerdo con lo previsto por el artículo 15 de la LM.

Las principales obligaciones que tienen los titulares de concesiones mineras, derivadas del otorgamiento del título de exploración y explotación minera, se encuentran en los artículos 27 al 37 de la LM, y son:

1. Ejecutar y comprobar las obras y trabajos previstos por la Ley, en los términos y condiciones que establecen la misma y su Reglamento.
2. Pagar los derechos sobre minería, que establece la Ley, que se encuentran contemplados en la Ley Federal de Derechos (artículos 262 a 270).
3. Sujetarse a las disposiciones generales y a las normas oficiales mexicanas, aplicables a la industria minero-metalúrgica, en materia de seguridad y equilibrio ecológico.
4. No retirar las obras permanentes de fortificación, que pongan en peligro la estabilidad y seguridad de las minas.
5. Conservar y mantener en buen estado la mojonera o señal que precisa los perímetros de la concesión minera.
6. Rendir a la Secretaría de Economía los informes estadísticos, técnicos y contables pertinentes.
7. Permitir inspecciones por la Secretaría de Economía.
8. Rendir a la Secretaría un informe geológico-minero.
9. Finalmente, los concesionarios mineros deben procurar el cuidado del medioambiente y la protección ecológica, según la legislación vigente.

En estos derechos y obligaciones descritos se observa una omisión total respecto a los campesinos y comunidades que habitan la superficie de los lotes mineros, pobladores que, ancestralmente, han vivido y usufructuado dichos predios, verdaderos propietarios históricos de esos lugares, a los cuales les asiste un derecho de protección evidente que, mínimamente, está contemplado en el Convenio 169 de la OIT, que establece el derecho a la consulta previa, libre e informada, antes de proceder a los trabajos que implica una exploración o explotación minera, y que el gobierno federal, sin consideración alguna de ellos, prefiere entregar, vía concesiones,

esta riqueza perteneciente originalmente a la nación mexicana (artículo 27 constitucional).

Como se observó líneas arriba, estas comunidades carecen de protección municipal y estatal, pues la mencionada Ley Minera entrega a la autoridad federal toda la jurisdicción de policía y vigilancia.

Un dato ilustrativo al respecto, es que la citada Ley Minera sólo en dos artículos se refiere a la palabra “comunidades”, y en ninguna ocasión menciona a los pueblos indígenas, dueños ancestrales de los territorios mineros nacionales. Adicionalmente, conviene señalar que en la actividad minera la presencia de empresas canadienses (70% de los proyectos mineros) y estadounidenses (15%) es visible, por lo que en la actual renegociación del TLCAN nos parece oportuno reiterar y destacarlo.

Finalmente, conviene mencionar el Registro Público de Minería, que es regulado por la Secretaría de Economía, que debe llevar una estadística actualizada de las concesiones mineras otorgadas y su fiel cumplimiento de las obligaciones que deben cumplir los titulares de dichas concesiones.

III. EL NUEVO TLCAN, O TLCAN 2.0 (CANADÁ-EEUU-MÉXICO)

Las actuales negociaciones de revisión o actualización del TLCAN tienen características cualitativamente distintas y específicas respecto al tratado trilateral suscrito en 1993, y que en estos días está cumpliendo veinticinco años de vigencia.

El nuevo posible TLCAN 2.0 debe observar ahora cambios sustanciales con relación a los derechos humanos que a partir de 2011 se incorporaron al artículo 1o. de la carta constitucional federal.

Es por ello que los tres principios básicos que inspiraron al TLCAN 01 deben ahora relativizarse con el paradigma expreso del respeto a los derechos humanos.

En efecto, dichos principios fueron universalidad; es decir, bienes, servicios e inversiones bajo disciplinas comunes; simetría; esto es, que los tres países formalmente ostentan igual nivel de desarrollo y nivelación progresiva de salarios, en donde México aspiraría a acercar sus remuneraciones al de los otros socios del TLCAN.

Dichos principios, en estos veinticinco años, evidenciaron desventajas y perjuicios para México, claramente:

1. La producción de granos del campo mexicano se reemplazó por importaciones cuantiosas;⁸
2. Los ingresos por habitantes de los tres países se distanciaron, y México no se acercó a los ingresos por habitantes de Estados Unidos y Canadá, acentuando las asimetrías;
3. En materia salarial, los sueldos en México perdieron cerca del 60% del poder adquisitivo según el INEGI y el Coneval.

En la actual revisión del TLCAN 2.0 se contemplan las reformas constitucionales expresas en materia de derechos humanos, y que seguramente están actualmente en la mesa de nuestros negociadores.

Por ejemplo, el artículo 89 constitucional, fracción X, señala: “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: ...X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales... el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: ...el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos...”. Es decir, la actual renegociación del TLCAN tiene actualmente el respeto a los derechos humanos como un paradigma fundamental, que deberá ser considerado por los negociadores y por el Senado.

Pero el condicionante constitucional antes visto tiene otro elemento vinculante de tipo constitucional, que, para efectos de la aplicación e implementación en el TLCAN, debe observarse estrictamente.

Se trata de la fracción III del artículo 1o. de la carta fundamental, que a la letra señala:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Además de lo anterior, y aceptando que el nuevo TLCAN, para su aprobación, deberá observar los procedimientos contemplados en el artículo 133 constitucional (de acuerdo con el *principio de interpretación conforme* señalado en el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional) y la

⁸ México importó en 2017 cerca de 30 mil millones de dólares en granos diversos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en sus contenidos pasan a ser norma jurídica obligatoria e integrantes del orden normativo nacional.

Uno de los principios del comercio internacional, y en especial el referido al derecho de las inversiones, el llamado “principio de tratamiento justo y equitativo”, que debe otorgarse a las sociedades extranjeras por parte de los países receptores o huéspedes.

En efecto, en un sector específico de un país del TLCAN, relacionado con la actividad minera en México, nos preguntamos: ¿se ha observado un trato justo y equitativo para las comunidades, pueblos originarios, campesinos y ciudadanos, por parte de los inversionistas canadienses, en estos veinticinco años de vigencia del TLCAN?

No está de más recordar que la actividad minera en México, a partir del TLCAN 1.0, se ha concentrado en cerca de 25 mil concesiones y permisos de exploración y explotación minera, de las cuales el 80% está en manos de sociedades canadienses, y el resto, de Estados Unidos, Inglaterra, China, Japón, Perú, etcétera.⁹

Dicha actividad genera alrededor de 200 mil millones de dólares, que tributa anualmente sólo 18 millones de dólares, y que concentra minerales como oro, plata, cobre, hierro, plomo, zinc, carbón, y últimamente litio (en San Luis Potosí), etcétera.

En estos años de explotación minera, los efectos en materia de derechos humanos han sido, en general, devastadores y negativos, como lo ha registrado el *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas*, Michel Forst, que visitó al país a inicios de 2017.¹⁰

En síntesis, cerca del 30% del territorio nacional, que comprende a 27 entidades federativas, conforma el escenario en donde se desarrolla esta actividad económica, al parecer sin mayor control por parte de los gobiernos locales y federales.

⁹ Conviene mencionar que las mineras canadienses responden a la agencia gubernamental Export Development Canada (EDC), que las financia sin consideración alguna a la responsabilidad social de dichas empresas, y a los impactos ambientales que detonan donde operan.

¹⁰ Forst, Michel, *Visita a México. Informe de cierre de misión*, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, 24 de enero de 2017, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/SRHRD-END-OF-MISSION-STATEMENT-FINAL_ESP.pdf.

Estas cuantiosas inversiones, que reditúan ingresos colosales en la exportación de oro, plata, hierro, zinc, etcétera, dejan exiguos dividendos en favor de las regiones y municipios donde operan. A esta tragedia social y ambiental se suma el premio que el gobierno de México otorga a las empresas canadienses, las que, desde la administración de Felipe Calderón, gozan del convenio bilateral para evitar la doble tributación,¹¹ exención de impuestos generados por el subsuelo mexicano, que no tributa ni beneficia en nada a los pueblos perjudicados y al erario.¹²

Circunscrito a esta actividad, y de acuerdo con el Informe Forst, se han observado las siguientes violaciones a los derechos humanos:

1. Inobservancia del Convenio 169 de la OIT, que comprende el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas y tribales.
2. La privación de libertad, amenaza y muerte de numerosos defensores de los recursos naturales de dichas comunidades campesinas, cuyo registro se da cuenta en dicho informe.
3. La desaparición y muerte de numerosos luchadores y defensores de las tierras y aguas, incluso superior a los homicidios de periodistas, hechos sucedidos fundamentalmente en las regiones en donde se realiza la exploración o explotación minera.
4. El desplazamiento de cerca de treinta mil pobladores, que han sido obligados a abandonar sus tierras, provocado por conflictos de empresas mineras en diversas entidades federativas.¹³

También debe contemplarse, en las actuales negociaciones del TLCAN 2.0, la forma como dicho tratado contemple eventuales efectos de sus disposiciones, en las siguientes materias:

¹¹ “Decreto Promulgatorio del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta, firmado en la Ciudad de México, el doce de septiembre de dos mil seis”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de junio de 2007, pp. 5-22.

¹² Valadez Rodríguez, Alfredo, “Minería. Cinco siglos de saqueo”, *La Jornada*, México, 2013.

¹³ Lemus, J. Jesús, *México a cielo abierto*, México, Grijalbo, 2018.

1. Protección y derecho a un medio ambiente sano, cuestión que pasa por contemplar regulaciones en materia de los proyectos en infraestructura, que dañan a los ecosistemas, a la flora y la fauna de pobladores, en distintos lugares del país.
2. El derecho al agua, por ejemplo, que está garantizado en el artículo 4o. constitucional, para impedir casos como los de Puebla, en que se intenta encerrar dos ríos en una presa para la actividad minera, y eliminar el abasto del agua a los pueblos aledaños, proyectos de infraestructura, que supuestamente se amparan en el derecho de los inversionistas. ¿Servirá, en este caso, la ponderación indicada por Robert Alexy, en favor de los derechos humanos?¹⁴
3. El derecho a un salario justo y equitativo, como lo establece el artículo 123 constitucional, así como el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, frente a las políticas restrictivas que imponen los compromisos macroeconómicos del TLCAN (1.0 o 2.0).

Estos derechos, como los de educación, salud, vivienda, trabajo, medioambiente sano, seguridad social, alimentación adecuada, pueden ser defendidos bajo un concepto construido por el expresidente ministro de la Suprema Corte, Juan Silva Meza, denominado como el “mínimo vital”, el que adquiere un carácter de exigibilidad, y del cual los negociadores del actual TLCAN 2.0 deben contemplar y tener en la mesa de negociaciones, porque ahora el compromiso de respeto de los derechos humanos no es abstracto ni general, sino, como lo ratifica el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, “toda autoridad”, de distintos niveles, tiene la obligación de proteger, promover, respetar y garantizar a los derechos humanos.

Por otra parte, México ha firmado y hecho parte de diversos instrumentos internacionales que contienen directamente derechos económicos, sociales y culturales, como son los siguientes:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado en marzo de 1981).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, ratificada en marzo de 1981), y

¹⁴ Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2017.

— Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, ratificado en abril de 1996).

También existe la vía reivindicativa de forma indirecta; esto es, por derechos civiles y políticos cuya vulneración también puede afectar, por el principio de interdependencia de los derechos humanos, a los derechos económicos sociales y culturales:

- a) Derecho a la salud: artículos 4o., 5o., 7o., 8o., 9o., 11, 17, 13 y 25 de la CADH, y 10 del Protocolo de San Salvador.
- b) Derecho a la seguridad social (pensiones): artículos 21, 24 y 25 de la CADH, y 9o. del Protocolo de San Salvador.
- c) Derecho a la educación: artículos 4o. y 19 de la CADH, y 13 del Protocolo de San Salvador.
- d) Derechos sindicales: artículo 16 de la CADH y 8o. del Protocolo de San Salvador.
- e) Derecho al trabajo y condiciones justas y satisfactorias de trabajo: artículos 2o., 6o., 8o., 9o., 24 y 25 de la CADH, y 6o. y 7o. del Protocolo de San Salvador.
- f) Derecho al medioambiente sano: artículos 13, 21 y 23 de la CADH, y 11 del Protocolo de San Salvador.
- g) Derecho a la alimentación: artículos 4o. y 5o. de la CAHD, y 12 del Protocolo de San Salvador.
- h) Derecho a los beneficios de la cultura: artículos 4o., 5o., 11, 12, 13 y 21 de la CAHD, y 14 del Protocolo de San Salvador, y
- i) Derecho a la vivienda: artículo 21 de la CAHD, y 34.k de la Carta de la OEA (ratificada por México en noviembre de 1948).

También se debe tomar en cuenta la numerosa jurisprudencia actual y futura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya sido o no México Estado sancionado, y en la medida en que contenga derechos más favorables a la persona, tal y como señaló en su momento la siguiente jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Contradicción de tesis 293/2011, en abril de 2014:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, uno de los principios del comercio internacional, y en especial el referido al derecho de las inversiones, es el llamado “principio de tratamiento justo y equitativo”, que debe otorgarse a las sociedades extranjeras por parte de los países receptores o huéspedes.

Adicionalmente, en materia de derechos humanos en la minería, y como es sabido, el paradigma de los derechos humanos, en el orden jurídico nacional, cruza toda la rama del derecho, e implica, en consecuencia, a los tres órdenes de gobierno, lo cual supone que “toda autoridad tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley” (artículo 1o. constitucional, párrafo tercero).

La mercantilización de los recursos naturales, y específicamente mineros, enfrenta dos lógicas distintas, que deberían ser mediadas por el

Estado. En efecto, los beneficios desmedidos de los inversionistas concesionados y la exclusión y pobreza de esos beneficios, de las comunidades campesinas e indígenas, sumado a una disputa por el territorio, así como por los entornos naturales, como el agua, la flora, la fauna y el propio aire. “En contraste, para las comunidades el territorio tiene implicaciones más complejas, por un lado, representa el sostén de la vida, en términos de hábitat, de acceso a uso de los recursos para desarrollar actividades como agricultura, ganadería, generando sentimientos de pertenencia, arraigo, historia e identidad”.¹⁵

Son dos maneras de ver y vivir el territorio y sus ecosistemas: para unos, como vimos, es el uso-arraigo ancestral, y para los concesionarios, un espacio geográfico a explotar, a cualquier precio. Ésta es la base de los extendidos conflictos mineros de América Latina y México en particular.¹⁶

En estos conflictos, como es de suponer, el respeto a los derechos humanos es un imperativo, que a partir de la reforma de 2011 a la Constitución federal, las autoridades ahora observarán y respetarán en favor de las poblaciones y comunidades indígenas y campesinas, a fin de evitar las exclusiones y atropellos con que los concesionarios, mayoritariamente extranjeros, han actuado en los últimos quince años en México.

En seguida presentamos un breve recuento de los derechos fundamentales comprometidos por la actividad minera:

- i. Los derechos reales sobre recursos naturales, propiedad o aprovechamiento del recurso afectado, en su calidad, cantidad o escasez, como el agua, bosque, biodiversidad y los suelos cultivados. “el daño a esos recursos deriva en la afectación a los entornos de vida, socialmente construidos y culturalmente significados y valorados... espacios urbanos, territorios, sitios sagrados, tierras de cultivo y pastoreo, zonas costeras, etc.”,¹⁷ lo que repercute en las modalidades

¹⁵ Garibay Orozco, Claudio, *Paisaje de acumulación minera por desposesión campesina en el México actual*, México, UNAM, 2010.

¹⁶ *Mapa de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina*, Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, disponible en: https://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/.

¹⁷ Delgado Robledo, Sandra, *De la evaluación del impacto ambiental a la evaluación del impacto sociocultural y ambiental, en el contexto de la actividad minera, tesis de maestría*, México, FLACSO, 2014.

de tenencia de la tierra, en los usos actuales y potenciales distintos a la minería, incluida una secuela de impactos negativos, que muchas regiones del país han experimentado y experimentan en la actualidad.

- ii. En cuanto a los derechos subjetivos, hablamos, en consecuencia, del derecho a la salud, a la vivienda adecuada, a la posesión o propiedad, al agua y al medioambiente sano.

Paralelamente, en cuanto al ordenamiento jurídico mexicano, el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes señala como una obligación de los gobiernos el “velar para que se efectúen estudios en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural sobre el medioambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”. Se trata de, efectivamente, cumplir, a partir de ahora, con el derecho a la consulta veraz, objetiva e informada sobre los proyectos mineros, como condición previa para externar su consentimiento o desacuerdo con dicho proyecto.

En un recuento aproximado de los efectos sociales que la actividad minera provoca, se señalan los siguientes:

1. Desmantelamiento de los sistemas de producción local.
2. Desorganización de los mercados locales de mano de obra.
3. Dispersión de grupos de parentesco y de sistemas familiares, al igual que la destrucción de redes sociales informales que proporcionaban ayuda mutua.
4. Emigración.
5. Abandono de contextos espaciales simbólicos, como montañas, arroyos, que son parte de la identidad de las comunidades y de las personas que las conforman.
6. En comunidades indígenas, desconocimiento de las autoridades tradicionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en el sentido de que la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos puede generarse por actos de particulares, en principio, no atribuibles a terceros, cuando por acción

u omisión el Estado incumple la posición de garante de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El origen inmediato de este tipo de responsabilidad es el acto del particular; el origen mediato es que el Estado no adopte “las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”.¹⁸

Para entender este tipo de responsabilidad es necesario precisar que en la sentencia del caso de la Masacre de Mapiripán la Corte precisó que la posición de garante es la situación en que se halla el Estado de obrar para impedir que se produzca la violación a los derechos humanos.

Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que el Estado vulnera la posición de garante cuando no previene las violaciones a los derechos humanos.

Consecuente con el estándar que ha señalado la Corte IDH respecto a la obligación que los Estados asumen como garantes del respeto de estos derechos, y vistos los numerosos conflictos que México ha experimentado y experimenta en materia minera, en donde cerca del 30% del territorio nacional ha sido concesionado en exploración, explotación y beneficio minero a empresas extranjeras, fundamentalmente canadienses y estadounidenses, y como un expediente de arbitraje o acercamiento de los intereses en pugna, creemos que el Poder Legislativo del Estado mexicano debe entrar a participar directamente, pues los niveles de gobierno (Ejecutivos en general) se muestran limitados e insuficientes para abordar tan complejo problema, que afecta a tantas regiones, municipios y entidades federativas.

El esquema actual de la Ley Minera vigente, así como de la reforma constitucional energética, centraliza toda la actividad minera en la Secretaría de Economía, la que tiene a su cargo otorgar las concesiones sin ningún rigor ni competencia, para medir los impactos ambientales de los proyectos mineros.

Dicha situación, en los aspectos socioambientales, deja en la indefensión total a los comuneros, campesinos e indígenas, dueños ancestrales de la tierra. Esta indefensión ha propiciado despojos, exclusiones, pobreza,

¹⁸ Corte IDH, *caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 7 de marzo de 2005, serie C, núm. 122, párrafos 101 y 101.

en lo que algunos estudiosos han denominado “el proceso de acumulación minera por desposesión”.¹⁹

Para zanjar esta grave situación, se sugiere la promulgación de una ley federal que regule una verdadera evaluación integral socioambiental (EISA), en que haga converger el interés nacional, pues se trata de compatibilizar el desarrollo de la industria minera con los intereses de las comunidades, que han sido, hasta la fecha, excluidas de todo progreso, y, por el contrario, sujetos masivos e ignorados de miles de desplazamientos de familias y comunidades, cifras que para algunos estudiosos alcanzan a los treinta mil desplazados de sus territorios agrícolas, forestales y de largas tradiciones en los alejados municipios de las veintisiete entidades federativas, en donde se concentran las inversiones mineras autorizadas en los últimos quince años.

En síntesis, la Ley EISA se conceptualiza como un instrumento de política estatal de protección a los derechos humanos de las comunidades frente a los intereses de empresas mineras, con lo cual el Estado mexicano se previene de eventuales responsabilidades internacionales en este ámbito de gran notoriedad y visibilidad mundial.²⁰

Con este instrumento, la Ley EISA se enfocaría en ser preventiva para alcanzar los siguientes objetivos:

- a) Visibilizar un problema que hasta ahora las leyes de la materia ignoran;
- b) Facilitar la identificación de posibles obligaciones violadas, posibles responsables, posibles grados de incumplimiento a los estándares de derechos humanos asociados con la actividad minera y alternativas para no incurrir en violaciones;
- c) Garantizar la construcción del derecho a la consulta libre, previa e informada de las comunidades, y
- d) Vincular y condicionar el otorgamiento de la concesión a los resultados de las evaluaciones.²¹

¹⁹ Delgado Robledo, Sandra, *De la evaluación del impacto ambiental a la evaluación del impacto sociocultural y ambiental, en el contexto de la actividad minera...*, cit.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

En los momentos en que se actualiza el TLCAN, y considerando que Canadá y Estados Unidos son inversores y productores importantes de la minería mexicana, los derechos humanos, desde la legislación laboral a la ambiental, y pasando por los derechos de vivienda, alimentación, salud, educación y vida digna, constituyen bases sólidas para una nueva renegociación, en donde la equidad y el beneficio compartido de los tres países se exprese con fuerza en el campo de la minería, campo que, hasta la fecha, ha sido tierra fértil para la explotación humana y degradación ambiental significativa en las veintisiete entidades federativas de la República mexicana.

IV. CONCLUSIONES

1. El impulso a las inversiones extranjeras, de varios capítulos del TLCAN 1.0, se planteó en 1993 en favor de los capitales privados, sin consideración a eventuales vulneraciones a los derechos humanos en la sociedad mexicana.
2. En dicho contexto, tanto el propio TLCAN de 1993 (1.0) como la legislación minera vigente siguieron una línea mercantilista, y omitieron toda referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, presentes en las entidades y municipios implicados en las concesiones mineras respectivas.
3. La propiedad eminente del Estado federal del subsuelo nacional, a partir de 2000, se instrumentó como un escenario mercantil exclusivo, sin considerar la existencia de una propiedad social amplia y legítima, surgida de la Revolución mexicana y plasmada en la Constitución de 1917.
4. Esta política minera, sesgada en favor de las concesiones mineras privadas, generalmente extranjeras, dio por resultado un impacto negativo en materia ambiental, territorial, laboral, de salud, en diversos lugares comuneros y ejidales, los que se encontraron en abierta indefensión frente al poderío y presencia de inversionistas privados, que sólo han mirado por sus inversiones lucrativas e intereses.
5. Temas como el derecho a la consulta libre, previa e informada, que establece el Convenio 169 de la OIT, que otorga a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, en materia de exploraciones y ex-

plotaciones mineras, no ha sido observado en caso alguno, lo cual plantea que las concepciones vigentes pueden ser anuladas sin el cumplimiento de este requisito.

6. Con la reforma constitucional al artículo 1o., entre otros, de nuestra carta fundamental, los negociadores del TLCAN 2.0 tienen ahora la obligación de incorporar a las negociaciones este derecho de pueblos y comunidades, en que se prevé claramente la protección de los derechos humanos, especialmente en materia de DESCA.
7. Por otra parte, la legislación minera vigente, que, siguiendo erróneamente, a mi juicio, la reforma energética de 2013, debe actualizarse y complementarse con la observancia explícitamente señalada en la primera parte del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, que a la letra señala: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.
8. Para mitigar y atemperar un tanto los litigios entre la propiedad del subsuelo y la propiedad social, tan extendida en el territorio nacional, sugerimos incorporar a la Ley Aduanera la obligación, por parte de los concesionarios-inversionistas, una evaluación integral socioambiental, como requisito previo al inicio del ejercicio de derechos por parte de los concesionarios a explorar o explotar minerales en el territorio nacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2017.
- AMADO GUTIÉRREZ, Carlos, “La propiedad minera”, *Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG*, Lima, vol. 13, núm. 25, 2010.
- CORTE IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 7 de marzo de 2005, serie C, núm. 122, párrafos 101 y 101.
- Decreto Promulgatorio del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fis-*

- cal en Materia de Impuestos sobre la Renta*, firmado en la Ciudad de México el doce de septiembre de dos mil seis, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2007.
- Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales*, Resolución 626(VII) de la Asamblea General de la ONU, del 21 de diciembre de 1952.
- DELGADO ROBLEDOS, Sandra, *De la evaluación del impacto ambiental a la evaluación del impacto sociocultural y ambiental, en el contexto de la actividad minera, tesis de maestría*, México, FLACSO, 2014.
- FORST, Michel, *Visita a México. Informe de cierre de misión*, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, 24 de enero de 2017, disponible en: https://www.hchr.org.mx/imagenes/doc_pub/SRHRD-END-OF-MISSION-STATEMENT-FINAL_ESP.pdf.
- GARIBAY OROZCO, Claudio, *Paisaje de acumulación minera por desposesión campesina en el México actual*, México, UNAM, 2010.
- HILGERS, Mirco, *Chilean Mining Law for the Prospector, Miner and Investor*, Santiago, J. C. Sáez Editor, 2014.
- JARA VÁZQUEZ, María Elena, *Derecho económico contemporáneo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- KLUGER, Viviana (comp.), *Análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Helia, 2006.
- LEMUS, J. Jesús, *México a cielo abierto*, México, Grijalbo, 2018.
- Mapa de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina*, Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, disponible en: https://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime y GONZÁLEZ ISA, Felipe, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime y GONZÁLEZ ISA, Felipe, *Textos básicos de derecho internacional público*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000.
- OTTONE, Ernesto, *Civilización o barbarie. Ensayo sobre la convivencia global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- ROJAS CASTRO, María Ovidia, *Derecho económico en México. Legislación y realidad*, México, Porrúa, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, CLACSO, 2010.

VALADEZ RODRÍGUEZ, Alfredo, “Minería. Cinco siglos de saqueo”, *La Jor-
nada*, México, 2013.

WITKER, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 12a. ed., México, UNAM,
2017.