



FUNDACIÓN FORO NACIONAL POR COLOMBIA

LA NORMATIVA MINERA EN PAISES DE AMÉRICA LATINA
Un estudio sobre Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú

INFORME REGIONAL

Bogotá, Noviembre de 2013

FUNDACIÓN FORO NACIONAL POR COLOMBIA
LA NORMATIVA MINERA EN PAISES DE AMÉRICA LATINA
Un estudio sobre Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú

INFORME REGIONAL

El sector extractivo y, en particular, la minería han mostrado un auge sin precedentes en América Latina en la última década, producto del incremento de la demanda y de los precios internacionales de las materias primas, así como de la prioridad que los gobiernos en varios países le han otorgado al sector dentro de sus políticas macroeconómicas. Inspirados en una postura extractivista (Colombia, Perú) o neo-extractivista (Ecuador, Bolivia), los gobiernos han proclamado la importancia del sector por las rentas que genera y la utilidad de estas últimas para impulsar otros sectores de la economía o implementar políticas sociales redistributivas o de corte asistencial.

Lo cierto es que el sector minero ha incrementado su peso en las economías nacionales, aunque el ritmo y alcance de ese aumento han sido diferentes en cada país: mientras en México, la minería participa con el 1% en el PIB nacional, en Chile esa cifra se acerca al 13%. También puede hablarse de un aumento significativo del peso del sector en la inversión extranjera directa y en las exportaciones totales, sustituyendo bienes primarios que hasta hace quince o veinte años habían predominado en el repertorio de las exportaciones nacionales y de la región.

En contraste con el auge que vive la minería en estos países, el marco normativo e institucional que regula el funcionamiento del sector en la región es en general débil y se orienta en varios de ellos a estimular la inversión privada y a crear toda clase de facilidades e incentivos a las empresas para la explotación de los recursos naturales no renovables (RNNR). En algunos países, las normas sobre minería operan en vía contraria a los dictámenes básicos de protección del medio ambiente y de los recursos naturales, lo que ha significado un deterioro sin precedentes del ambiente, que ha producido movimientos sociales de resistencia a la explotación minera, movilizaciones de gran envergadura en torno a proyectos específicos¹ e, incluso, la pérdida de vidas de líderes y ciudadanos(as) involucrados(as) en la defensa de su patrimonio natural.

¹ Los recientes casos de Conga, en Perú, y de Santurbán, en Colombia son ejemplos de movilizaciones masivas en contra de pretensiones de explotación minera con innegables consecuencias negativas en materia económica, social y ambiental.

Esta situación ha puesto una vez más de presente la importancia de contar con marcos normativos que se fundamenten en principios de conservación y uso racional de los recursos naturales, y en la idea de que la explotación minera debe generar un beneficio colectivo que permita en estos países redistribuir la riqueza producida y contribuir a la erradicación de la pobreza. En la mayor parte de ellos las normas que regulan la actividad minera se han convertido en foco de discusión pública bien sea porque se las considera inapropiadas para asegurar un uso racional y sostenible de los recursos naturales no renovables (Colombia, Perú y Brasil, por ejemplo), bien porque el Estado ha decidido recientemente abrir la puerta a la explotación minera y requiere normas adecuadas a las nuevas circunstancias (por ejemplo, en Ecuador y México). Dicha discusión constituye una oportunidad para diferentes sectores de la sociedad civil, en particular las ONG, de incidir en la definición del contenido de las nuevas normas que regulen el sector en el inmediato futuro, de manera que éstas contribuyan a que la minería se traduzca en oportunidades de desarrollo y bienestar, en un marco del respeto a los derechos humanos.

Para tal efecto, varias organizaciones de la sociedad civil² acordaron realizar, bajo la coordinación de Foro Nacional por Colombia y con el apoyo institucional y financiero de Pan para el Mundo, un análisis colaborativo de las normas mineras que rigen en sus respectivos países, a fin de conocer sus principales características, identificar puntos críticos y definir campos de incidencia, tanto en el nivel nacional como regional, que permitan desarrollar acciones concretas encaminadas a mejorar, en perspectiva de desarrollo, democracia y respeto a los derechos humanos, el marco de regulación de la minería.

Este informe recoge de manera enunciativa los principales resultados del estudio y los presenta en dos grandes bloques: el primero busca caracterizar las normas que regulan el sector minero y otras en campos afines (ambiental, tributario y de participación ciudadana); el segundo se ocupa del inventario de puntos críticos sobresalientes derivados del análisis normativo y propone algunos campos de actuación para las ONG en la región.

No sobra señalar la complejidad del universo de análisis que cubrió este ejercicio investigativo y de reflexión política. Se trata de países muy diferentes desde el punto de vista de su estructura económica, social y política, que han incursionado en la actividad minera con ritmo e intensidad variados y cuyo marco normativo e institucional produce más contrastes que similitudes. Por ello, el trabajo fue definido como colaborativo³ y se realizó con una metodología muy sencilla que incluyó cuatro pasos: i) producción de informes nacionales preliminares, con base en términos de referencia comunes elaborados por Foro Nacional por Colombia como entidad coordinadora del proyecto; ii)

² Fundación Jubileo, en Bolivia; Ibase, en Brasil; Fundación Terram, en Chile; Fundación Foro Nacional por Colombia, en Colombia; Grupo Faro, en Ecuador, Fundar, en México; y Grupo Propuesta Ciudadana, en Perú.

³ Se entiende por ejercicio “colaborativo” aquel que involucra a varios equipos o personas que tienen un mismo foco de interés, cuyos resultados son puestos a consideración de las demás personas o grupos para enriquecer la discusión sobre la materia sin pretender realizar una comparación exhaustiva de los diferentes casos.

realización de un taller de intercambio y discusión, realizado en Lima el 16 y 17 de septiembre de 2013; iii) elaboración de una versión final del informe nacional, que incluyera elementos surgidos en la discusión del Taller en Lima; y iv) redacción del informe regional.

Este informe no tiene ninguna pretensión de exhaustividad. Por el contrario, solo busca realzar elementos –comunes o no- de los informes nacionales que pueden contribuir a la comprensión de las principales características del marco normativo de la minería en los países estudiados, y a la identificación de algunas líneas de acción de las organizaciones sociales en los respectivos países y –eventualmente- a nivel regional. Por tanto, solo puede ser comprendido en su real alcance con la ayuda de los informes nacionales, cuya lectura se recomienda como complemento necesario⁴.

Por último, las entidades participantes y el coordinador del proyecto desean agradecer el apoyo brindado por Pan para el Mundo para realizar este ejercicio de reflexión conceptual y política, en particular del Sr. Wolfgang Kaiser, quien acogió la idea inicial del proyecto y la respaldó de modo permanente ; igualmente, la participación en el Taller de Lima del Sr. Sven Hilbig, de Pan para el Mundo, de Vanessa Chávarry, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Luis Álvaro Pardo, Director de Colombia Punto Medio, invitados como expertos externos para comentar los informes y aportar sugerencias para la versión final del estudio; y, por último, el trabajo de Jaime Vela y su equipo de la Oficina de Facilitación de Pan para el Mundo en el Perú, encargado de organizar el taller en Lima.

PRIMERA PARTE – LA NORMATIVA MINERA EN LOS PAÍSES ESTUDIADOS

El peso del sector en las economías nacionales

La minería ha ganado un ostensible impulso en todos los países analizados, aunque, como se señaló en la introducción, con ritmos y alcance diferentes. El auge reciente del sector es innegable en todos ellos, aunque en Perú comienza a hablarse del fin de la bonanza fiscal producida por la actividad extractiva desde comienzos de la década del noventa. Además, dicho auge, reflejado en una curva de signo positivo del PIB sectorial y de su peso en el PIB nacional, así como en el aumento de la Inversión Extranjera Directa (IED), de la producción y de las exportaciones, tiene historias diferentes en cada país.

En efecto, Bolivia y Chile han sido históricamente países mineros. Bolivia fue siempre minera y se destacó por la producción de plata, zinc, plomo y oro. Chile, por su parte, tiene una tradición minera de larga data que se consolidó en el siglo XIX a través de la explotación de cobre, aportando desde entonces un importante volumen de ingresos a la economía nacional.

⁴ Con el propósito de hacer más fluida la lectura de este informe se optó por no citar los informes cuando se hace referencia a sus contenidos específicos.

No es ese el caso de México y Ecuador, países que se ubican en el extremo opuesto en cuanto a la existencia de un sector minero de tradición que haya hecho aportes sustantivos a la economía. En esos dos países ha sido la extracción de hidrocarburos una de las principales fuentes de ingresos para la economía nacional. Sin embargo, la minería comienza a tener una mayor visibilidad económica y política: México cuenta con reservas importantes de plata (primera en el mundo), bismuto, fluorita, cadmio, plomo y otros minerales cuya explotación se ha acelerado en años recientes, tal y como lo sugiere el incremento del PIB minero en un 40% entre 2005 y 2012. Por su parte, Ecuador ha entrado al club de la minería a gran escala con cinco grandes proyectos para la explotación de oro y cobre.

De Perú y Colombia puede decirse que tienen una tradición minera, comoquiera que fue una actividad que recibió un fuerte impulso en ambos países por parte de los colonizadores españoles, aunque su impacto económico solo fue visible desde finales del siglo pasado y comienzos del actual. Hoy día, la minería aporta en Perú el 60% de las exportaciones, el 30% del impuesto a la renta, el 17% de los tributos internos y el 13% del PBI, según la última medición del INEI. Tendencia similar, aunque con cifras algo inferiores, muestra la actividad minera en Colombia, especialmente a través de la producción de carbón, níquel, oro, plata y platino: la participación del sector minero en el PIB aumentó de 2.1% en el año 2000 a 3.8% en el 2012, convirtiéndose en una de las actividades de mayor dinámica. Este comportamiento se ha extendido a la inversión extranjera y las exportaciones: en la primera, el sector durante los últimos diez años obtuvo el 28% de los recursos que llegan a Colombia; además, contribuyó con más del 26% de las ventas realizadas por las empresas nacionales al exterior, de acuerdo con las estadísticas del Banco de la República.

Brasil es un caso único por la magnitud de la producción y de sus exportaciones, en términos absolutos. Basta señalar que la producción minera de ese país es mayor en volumen que la de la suma de todos los países de América del Sur. Y su crecimiento es exponencial en la última década: la participación del sector en el PIB creció en 156% entre 2001 y 2011.

El sector aporta un volumen notable de rentas en la mayoría de los países estudiados (con la excepción de México y Ecuador), que, en casos como en Chile, han dinamizado la economía en su conjunto, y pueden servir para modificar la matriz productiva (Ecuador), reducir el déficit fiscal y equilibrar la balanza de pagos (Colombia). Esto ha llevado a la mayor parte de los gobiernos a impulsar el sector, atraer y estimular la inversión privada y definir políticas en favor de la extracción minera, con el argumento de que la renta generada es fuente para la inversión social y en infraestructura (Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia), y, además, puede dar lugar a encadenamientos productivos y estimular la creación de *clusters* de alto valor agregado (Colombia). En el caso del Perú, y en parte en el de Colombia, las rentas mineras han contribuido además a descentralizar el presupuesto nacional y fortalecer la inversión de los gobiernos sub-nacionales.

El auge de la minería también ha generado conflictos de diversa naturaleza (ambientales, sociales, culturales, institucionales) cuyo peso en el conjunto de la dinámica social en los países estudiados crece de manera palpable. Lo que ocurre en el Perú es sintomático de lo que puede estar sucediendo en el resto de la región: allí, los conflictos ligados a la minería se han convertido en la principal fuente de tensiones sociales, los que en algunos casos, como también ha ocurrido en Colombia, han significado pérdida de vidas humanas.

La normativa minera

Las normas que regulan la actividad minera en los siete países configuran un universo complejo, altamente heterogéneo e imposible de describir en términos de tendencias unificadas. Responden a particularidades constitucionales y legales de cada país, a una “cultura” normativa que tiene matices propios en cada uno de ellos y a la dinámica del sector en términos económicos. Por ejemplo, en países como Chile no existe un código minero único, sino un conjunto de normas que regulan diferentes aspectos de la actividad, basados en preceptos constitucionales establecidos hace tres décadas. En los demás países existe una ley minera, que ha evolucionado con signos diferentes en cada uno de ellos y que define las reglas de juego para la explotación de los RNNR, los tipos de minería, la institucionalidad encargada de la regulación del sector, las características y los procedimientos para la titulación, los pagos que deben hacer los particulares al Estado por la explotación de los recursos, las fases del proceso productivo y, en algunos casos, las normas ambientales para el sector, así como algunos procedimientos de participación de la ciudadanía y/o de las minorías étnicas.

Una cuestión central en el análisis de la normativa minera es el papel que juega el Estado en un triple sentido: en primer lugar, en la definición de la propiedad de los recursos del subsuelo; en segundo lugar, en la explotación directa de los recursos y, finalmente, en la regulación del sector.

En todos los países la Constitución declara que los recursos naturales son propiedad de la Nación o, en representación de esta última, del Estado. Ello ha llevado en algunos de ellos (Colombia, Ecuador y México) a declarar la minería como una actividad de utilidad pública y/o de interés prioritario nacional, lo cual implica su primacía sobre cualquier otra actividad en el territorio. En Colombia, tal premisa ha implicado además la separación absoluta entre ordenamiento minero y ordenamiento territorial y el dominio del primero sobre el segundo, lo que se traduce en la prevalencia de las decisiones nacionales sobre las locales en materia de manejo de los RNNR⁵. Emerge así una tensión entre centro y periferia en cuanto a la regulación de la actividad extractiva en el territorio y una discusión

⁵ Según el Código minero (artículo 37) y el Decreto 934 de 2013, que lo reglamenta, las autoridades municipales y departamentales no pueden prohibir la minería en su territorio a través de Acuerdos u Ordenanzas ni de los planes de ordenamiento territorial, en el caso de los municipios. Ello contrasta abiertamente con lo que ocurre en México donde la ley agraria otorga un poder de negociación a los ejidatarios y comuneros frente a las grandes empresas extractivas, y los planes de ordenamiento municipal pueden convertirse en freno a la actividad de estas últimas.

sobre la autonomía de los gobiernos sub-nacionales para la toma de decisiones sobre la explotación de los recursos⁶. Esta discusión no deja de ser relevante por la oleada de reformas descentralizadoras que caracterizaron al continente en los años ochenta y noventa del siglo pasado, que modificaron de modo sustancial las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno en favor de los entes sub-nacionales.

La propiedad estatal de los RNNR involucra necesariamente al Estado en la regulación del sector y, en algunos casos (Chile y Bolivia) en la explotación directa de los recursos mineros a través de empresas estatales. Sin embargo, existe una tendencia cada vez más marcada a que el Estado reduzca su participación como actor económico y entregue mediante concesiones la explotación a privados, a comunidades, cooperativas o a personas naturales.

Perú y Colombia son los países en los cuales esa tendencia se observa de manera más nítida. En ellos, la política gubernamental ha estado orientada a entregar a los privados la explotación de los RNNR, en particular a grandes empresas multinacionales. En Perú, la ley general minera de 1992 facilitó la llegada a la inversión extranjera, exigiendo unos pocos requisitos para la entrega de títulos de exploración y explotación.

Lo mismo ocurrió en Colombia con el Código minero (ley 685 de 2001) que modificó el decreto 2655 de 1988. Este último otorgaba un papel importante al Estado en la regulación de la actividad minera y en la explotación de recursos a través de empresas estatales, en la mira de que el desarrollo del sector contribuyera a la industrialización del país y al desarrollo de las regiones. El nuevo código (2001) redefinió la acción del Estado, asignándole un rol subsidiario del sector privado, en particular de las grandes empresas multinacionales y de sus filiales en el país. En ese sentido, definió un marco de regulación contrario al espíritu de la Constitución y, en particular, del Estado Social de Derecho: el Código debilita el papel del Estado en la regulación, fiscalización y promoción del sector, y anula su rol como empresario. Además, privilegia a los grandes inversionistas extranjeros en detrimento de la mediana y pequeña minería, simplifica trámites y flexibiliza procedimientos para la gran industria, libera las áreas que el Estado había reservado para el desarrollo minero con control estatal y elimina las escalas de pequeña, mediana y gran minería como criterio para la regulación de la actividad y para la exigencia de requisitos y procedimientos de titulación y operación. El caso brasileño cabe *mutatis mutandis* en la misma categoría que Colombia y Perú. El Código de minas de 1967 le apuesta a la entrega de concesiones a privados para la explotación de minerales como el hierro, el carbón y algunos metales preciosos.

⁶ Perú contrasta en esa materia con los demás países, en especial los de estructura unitaria, pues los gobiernos sub-nacionales tienen aún un papel –así sea débil– en la decisión sobre la explotación de los recursos en su territorio (entrega de concesiones a mineros pequeños y artesanales). En Bolivia, Colombia, Ecuador y Chile tales decisiones competen exclusivamente a las autoridades mineras, ambientales y del agua del orden central.

Por su parte, Chile presenta una situación parecida, pues las diferentes leyes relacionadas con la minería, expedidas desde 1982, facilitan la entrega de concesiones a privados. En tal sentido, hay un clima de amplias libertades para el desempeño de los agentes privados. Esa tendencia fue ratificada con la firma del Tratado con Argentina, que facilita a los privados la explotación minera en territorios fronterizos. Sin embargo, a diferencia de los casos anteriores, Chile posee una empresa estatal (CODELCO) que copa la mayor parte de la producción del país y que reporta un volumen importante de ingresos al Estado. Esta mixtura ha generado resultados importantes para Chile en materia de exportaciones y de impulso al conjunto de la economía.

Ecuador y Bolivia muestran rasgos diferentes a los demás países. La Constitución ecuatoriana asigna competencia exclusiva al Estado sobre los minerales y define la minería como un sector estratégico para la economía nacional, en cuyos ingresos el Estado debe participar en una proporción no inferior a la participación de las empresas. En 2009 fue expedida la ley de minería, hoy vigente, que define, con base en los preceptos de la Constitución de 2008, la institucionalidad minera, el sistema de concesiones, contratos y regalías y ratifica el carácter de los beneficios del Estado a cambio de las concesiones. La ley establece una tipología amplia de actores que pueden participar en la explotación de los minerales: empresas estatales o mixtas con participación mayoritaria del Estado, empresas privadas, comunitarias, asociativas, familiares, de autogestión y personas naturales. Igualmente establece los tipos de minería introduciendo la minería de mediana escala y reduce los requisitos administrativos para la entrega de concesiones⁷.

Esta normativa otorga, pues, un papel relevante al Estado ecuatoriano en la actividad y la regulación del sector y en la participación en las ganancias. Bolivia es un caso parecido, aunque con sus particularidades, entre ellas su larga tradición minera, lo que no es el caso de Ecuador. La Carta Constitucional entrega un rol importante al Estado boliviano en el manejo y la producción del sector. Sin embargo, el código minero parece contrariar el espíritu constitucional pues tiende a minimizar el papel del Estado y, al tiempo, generar las mejores condiciones para las operaciones privadas. La COMIBOL, empresa estatal, ha sido convertida en receptora de rentas y administradora de contratos, y un nuevo proyecto de reforma propone privatizarla. De hecho, el sector cooperativo en Bolivia tiene un peso mayoritario en la actividad minera y constituye actualmente el principal actor del sector.

La concesión de títulos al sector privado o comunitario constituye el principal instrumento de los Estados en la región para impulsar la explotación de los RNNR por parte de los privados. En esta materia, como en las anteriores, la diversidad de reglamentaciones es notoria. Uno de los principios aplicados en varios países (Brasil, Chile, Colombia y, aunque no se lo llame así, México y Perú) es el de “primero en el tiempo, primero en el derecho”.

⁷ Los tipos de minería se dividen de acuerdo a los volúmenes de producción. La minería a mediana escala surgió como categoría a partir de la reforma en 2013, al igual que la reducción de los requisitos para la entrega de concesiones.

Mediante este principio de origen feudal la entrega de concesiones a privados se hace a quien primero haga la solicitud y no a través de procesos de competencia (“rondas”, licitaciones o concursos públicos, etc.) que permitan al Estado escoger al mejor postor. La propuesta de nuevo Código Minero que se discute actualmente en Brasil introduce el principio de competencia en la asignación de títulos. Algo parecido se ha establecido en Colombia para la entrega de títulos en las llamadas zonas de Reserva Estratégica para minería, que serán concesionadas en los próximos años.

De otra parte, los requisitos exigidos para la concesión son realmente pocos y en algunos países se nota una tendencia a reducirlos para facilitar la acción de los privados. En Chile basta, según la ley 18.087 de 1982, una petición ante un juzgado de letras para obtener el dominio permanente y transferible sobre el territorio concesionado. En Perú, los interesados deben adjuntar a su solicitud unos datos básicos sobre el territorio en cuestión y algunas certificaciones ambientales, arqueológicas y en materia de aguas, junto con un formato de “compromiso previo”, que es una declaración jurada, mediante el cual el beneficiario se compromete a aplicar un enfoque de Desarrollo Sostenible, a garantizar excelencia ambiental y social, a cumplir los acuerdos, generar desarrollo económico y empleo local y mantener un diálogo continuo⁸.

En México, la ley minera prohibía la entrega de concesiones a no mexicanos o a empresas que tuviera mayoritariamente capital extranjero. Sin embargo, esa norma se modificó en 1992 con la autorización al gobierno mexicano para entregar títulos a capitales extranjeros sobre cualquier territorio libre, es decir, sobre todo el territorio nacional, con algunas pocas excepciones. En 2005, se decidió unificar los títulos de exploración y explotación en uno solo. En Colombia, la entrega de títulos a privados exige muy pocos requisitos: una solicitud en la que el interesado debe entregar sus datos personales o de su empresa, identificar cartográficamente el polígono para la exploración, brindar una información básica sobre su capacidad económica y definir un plan básico de exploración y explotación. Además, los títulos de exploración en Colombia no requieren de licencia ambiental. En Ecuador, la reforma de la ley minera en 2013 redujo los requisitos administrativos para la solicitud de concesiones, facilitando así el acceso a estas últimas.

Otro rasgo de las concesiones es su vigencia. Chile es el caso más extremo: las concesiones son entregadas por tiempo indefinido y son transferibles mediante contrato o en caso de muerte del titular. En Perú la concesión también es por tiempo indefinido. En Colombia se entregan a 30 años, renovables por otros 30. México definió la vigencia de sus concesiones por 50 años, prorrogables por otros 50, mientras la legislación brasilera establece un límite de 40 años para la concesión.

⁸ Este formato se ha convertido en una mera formalidad como lo muestran los estudios sobre conflictos socio-ambientales en el país, buena parte de los cuales se han producido precisamente por el incumplimiento de los compromisos firmados.

Por último, la entrega a privados de la exploración y explotación de recursos naturales les obliga a realizar pagos al Estado a cambio de ese derecho: cánones superficiarios, regalías e impuestos. Son pocos los países que exigen estos tres tipos de obligación económica. Colombia y Ecuador son dos ejemplos. Sin embargo, las exenciones tributarias en Colombia son notables y, en opinión de algunos expertos, escandalosas. Existen descuentos tributarios por el pago de regalías; exención del pago de impuestos de industria y comercio en el nivel local; descuentos en el IVA por la compra de maquinaria; descuento en impuestos por depreciación de activos fijos e inversiones; venta de combustible subsidiado en la frontera; posibilidad de descontar de la renta las inversiones en programas sociales y de responsabilidad social empresarial; exención total de impuestos a la remesa de divisas y a la ganancia ocasional obtenida por el incremento de los precios internacionales; e inexistencia de controles a los precios de transferencia.

Perú también introdujo incentivos tributarios en su legislación a comienzos de los años noventa, con el propósito de atraer la inversión extranjera (estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa hasta por 15 años; deducción de tributos internos que incidan en la producción; deducción de la renta por inversiones en infraestructura; libertad de remisión de utilidades; reinversión de utilidades hasta un 80% exentas de impuesto a la renta; depreciación acelerada y arrastre de pérdidas. Actualmente, los productores mineros deben pagar los siguientes impuestos: impuesto a la renta (30%), impuesto general a las ventas, impuesto a los dividendos distribuidos, participación de los trabajadores en la utilidades (8%) y el impuesto especial a la minería. Adicionalmente hay pagos no tributarios como las regalías mineras (Ley 28258), y el gravamen especial a la minería. El Presidente Alan García el presidente Alan García negoció con las empresas el llamado Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (PMSP), más conocido como Aporte Voluntario, mediante la cual aceptaban voluntariamente destinar un porcentaje sus utilidades netas por cinco (5) años.

El Estado boliviano recibe regalías y tres tipos de impuestos. Las regalías se pagan sobre el valor bruto de las ventas y son un porcentaje que depende del mineral y del precio internacional de los metales. Oscilan entre el 5% y el 7%. Las empresas pagan además el Impuesto a las Transacciones (IT), el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y el Impuesto a las Utilidades de Empresas (IUE). Existe además un impuesto especial llamado el Impuesto Complementario a la Minería (ICM). Entre impuestos y regalías, el Estado toma para sí hasta el 11% del valor del mineral vendido.

El pago más común a los países analizados es el impuesto a la renta. Es en algunos de ellos la principal fuente de ingresos proveniente de la explotación de RNNR. También existe el mecanismo de distribución de utilidades. En Ecuador, los ingresos percibidos por el Estado no pueden ser inferiores a los que quedan para las empresas, lo que constituye prácticamente una excepción en el conjunto de países. En Chile se gravan las ganancias. La ley 20.026 de 2005 definió un gravamen cambiante al valor total de la venta de los productos mineros, según el volumen de producción. Para el cobre, hasta 12.000 toneladas no se cobra ese impuesto. A partir de allí se incrementa la tasa, que llega a ser

de 5% para los que producen 50.000 toneladas o más al año. La norma también establece incentivos tributarios para las empresas que inviertan más de 50 millones de dólares americanos en el año fiscal.

México es un caso púnico en el conjunto de países examinados, pues no cobra regalía alguna por la entrega de derechos de explotación minera. Cobra los impuestos a la renta a las empresas que el Estado distribuye a través de su inversión en los territorios. Brasil tiene dos mecanismos de imposición directa sobre la minería: la cuota anual por hectárea - TAH (Ley 7.886/89) y la Compensación Financiera por la Exploración Minera - CFEM (Ley 7.990/89 .) La tasa anual por hectárea tiene precio público legal a cargo del titular de la licencia de exploración para el propietario de la tierra donde está la mina. La CFEM es la mayor fuente de ingresos de la renta minera en Brasil, su tasa es de 3% del valor de los ingresos netos de la venta del producto mineral.

Los pagos cambian según el tipo de mineral (Colombia) y la escala de la producción (Colombia, Perú y Chile). Los recursos entran al fondo común de gasto en algunos países (Bolivia, Chile, por ejemplo), mientras en otros una parte de los ingresos es entregada a los gobiernos sub-nacionales para que inviertan en el mejoramiento de calidad de vida de los habitantes en su territorio (Colombia, Perú y Ecuador)⁹.

Todas estas normas mantienen un propósito único y cada vez más extendido en los países: facilitar al sector privado la explotación de RNNR, mientras el Estado se limita a crear condiciones para la actuación de los privados (incluidas las cooperativas en el caso boliviano), exigir a cambio unas rentas para la inversión pública y, en algunos casos (Chile, Bolivia), mantener empresas estatales que, dependiendo de modelos de desarrollo y de apuestas políticas, pueden ser más o menos fuertes en el contexto del mercado nacional e internacional.

Estas facilidades, junto con el aumento de precios de las *commodities* en el mercado internacional, incrementaron de manera expedita el número de títulos concedidos a privados –en no pocas ocasiones de manera indiscriminada- copando incluso áreas que no deberían ser exploradas ni explotadas (zonas de protección ambiental, monumentos históricos, patrimonio arqueológico y tierras pertenecientes a minorías étnicas). Esa ha sido una de las fuentes –probablemente una de las más importantes- de conflictos sociales en la última década en los países en cuestión, que han roto la calma social y han planteado nuevos retos de gobernabilidad y gobernanza.

Las normas ambientales

⁹ En 2011, hubo en Colombia un cambio constitucional relativo a la distribución de las regalías, mediante el cual se creó el Sistema Nacional de Regalías, constituido por cinco Fondos manejados por el Gobierno Central y un monto de regalías directas que se reparte entre todos los municipios y departamentos del país (en el esquema anterior, las regalías directas se destinaban solamente a los departamentos y municipios productores y por los que se transportaban los recursos).

La normativa ambiental ocupa un lugar de primer orden en el manejo de la actividad extractiva, en particular de la minería. Aquí también el universo normativo es amplio y heterogéneo, aunque pueden observarse mayores similitudes que las encontradas en las leyes mineras. Todos los países cuentan, en efecto, con preceptos constitucionales y leyes que regulan el manejo el medio ambiente, en general, y en relación con la minería, en particular.

Desde el punto de vista discursivo, la prohibición de la actividad minera en áreas protegidas, el cuidado del ambiente, la preservación de áreas naturales y la reparación de áreas degradadas por la actividad tienden a ser objetivos compartidos por la legislación de los diferentes países. En Bolivia, la Constitución establece que es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y mantener el equilibrio del medio ambiente, así como mitigar los efectos nocivos de la actividad humana y neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales. Esos principios están recogidos en la ley 1333 de 1992, aún vigente.

La legislación en Brasil es más compleja. Existen leyes federales expedidas entre 1981 y 1990 que prevén la política nacional de medio ambiente y crean el Consejo Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), encargado de regular mediante resoluciones la actividad minera en materia ambiental, en particular, la realización del Estudio de Impacto Ambiental por parte de las empresas interesadas en la explotación. Existe además una norma que exige la formulación de un plan de recuperación de áreas degradadas por la minería. El decreto 97.632 de 1989 obliga a las empresas en el proceso de elaboración del Estudio de Impacto Ambiental - EIA y el Informe de Impacto Ambiental - RIMA a presentar dicho plan.

Chile posee una legislación dispersa en materia ambiental. La ley 19.300 creó un sistema único para la calificación ambiental de proyectos, denominado Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y definió los requisitos que deben cumplir las empresas interesadas en la extracción de minerales, así como las entidades encargadas de aplicarlos y de expedir las correspondientes licencias. Estas son exigidas para la explotación, no para la exploración, y, en el caso de proyectos pequeños, se exige solamente una declaración de impacto ambiental (DIA).

En Colombia, la ley 99 de 1993 creó el Sistema Nacional Ambiental y definió los criterios para el manejo y la protección del medio ambiente, así como los requisitos para la ejecución de proyectos, de los cuales el principal es la realización del estudio de impacto ambiental. Por su parte, la 388 de 1997, sobre desarrollo territorial, establece que el componente rural de los planes de ordenamiento territorial (POT) debe diferenciar las zonas de protección, conservación y mejoramiento de las áreas de producción agropecuaria, forestal o minera. No obstante, como se señalará luego, el Código Minero incluye normas ambientales propias que no necesariamente son coincidentes con la ley ambiental y que tampoco reconocen el precepto establecido en la ley 388.

En Ecuador, el Ministerio de Ambiente es la máxima autoridad ambiental y está encargado de la aprobación de la licencia ambiental como requisito previo para el inicio de cualquier actividad minera. Esa licencia supone la realización del correspondiente Estudio de Impacto Ambiental, aunque el alcance de ese estudio depende de la escala de la producción. A los mineros artesanales se les exige una ficha ambiental. En el caso de la minería mediana y a gran escala, se exige la ficha, más una declaratoria ambiental en la fase de exploración avanzada y el estudio de impacto ambiental para la explotación. La legislación prohíbe la explotación en áreas protegidas.

En México, la ley general de equilibrio ecológico y protección del ambiente exige la licencia ambiental para los proyectos mineros, aunque el mecanismo tiene problemas en su diseño y en su implementación. En el caso específico de la minería, se requiere una Manifestación de Impacto Ambiental (MIA) que debe enumerar los impactos del proyecto que el concesionario pretende emprender. Dicha Manifestación es sometida a la aprobación de la autoridad respectiva y puede ser consultada por la población a petición suya.

Por último, en Perú la ley 27.446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, y la Ley 29.968, que crea el Servicio Nacional de Certificación Ambiental (SENACE), constituyen el principal marco de regulación de la minería en materia ambiental. Esas leyes señalan los procedimientos para la formulación, revisión y aprobación de los estudios de impacto ambiental (EIA). La norma establece 100 días para la aprobación del EIA, plazo que comienza a presentar problemas por la gran demanda de concesiones existentes en este momento.

Un fenómeno que presentan varios países (Colombia, Ecuador y Brasil) es la introducción de excepciones a las normas ambientales para ampliar la frontera minera e incorporar nuevos territorios a la exploración o la explotación. En Colombia, el Código Minero prohíbe en su artículo 34 la explotación en zonas de protección ambiental (parques nacionales y regionales y zonas de reserva forestal). Sin embargo, a renglón seguido, señala que bajo condiciones especiales de explotación y con el respectivo estudio ambiental, algunas de esas zonas pueden ser sustraídas para la exploración y la explotación.

En Ecuador, existe también la posibilidad de sustraer áreas protegidas para la explotación minera. Sin embargo, el procedimiento es más exigente, pues es el propio presidente de la República quien debe consultar a la Asamblea Nacional para que los respectivos proyectos sean declarados de interés nacional y puedan hacer uso de áreas de protección. En Brasil, se ha comenzado a abrir las áreas de preservación permanente a la minería, con base en criterios predeterminados, con el fin de responder a la demanda de materias primas proveniente del ritmo de crecimiento de la economía brasilera.

Estas “excepciones”, enmarcadas en una concepción rentista y extractivista de la minería pueden convertirse en hechos normales en los países estudiados, como ha comenzado a ocurrir en Colombia, donde las solicitudes de títulos mineros cubren la tercera parte del territorio nacional e involucran áreas de protección ambiental. De hecho, recientemente la Procuraduría General de la Nación pidió explicaciones a la Directora de la Agencia Nacional de Minería pues había más de 40 títulos entregados en zonas de parques nacionales.

La Consulta Previa

Otra de las normas conexas que ha adquirido relevancia es la referida a la consulta previa, derivada del Convenio # 169 de la OIT. Todos los países reconocen el convenio, sea porque son signatarios (Brasil) o porque lo han adoptado mediante leyes nacionales (Colombia, por ejemplo, a través de la ley 21 de 1991). Sin embargo, no todos cuentan con leyes que reglamenten el convenio. Es más, solamente Perú adoptó recientemente una ley de consulta previa y Colombia posee un decreto (1320 de 1998) que define el protocolo para la realización de la consulta, y prepara una ley estatutaria que regule este procedimiento. Existe, además, una Directiva Presidencial (01 de 2010¹⁰) que define las entidades nacionales relacionadas con la consulta previa, los procesos en los que es aplicable el mecanismo y las fases para su realización.

Los demás países no han expedido normas que definan el procedimiento (Ecuador, Chile, México, Brasil), lo cual continúa siendo una tarea pendiente. En países como Colombia y Perú se advierte un interés de parte del gobierno nacional de restringir al máximo el alcance de este mecanismo de participación de las comunidades indígenas y convertirlo en un trámite que obstaculice al mínimo la ejecución de proyectos mineros en territorios étnicos. Esa es la premisa que inspira el proyecto de ley que el gobierno ha preparado para reglamentar ese derecho.

En Chile, el Presidente Piñera intentó adelantar un proceso de consulta sobre la institucionalidad indígena, que incluía como tema la consulta previa, pero generó la oposición de los interesados, lo que terminó en la decisión gubernamental, presionada por los grupos indígenas, de no continuar el proceso. Lo cierto es que en ese país el Sistema de Estudios de Impacto Ambiental no parece respetar el mecanismo de consulta previa, libre e informada. En Brasil, signatario del Convenio, el mecanismo es ignorado por el legislativo, el cual busca otras formas de manejo de ese derecho.

La cuestión se ha convertido en fuente de debates y de desacuerdos entre los gobiernos, las empresas y las propias comunidades indígenas. Estas últimas ven amenazados sus territorios y su cultura, pero no encuentran en la escasa legislación vigente un instrumento para la defensa de sus derechos.

¹⁰ En Colombia, además, la consulta fue extendida a los afrocolombianos, los palenqueros y la población Rom o gitana.

SEGUNDA PARTE – RETOS Y POSIBILIDADES DE ACCIÓN

La complejidad del tema, tal y como se ha mostrado de modo somero en las páginas anteriores, no puede ser óbice para identificar puntos clave de la normativa minera que hoy reclaman una acción desde diferentes actores, especialmente desde las organizaciones de la sociedad civil. En esta segunda parte se analizarán esos temas críticos (retos) y se definirán algunas líneas de acción de las organizaciones sociales en la perspectiva de mejorar sustancialmente el carácter y el alcance de la normativa minera¹¹.

Los principales retos pueden ser enunciados de la siguiente manera:

- Generar un debate amplio (incluyente), informado (con datos) y razonado (con argumentos) sobre el presente y el futuro de la minería en la región y en cada uno de los países, abordado desde una perspectiva integral, es decir, que contemple toda la cadena de valor y la articulación de la actividad minera con otras actividades económicas. Ese debate debe enmarcarse en visiones de desarrollo y en propuestas de país y de región que conduzcan a la necesidad de una planificación de mediano y largo plazo del sector.
- La mirada integral del sector minero incluye establecer las relaciones entre la eficiencia económica, la conservación del medio ambiente y el respeto a los derechos humanos de la población que reside en los territorios donde se desarrolla la actividad extractiva, incluido el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas.
- Uno de los aspectos que debe contemplar ese debate es la definición del rol del Estado desde por lo menos tres puntos de vista: en primer lugar, el fortalecimiento del sector estatal frente a los agentes privados en materia de regulación y de control del proceso productivo y, en general, de toda la cadena de valor. En segundo lugar, la sustitución de la visión rentista y extractivista de la actividad minera por otra que la convierta en herramienta para el impulso a otros sectores de la economía y en oportunidad para la generación de riqueza y bienestar. Finalmente, la recuperación, en aquellos países donde no existen, de empresas estatales para la explotación de recursos mineros, tomando como base la experiencia de la explotación de hidrocarburos, exitosa en varios países de la región.
- Un reto de gran envergadura es la reforma del marco normativo en la mayor parte de los países, con el fin de que no solo sea compatible con las respectivas cartas constitucionales, sino que propicie el paso o la transición a un esquema post-extractivista de la minería que recupere el rol regulador del Estado, diversifique la actividad económica para evitar la alta dependencia de las economías nacionales

¹¹ Los retos serán enunciados de manera general, sin referencia a los distintos países, con el objeto de dar cuerpo al planteamiento y hacerlo más fluido para el lector.

con respecto a la minería, respete los derechos de la población y contribuya a mejorar su calidad de vida. Temas de esa modificación de la ley que regula la minería en los países de la región puede ser los siguientes:

- ✓ La eliminación, donde exista, del principio “primero en el tiempo, primero en el derecho” y la introducción de sistemas de competencia para el acceso a los títulos o concesiones.
 - ✓ La diferenciación, donde no exista, de las distintas escalas de producción con el fin de aplicar normas diferenciales –ya presentes en algunos países– para cada tipo de producción.
 - ✓ El cambio de las normas sobre concesiones, introduciendo criterios más rigurosos que los actuales para la concesión de títulos de exploración y de explotación, eliminando el carácter indefinido de las concesiones y limitándolas a períodos que beneficien a las partes.
 - ✓ La exigencia de estudios de impacto ambiental para la entrega de títulos de exploración.
 - ✓ El incremento de los recursos que el Estado debe percibir como compensación por la explotación de los RNNR (regalías), el control de los precios de transferencia y la eliminación de la mayor parte de las exenciones tributarias existentes en varios países en la actualidad.
 - ✓ La definición de nuevos criterios para la distribución de las rentas generadas por la minería y para el control de su uso en inversiones de beneficio colectivo.
 - ✓ La legislación en materia ambiental, en particular sobre temas como la definición de zonas donde quede totalmente prohibida la minería; el manejo de los pasivos ambientales; el manejo del agua, licencias ambientales y estudios de impacto ambiental, y protección de glaciares, donde sea el caso.
 - ✓ La reglamentación de la consulta previa como mecanismo de defensa del territorio, la cultura y las costumbres de las minorías étnicas.
 - ✓ La transparencia de la información sobre toda la cadena de valor, la petición y la rendición de cuentas.
- La promoción de la participación ciudadana como medio para involucrarla en decisiones de política pública que conviertan a la minería en oportunidad económica y social en el territorio.
 - Finalmente, la definición de un papel más activo de los gobiernos sub-nacionales en la definición de usos del suelo, el ordenamiento territorial y la vigilancia del sector en su territorio, así como la capacitación de sus funcionarios y el desarrollo institucional para el mejor cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

Las líneas de acción

Los retos anteriores abren la puerta a la acción de las organizaciones sociales de todo tipo y, en particular, a las ONG de desarrollo. A continuación se enumeran algunas líneas de trabajo que la sociedad civil puede y debe desarrollar en aras de contribuir a modificar de manera sustancial el modelo de minería rentista y extractivista imperante en los países analizados. Esta tarea es tanto más importante cuanto que hasta el presente la sociedad civil ha sido marginada de la toma de decisiones sobre la orientación del sector, decisiones que han sido tomadas en el seno de las entidades estatales o a partir de acuerdos entre estas últimas y las empresas. Es preciso involucrar a la sociedad en su conjunto, en particular a los sectores relacionados con la minería, en la discusión pública sobre el presente y el futuro de la actividad minera con el fin de reorientar la política del sector y modificar las condiciones para su ejercicio.

Las organizaciones de la sociedad civil pueden:

- a. *Multiplicar las redes y los espacios de diálogo* entre los actores del sector y con otras organizaciones de la sociedad civil para animar la discusión sobre el presente y el futuro de la minería en cada país y en la región. Es necesaria la formación de plataformas y redes que generen sinergias institucionales, económicas, de pensamiento y de acción para construir una voz en el escenario público que asuma los desafíos del sector minero. Se trata también de aprovechar las redes existentes para beneficiarse de su capital y experiencia, y crear otras que pueden aportar a ese mismo propósito. Sólo así el debate será público y, por tanto, incluyente.
- b. *Generación, acopio, análisis y difusión de información* sobre el sector en toda la cadena de valor, que dé sustento a una discusión informada. La investigación se erige como una necesidad inmediata, siempre pensando en la construcción de conocimiento para la acción política. La multiplicación de observatorios, de estudios, de información sistematizada, de análisis, publicaciones e intercambios sobre lo que ocurre en el sector en cada país y a nivel regional constituyen herramientas imprescindibles para el cambio del modelo extractivista.
- c. *Monitoreo ciudadano del sector*. Temas como la aplicación del mecanismo de consulta previa, la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental, la generación y distribución de la renta, las concesiones deben ser asuntos privilegiados en el seguimiento ciudadano a las decisiones y al manejo del sector.
- d. *Generación de opinión pública*. La discusión de los grandes temas de la minería en la región no puede seguir haciéndose a puerta cerrada. Es preciso que diferentes sectores de la opinión pública se sumen a ella, con información suficiente, pertinente y oportuna. Para involucrar más a la sociedad civil en la discusión del modelo minero es importante empezar por elevar las capacidades en los ciudadanos y aumentar su conocimiento sobre los diferentes componentes relacionados con este sector; esta misión puede estar en manos de organizaciones no gubernamentales, la academia y centros de investigaciones Colombia, los cuales deben producir y transmitir información, así como promover discusiones públicas sobre temas de interés nacional o local. La discusión del marco normativo de la minería, el análisis de los conflictos sociales y de su solución, la superación

del extractivismo rentista que inspira la política nacional, la definición del rol de las autoridades sub-nacionales y la participación de la ciudadanía en la vigilancia del sector y en la definición de las políticas para su desarrollo, incluida la consulta previa, deben ser materia de un debate que no da más espera.

- e. *Incidencia política.* Esta puede ser diseñada por lo menos en cuatro campos: i) la modificación de las leyes mineras en lo que sea necesario en cada país, de manera que se acomode a una visión alternativa de la minería, fundamentada en un modelo de minería esencial (la minería que necesitamos para el mercado interno y para la exportación de materias primas), interconectada con otros sectores del circuito económico, responsable ambientalmente, generadora de beneficios en todas las escalas productivas y para las poblaciones y los territorios donde se explote, y que le otorgue al Estado un papel activo no sólo como regulador del sector, sino también como actor-empresario; ii), la definición de una política integral de desarrollo minero para los próximos 15 años que contemple las condiciones económicas, tributarias, sociales (impacto social y participación ciudadana) y territoriales-ambientales en las cuales debe desarrollarse. Esa política deberá incluir, además, apuestas por la formalización de la minería informal, lucha contra la minería criminal, y esfuerzos por lograr encadenamientos productivos generadores de empleo y de valor agregado; iii) Tercero, la definición de un protocolo de consulta previa, libre e informada a las minorías étnicas; y iv) la transparencia del sector en materia de pagos, de concesiones y contratos y de distribución y uso de las rentas generadas por la minería. Promover la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI por sus siglas en inglés) puede ser un campo de incidencia para varios de los países estudiados.
- f. *Apoyo de organizaciones sociales de base y comunidades locales y su fortalecimiento como actores* para que tengan un lugar más visible e incidente en el manejo de la actividad minera en su territorio, especialmente a través de la vigilancia de la actividad extractiva y su participación en los planes de ordenamiento territorial. Es importante realizar procesos de formación y acompañamiento a líderes sociales, instancias de participación y a la población, especialmente a aquella ubicada en las zonas de exploración/explotación para que vigilen la actividad en su territorio y hagan uso de los instrumentos existentes para actuar en caso de ocurrencia de impactos negativos de la minería (sociales, económicos, ambientales). Se trata de incrementar su capacidad de incidencia en la discusión sobre el modelo de desarrollo minero que se viene implementando en su territorio y en la construcción de alternativas de desarrollo sostenible. La idea es estimular la contribución de las comunidades a una gobernanza democrática del territorio a través de un diálogo permanente con los actores del sector.
- g. *Articulación del trabajo a nivel internacional.* Es indispensable construir redes y coaliciones, como la Red Latinoamericana sobre las Industrias Extractivas, en las que se compartan las experiencias de cada país en temas específicos sobre minería, las cuales puedan servir de referencia para los casos nacionales e, incluso, para adelantar campañas de cobertura regional.

Estas líneas de trabajo son de largo aliento. Implican una labor constante, oportuna y comprometida con los actores de la minería, especialmente los pequeños y los mineros artesanales. Requiere el apoyo de centros universitarios, de la cooperación internacional, de los partidos políticos y todos los sectores interesados en cambiar el modelo de minería extractivista hoy imperante en el continente. No es un camino fácil, pues está lleno de obstáculos, interpuestos especialmente por aquellos que sienten amenazado su poder de decisión y manejo del sector. Por eso existe la imperiosa necesidad de construir sinergias fuertes y duraderas, que permitan enfrentar a otros actores estatales y no estatales en la brega por abandonar el actual modelo y construir uno a la medida de las necesidades reales de cada país y de la región en su conjunto.