

La administración de los bienes minerales como fuerza motriz del desarrollo social

*Guilherme Lima de Moura Sales**

RESUMEN

El sector mineral es de extrema relevancia estratégica para el desarrollo social y económico de cualquier país. Por esa razón, la gestión adecuada de los recursos minerales existentes en un determinado territorio está íntimamente vinculada al ejercicio pleno de la soberanía. Es así que, pretendiendo la garantía del control eficiente de sus recursos, la mayoría de los países clasifica sus recursos minerales como propiedad estatal, sin embargo, dado el alto costo y el riesgo involucrado, la explotación económica de estos recursos es más eficiente cuando es conducida por la iniciativa privada. Así, el modelo de explotación de recursos básicos más difundido globalmente es una figura jurídica moderna, en la cual el dominio sobre los recursos es privativo del Estado, pero la explotación económica directa de ese patrimonio se la consienten a particulares, conforme la ley y mediante la oferta de las necesarias contrapartidas sociales y económicas.

PALABRAS CLAVE: minería, gestión de los bienes públicos minerales, desarrollo social y económico

ABSTRACT

The mineral sector has an extreme strategic relevance for the social and economic development of any country. Therefore, proper management of existing mineral resources in a given area is closely linked to the full exercise of sovereignty. Thus, in pretending to guarantee efficient control of resources, the majority of the countries classify mineral resources as state property; however, because of the high cost and the risk involved, the economic exploitation of these resources is more efficient when driven by private initiative. Hence, the basic resource exploitation model is a modern legal concept in which the control over resources belongs to the State, but the direct economic exploitation of this heritage belongs to some individuals according to law and by offering the necessary social and economic counterparts.

KEY WORDS: mining, mineral public patrimony management, social and economic development

FORO

* Especialista en el departamento jurídico de AngloAmerican.

INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL SECTOR MINERAL

La gestión eficiente de los bienes minerales es un tema de gran relevancia, toda vez que estos constituyen una innegable ventaja competitiva para los países mineros. Son raras las utilidades creadas por el hombre que no dependen, directa o indirectamente, de la minería para existir. Desde el rudimental martillo de piedra hasta los modernos equipos creados con la nanotecnología, todo, de una manera u otra, tiene en su composición más básica el empleo de productos minerales:

Los recursos minerales forman el verdadero pilar de la civilización. El propio registro de la historia humana busca sus referencias iniciales en la dependencia del hombre en relación a los recursos minerales. Así es como la historia antigua se subdivide en Edades de la Piedra (Paleolítico y Neolítico), del Bronce, del Hierro, de los Minerales Energéticos (carbón, petróleo y minerales radiactivos) y más recientemente, de los “Materiales del Futuro” (superaleaciones, polímeros, compuestos, cerámicos avanzados, etc.), que a pesar de sintéticos, aún necesitan de los minerales para su elaboración.¹

El desarrollo tecnológico e industrial depende directamente del aprovechamiento de los recursos minerales: tómesese como ejemplo el niobio, cada vez más buscado en el mercado mundial por su capacidad de –sumado al hierro– formar aleaciones resistentes.

No se puede olvidar, asimismo, de la creciente búsqueda por las tierras raras, las cuales poseen aplicación relevante en el desarrollo de superconductores y equipos de alta precisión. Los minerales “tradicionales” siguen siendo cruciales para la vida humana, cuyo período actual solo es posible gracias a la oferta continuada de hierro, aluminio y otros materiales provenientes de la cadena productiva de la minería.

No es solo respecto a la construcción y mejoría de las utilidades indispensables al patrón de vida humano que los minerales son importantes. Sin el uso de productos minerales, ni siquiera sería posible una oferta de alimentos que condiga con la población mundial. Por cierto, considerando la evolución demográfica esperada para el futuro y la limitación creciente a la expansión de las fronteras agrícolas de los países tradicionalmente productores (restricción de la oferta de tierras cultivables), se puede concluir como son importantes los fertilizantes –productos de origen mineral, en su

1. “Recursos minerais e sociedade”, Información disponible en <<http://www.dnpm.gov.br/assets/galeriadocumento/planoplurianual/pluger01.html#topo>>.

mayoría— para la sobrevivencia del hombre. Solamente con la aplicación de los fertilizantes es que se conseguirá aumentar los niveles de productividad de las tierras actualmente cultivadas y más aún, cultivar tierras cuyos suelos serían, en principio, demasiado pobres para el desarrollo adecuado de la agricultura. Para que uno tenga idea, de acuerdo con los datos de la United Nations Environment Program (UNEP), cerca de 200.000 personas son adicionadas diariamente al mercado consumidor de géneros alimentarios.² Eso exigirá, conforme análisis de la European Union Food and Agriculture Association (EU FAO), un aumento de productividad en las áreas agrícolas de aproximadamente un 15 % hasta 2020. Eso solamente para mantener los niveles actuales de consumo per cápita.³

La esencialidad de la minería ya fue, como resalta José Mendo Mizaél de Souza y Marcelo Mendo Gomes de Souza, “atestada y destacada por la humanidad en el texto de la Declaración final de la Río+10”,⁴ la Conferencia de las Naciones Unidas realizada en Johannesburgo, Sudáfrica, en 2002, que entre otras cosas manifiesta que la minería, los minerales y los metales son importantes para el desarrollo económico y social de muchos países (y que) los minerales son esenciales para la vida moderna.⁵

El Banco Mundial también ya aseveró la esencialidad de la minería para el desarrollo de los países:

Es casi imposible imaginar la vida sin minerales, metales y compuestos metálicos. De los 92 elementos que ocurren en la naturaleza, 70 son metales; muchos esenciales para la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. Estas sustancias forman parte de la actividad humana desde que pequeños pedazos de cobre fueran martillados por primera vez, transformados en herramientas simples, alrededor del año 6000 a.C.

Actualmente, la sociedad necesita de minerales y metales para cada vez más finalidades. Minerales industriales, como la mica, son componentes esenciales de materiales industriales avanzados. La agricultura necesita de fertilizantes a base de minerales. La industria depende de los metales para sus máquinas y equipos y de hormigón para las fábricas necesarias a la industrialización. Toda aeronave, automóvil, computadora o aparato eléctrico depende del cobre y del aluminio. El titanio es fundamental para motores de aeronaves. Un mundo sin el chip de silicio, hoy, es inimaginable. Los metales continuarán a atender las necesidades de las generaciones futuras, a través de nuevas aplicaciones en los sectores electrónicos, telecomunicaciones y aeroespacial.⁶

2. Según la United Nation Environment Program (UNEP).

3. Análisis de la European Union Food and Agriculture Association (EU FAO).

4. José Mendo Mizaél de Souza, y Marcelo Mendo Gomes, “Mineração: Benefícios Socioeconômicos e o Brasil do Futuro”, en *Direito Minerário: Estudos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 2.

5. Declaración final de la Río+10, la Conferencia de las Naciones Unidas realizada en Johannesburgo, Sudáfrica, 2002.

6. Extraído del Dictamen PROGE 145/2006 – CCE-JMO.

Dentro de ese contexto, es evidente que todos los países deben cuidar de forma especial la gestión de los recursos minerales existentes en su territorio, dándoles tratamiento diferenciado en cuanto a la propiedad y regímenes de explotación. Esa cuestión puede hacer toda la diferencia en el desarrollo económico local.

De esa forma, consonante a la visión del Banco Mundial (BM), financiar proyectos de minería en economías subdesarrolladas es importante para el crecimiento económico y, consecuentemente, para la reducción de la pobreza. Se ha dicho que los siete argumentos más importantes del BM para financiar los emprendimientos mineros son:

1. Analogía histórica –países como Suecia, Finlandia, Inglaterra y, más recientemente, Australia, Canadá y Estados Unidos han contado (y todavía cuentan) con un fuerte sector mineral que, a su vez, habría sido el principal impulsor para la trayectoria de desarrollo.
2. Creación de empleos –la minería genera empleos directos e indirectos. En Brasil, por ejemplo, la Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) estima que, para cada empleo generado en la industria de explotación mineral, 13 puestos de trabajo son creados en otros sectores de la economía, en los servicios o en otras industrias *upstream* y *downstream*. La Asociación entre la creación de empleos y la reducción de pobreza ocurre por intermedio de la renta salarial que fluye para la economía, contribuyendo positivamente para el aumento de la renta per capita y, consecuentemente, para la reducción de la pobreza [...].
3. Generación de renta –además de la renta y de los salarios, la renta obtenida principalmente por intermedio de los encadenamientos fiscales es un poderoso elemento de combate a la pobreza. La recuperación financiera del sector público posibilita a los gobiernos implementar programas volcados hacia la superación de la pobreza [...].
4. Crecimiento económico –la lógica causal es la de los modelos de crecimiento económico y del rol inductor de las inversiones [...].
5. Transferencia de tecnología –las actividades económicas basadas en la extracción de recursos naturales pueden convertirse en verdaderas industrias del conocimiento. Según el BM, la minería fue considerada una “experiencia de aprendizaje nacional” para los Estados Unidos; su enlace con la reducción de la pobreza ocurre vía expansión de las oportunidades de negocio [...].
6. Desarrollo de infraestructura –las inversiones necesarias para la extracción de los recursos minerales catalizan mejoras en la infraestructura física del territorio donde son instaladas [...].
7. Creación de industrias *downstream* –la minería puede crear oportunidades económicas en la cadena de valor paralela a la *downstream* de la actividad extractiva, promoviendo inversiones en industrias que procesen y adicione valor a los bienes minerales, antes que sean exportados [...].⁷

7. María Amélia Enriquez, *Mineração: Maldição ou Dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*, São Paulo, Signus, 2008, pp. 105-106.

Tras este análisis, muchos deben preguntarse el motivo de por qué tantas economías alrededor del mundo, especialmente en África y América Latina, no poseen desempeño compatible con sus reservas minerales. En la visión de algunos economistas, la abundancia de recursos primarios conlleva un efecto psicológico de letargo y excesiva burocracia estatal, eso sin mencionar un ambiente presuntamente propicio a la corrupción. Eso explicaría, en la visión de este segmento de estudiosos, el nivel de subdesarrollo casi congénito, común a varios de esos países.

Ocurre que aunque no se pueda negar que todos los elementos cogitados por los economistas sectoriales sean factores íntimamente relacionados al subdesarrollo, no hay evidencia empírica consistente de que ese mal sea específicamente de los países con la “tragedia” de la vocación mineral. Por mucho que algunos países africanos, como Zambia y Namibia puedan ratificar la tesis del “letargo mineral”, limitando su actuación en la gestión de sus recursos a una búsqueda apenas por el aumento de participaciones y rentas estatales, captadas del sector productivo, es cierto que otros prueban justamente lo contrario. Véase el caso de Indonesia, que viene aumentando significativamente la participación del sector mineral en su economía, además de Chile, que encontró en el sector mineral un fuerte impulsor de desarrollo social y económico. En esos casos de éxito, el crecimiento vino acompañado de instituciones políticas y económicas fuertes, de apoyo al desarrollo de la minería,⁸ garantizando así que el valor generado por la industria primaria fuera transferido y eficientemente explayado hacia la sociedad, promoviendo adecuadamente la finalidad precípua del Estado Moderno, que es la promoción del bienestar social, en su más amplia acepción.

La tabla a continuación demuestra la heterogeneidad entre los países mineros más relevantes en el contexto mundial:⁹

Los ejemplos demuestran, por lo tanto, que la dádiva de un potencial mineral privilegiado no garantiza por sí solo el éxito económico y social de un país. Es necesario que haya instituciones políticas y económicas fuertes, capaces primero de crear condiciones favorables al desarrollo de la actividad minera, y después de capturar los recursos directos e indirectos que ese sector primario puede aportar, de modo de transformarlos en distribución de renta y bienestar social.

8. Graham A. Davis, *The mineral sector, sectorial analysis, and economic development. Resources Policy*, vol. 24, Reino Unido, Elsevier, 1998, pp. 217-228.

9. “The role of mining in national economies”, en *In brief. International Council of Mining and Metals*, Londres, 2012. Disponible en <<http://www.icmm.com/document/4440>>.

| Rank and country | 2010 production value (current US\$ million) (1) | 2010 production value (%) (2) | 2000 production value (current US\$ million) (3) | 2000 production value (%) (4) | Change production value 2000-2010 (%) (5) | 2010 production value as % of 2010 GDP (6) | 2000 production value as % of 2000 GDP (7) | 2010 mineral export contribution (%) (8) |
|-----------------------|--------------------------------------------------|-------------------------------|--------------------------------------------------|-------------------------------|-------------------------------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------|------------------------------------------|
| Australia | 71.955 | 15,6 | 16.444 | 14,7 | 337,8 | 7,8 | 3,9 | 40,3 |
| China | 69.281 | 15,0 | 10.576 | 9,4 | 555,1 | 1,2 | 0,9 | 1,5 |
| Brazil | 47.027 | 10,2 | 7.754 | 6,9 | 506,5 | 2,3 | 1,2 | 19,0 |
| Chile | 31.275 | 6,8 | 10.452 | 9,3 | 199,2 | 14,7 | 13,9 | 65,9 |
| Russian Federation | 28.680 | 6,2 | 10.776 | 9,6 | 166,1 | 1,9 | 4,1 | 6,6 |
| South Africa | 27.116 | 5,9 | 12.694 | 11,3 | 113,6 | 7,5 | 9,6 | 37,4 |
| India | 26.042 | 5,6 | 2.930 | 2,6 | 788,8 | 1,5 | 0,6 | 17,9 |
| United States | 22.957 | 5,0 | 11.253 | 10,0 | 104,0 | 0,2 | 0,1 | 6,2 |
| Perú | 18.832 | 4,1 | 4.682 | 4,2 | 302,2 | 12,0 | 8,8 | 62,7 |
| Canada | 13.984 | 3,0 | 8.853 | 7,0 | 78,1 | 0,9 | 1,1 | 11,9 |
| Indonesia | 12.225 | 2,6 | 4.948 | 4,4 | 147,1 | 1,7 | 3,0 | 10,6 |
| Ukraine | 9.283 | 2,0 | 1.807 | 1,6 | 413,6 | 6,7 | 5,8 | 8,2 |
| México | 8.361 | 1,8 | 2.426 | 2,2 | 244,6 | 0,8 | 0,4 | 4,9 |
| Kazakistan | 7.248 | 1,6 | 2.390 | 2,1 | 203,3 | 4,9 | 13,1 | 13,1 |
| Irán, Islamic Rep. | 4.387 | 0,9 | 802 | 0,7 | 446,8 | 1,3 | 0,8 | 3,7 |
| Philippines | 4.221 | 0,9 | 397 | 0,4 | 964,1 | 2,1 | 0,5 | 6,8 |
| Sweden | 3.974 | 0,9 | 1.058 | 0,9 | 275,5 | 0,9 | 0,4 | 5,3 |
| Ghana | 3.964 | 0,9 | 1.015 | 0,9 | 290,4 | 12,7 | 20,4 | 25,4 |
| Zambia | 3.850 | 0,8 | 616 | 0,5 | 524,7 | 23,8 | 19,0 | 83,6 |
| Papua New Guinea | 3.166 | 0,7 | 1.338 | 1,2 | 136,5 | 33,4 | 38,0 | 54,0 |
| Total top-20 | 417.867 | | | | | | | |
| As % world production | 88 % | | | | | | | |

Por otras palabras, y en síntesis, el crecimiento económico de un país, medido en términos de producto nacional bruto, no es suficiente para garantizar un mayor progreso social y humano. Eso significa que una política de crecimiento económico no se la puede confinar a la determinación pura y simple del volumen de producto a alcanzar en un determinado período o de su tasa de crecimiento promedio. Si esa política prosigue, en último análisis, el bienestar social y el progreso humano efectivo de las poblaciones, tendrán igualmente que entrar en el dominio de las opciones en cuanto a los bienes a producir, donde se hace lo mismo en lo que se refiere a las elecciones entre los bienes de producción y de consumo y en cuanto a la producción de bienes destinados a satisfacer necesidades superfluas.

Caemos, así, en una primera noción de política social. Esta designación podrá dársele al conjunto de opciones cuyo objetivo sea el de orientar el crecimiento económico en el sentido de una mayor producción de bienes y servicios que mejor le permitirán satisfacer las necesidades fundamentales de cada individuo y del mayor número posible de individuos. Y, como estos bienes se encuentran normalmente ajenos al mercado, sobre todo cuando se trata de ponerlos al alcance de los individuos de más débiles recursos, el Estado tendrá que tomar iniciativas bien concretas para fomentar el apareamiento de tales bienes o servicios en condiciones de posible acceso por parte de todos los ciudadanos, incluyendo a los de más débiles recursos económicos. Se cuentan entre esos bienes que suelen ocurrir en este caso: la salud, la instrucción en los varios grados de enseñanza y de acuerdo con las capacidades de cada uno, la habitación adecuada a las necesidades de las familias, la seguridad social generalizada.

Últimamente, se empieza a incluir entre los bienes que componen el nivel de bienestar social también los tiempos libres, considerando que estos traducen una gama de bienes no económicos (es decir, bienes que están ajenos al mercado) tales como: la relación entre las personas, la amistad o la simpatía, la libertad de disponer de/ si, etc., bienes estos que son indiscutiblemente un componente importante en el tenor de satisfacción que se le consigue proporcionar a una comunidad.

La política social perseguirá, pues, y en primer lugar, que el crecimiento económico sea debidamente orientado en una doble perspectiva:

- a) permitir alcanzar los más altos estadios posibles de satisfacción de las necesidades fundamentales: salud, instrucción, habitación, seguridad social y tiempos libres;
- b) garantizar el acceso progresivo de todos los grupos a los beneficios que se hicieron posible gracias al crecimiento de la economía.

Uno puede ahora preguntarse: ¿De qué modo se va a obtener esta meta? Por un lado, reservando inversiones suficientemente elevadas para hacer surgir en la comunidad los bienes en cuestión, eventualmente a costa de menores volúmenes de producción de otros bienes considerados superfluos; por otro lado, siguiendo políticas de redistribución de rendimientos que corrijan las desigualdades de rendimiento que espontáneamente tienden a generarse.¹⁰

10. Maria Manoela Da Silva, "O Desenvolvimento Econômico e a Política Social", en *Revista Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. VII, n.º 27-28, S/L, 1969, pp. 475-484.

En ese punto ya se tiene, aunque en líneas bastante generales, una contextualización del reto de los gobiernos de países con alto potencial mineral: inducir a través de políticas públicas adecuadas, el desarrollo del sector, con vistas al fomento del máximo bienestar social de su población.

Ante todo, confirma la tesis de que en la medida en que la producción y la generación de ingresos son trascendentales fuerzas en la reducción de la pobreza, la minería tiene un papel cada vez más importante que desempeñar. Esta es una realidad ya reconocida y reflejada en la agenda de algunas de las compañías mineras globales más responsables, pero aún no reconocido consistentemente entre los gobiernos, las empresas, la sociedad civil y otras partes interesadas en los países que acogen grandes inversiones mineras.¹¹

El número de variables económicas y sociales involucradas transforma ese trabajo de concientización y captura de los beneficios de la minería en tarea ardua para los gobiernos que se ven ante ella. Así, el gran dilema que surge es el de equilibrar, en un régimen de aprovechamiento eficiente de las menas, la atracción de inversiones, con la maximización de las contrapartidas socioeconómicas y la protección de la soberanía nacional, considerando lo estratégicas que son las reservas naturales.

El propósito de este artículo, por lo tanto, es una reflexión sobre la gestión eficiente y segura de las riquezas minerales por parte de los estados.

LA PROPIEDAD DE LOS BIENES MINERALES COMO FORMA DE GARANTÍA DE LA SOBERANÍA NACIONAL:

José Luiz Quadros de Magalhães contextualiza el nacimiento de la idea de soberanía en Occidente, “en los hechos históricos traducidos en las luchas entabladas por los reyes franceses contra los barones feudales, para imponer su autoridad, lo que podríamos llamar, entonces, de soberanía interna, como también para emanciparse de la tutela del Santo Imperio Romano, primero, y del Papado, después, lo que podríamos llamar de soberanía externa”.¹²

11. “The role of mining in national economies”, 2012.

12. José Luiz Quadros de Magalhães, *Direito Constitucional*, t. II, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 123.

En la actualidad, la soberanía nacional¹³ se constituye en un valor supremo del Estado, confundándose casi con su propia existencia.¹⁴ No hay Estado sin que este sea absolutamente libre para decidir su propio destino. Este es el epicentro del concepto de soberanía. Así, todos los sistemas jurídicos actuales son volcados precipuamente para la defensa de ese monopolio de fuerza legítima de actuar, según concepción weberiana.

El respeto a la soberanía, en el marco del Derecho internacional, es el principio fundamental, como se puede percibir en la Carta de San Francisco, que crea oficialmente la Organización de las Naciones Unidas, teniendo como tema central la garantía de la paz, basada en principios inherentes a la libertad y autodeterminación de los pueblos:

Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales y, para ese fin: tomar, colectivamente, medidas efectivas para evitar amenazas a la paz y reprimir los actos de agresión u otra cualquier ruptura de la paz y llegar, por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, a un ajuste o solución de las controversias o situaciones que puedan llevar a una perturbación de la paz;
2. Entablar relaciones amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y de autodeterminación de los pueblos, y tomar otras medidas apropiadas al fortalecimiento de la paz universal;
3. Conseguir una cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y para promover y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión; y

13. En el concepto jurídico, soberanía se entiende como el poder supremo, o el poder que se sobrepone o está por encima de cualquier otro, no admitiendo limitaciones, excepto cuando dispuestas voluntariamente por él, al firmar tratados internacionales o al disponer de reglas y principios de orden constitucional. Así la soberanía es el supremo poder o el poder político de un Estado, y que en él reside como un atributo de su personalidad soberana. De ese modo, en el concepto de Bluntschill, se revela en el propio Estado, considerando en su majestad y en su suprema fuerza. Para Clóvis Beviláqua, “la soberanía es la noción de Derecho Público Interno. Es ese el Derecho que nos dice como o Estado se constituye, que principios establece para regular su acción, y que derechos le asegura a los individuos. Cuando aparece en el campo del Derecho Internacional, o Estado ya está constituido, y, consecuentemente, ya se presenta con a su calidad de soberano. El Derecho Internacional la respeta, la acata, y el reconocimiento de un Estado puede (cuando subsistir esa práctica) ser interpretado como declaración que los otros hacen, de que, en la calidad de soberano, puede tener ingreso en la comunión internacional. Pero, es por eso mismo que tiene la facultad de limitarse, va a someterse a preceptos, que le pautarán la conducta”. Ver en Plácido de Silva, *Vocabulário Jurídico*, São Paulo, Forense, 3.^a ed., 1973.

14. En la concepción de Bodin, por lo tanto, la soberanía es elemento inseparable del Estado, es un poder absoluto y perpetuo. Absoluto porque no posee límites sino las leyes divinas y naturales, a las cuales hasta los monarcas están sujetos. Perpetuo, por no existir un tiempo de duración dentro del cual este poder deba ser ejercido. Ver en Paula Prux, *Soberania e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, S/L, Centro de Pesquisas Estratégicas Paulino Soares de Souza/Universidade Federal de Juiz de Fora.

4. Ser un centro destinado a armonizar la acción de las naciones para la consecución de esos objetivos comunes.

Artículo 2. La Organización y sus Miembros, para la realización de los propósitos mencionados en el Artículo 1, actuarán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad de todos sus Miembros.
2. Todos los Miembros, a fin de asegurarles a todos en general los derechos y ventajas resultantes de su cualidad de Miembros, deberán cumplir de buena fe las obligaciones por ellos asumidas de acuerdo con la presente Carta.
3. Todos los Miembros deberán resolver sus controversias internacionales por medios pacíficos, de modo que no sean amenazadas la paz, la seguridad ni la justicia internacionales.
4. Todos los Miembros deberán evitar en sus relaciones internacionales la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la dependencia política de cualquier Estado, o cualquier otra acción incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.
5. Todos los Miembros le darán a las Naciones todo el auxilio en cualquier acción a la que ellas recurran de acuerdo con la presente Carta y se abstendrán de darle auxilio a aquel Estado contra el cual las Naciones Unidas actúen de modo preventivo o coercitivo.
6. La Organización hará con que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas actúen de acuerdo con esos Principios en todo lo que sea necesario al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
7. Ningún dispositivo de la presente Carta autorizará las Naciones Unidas a intervenir en asuntos que dependan esencialmente de la jurisdicción de cualquier Estado u obligará los Miembros a someter tales asuntos a una solución, en los términos de la presente Carta; este principio, sin embargo, no perjudicará la aplicación de las medidas coercitivas constantes en el Capítulo VII.¹⁵

El orden mundial vigente tiene en el concepto de soberanía su base de sustentación.¹⁶ Eso porque todo el sistema jurídico internacional se lastra en la premisa de que los estados son libres para decidir sobre sus destinos, sin la interferencia de otros estados. A pesar de que existan tratados internacionales e intervención de organismos como las Naciones Unidas, y la Organización Mundial de Comercio, estas solo ocurren porque los estados, soberanamente, decidieron someterse a tales controles externos, abriendo mano libre y conscientemente de parte de su soberanía en función de

15. Carta de San Francisco, firmada en San Francisco/EE.UU., el 26 de junio de 1945.

16. Según esa perspectiva, a pesar de la creciente fluidez de las fronteras físico-geográficas y culturales que separan los pueblos, la noción de que la sobrevivencia y la perpetuación de su identidad cultural dependen del ejercicio de la soberanía parece que se la están tornando como uno de los puntos principales de referencia en las relaciones bilaterales y multilaterales entre los diferentes estados. Ver en Napoleão Miranda, "Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional", en *Revista CEJ*, n.º 27, S/L, oct/dic 2004, pp. 86-94.

valores mayores como la seguridad y paz mundial, justicia y equidad en el comercio internacional, entre otros.¹⁷

El Estado soberano, en sus relaciones con otros estados, no tiene ningún vínculo de sumisión, no admitiendo ningún tipo de intromisión en sus asuntos internos o internacionales: casi la totalidad de los tratadistas reconoce que, si la soberanía es un poder supremo, es la mayor fuerza, no queriendo decir que sea un poder arbitrario, una fuerza brutal, que no reconoce límites, como se pensaba en el pasado.

Es importante resaltar que la soberanía no es un poder del Estado, sino una cualidad de ese poder, que podrá ser o no soberano.¹⁸

Se nota, por lo tanto, que la soberanía posee dos caras distintas: interna y externa. La primera se consubstancia en la capacidad de amalgamar los intereses opuestos en el seno de la sociedad, organizar el Estado y garantizar la paz y el orden social interno. Originalmente, la soberanía, en el plan interno,¹⁹ nacía del reflejo de la voluntad del gobernante, siendo así todavía hoy en los estados autoritarios. En esos órdenes políticos excepcionales, la soberanía se reviste del poder absoluto investido en el gobernante, el de hacer imponer su voluntad en su territorio. Ya los estados democráticos actuales experimentan un modelo de soberanía más avanzado, en donde el poder legítimo está en las manos y emana directamente del pueblo, para que la voluntad popular se haga valer dentro de su territorio, actuando el gobernante como mero organizador y cumplidor de la voluntad que, en última instancia, será siempre la del pueblo. Como se ha sostenido en el enfoque roussoniano, los elegidos por el pueblo para gobernar no son sus representantes, sino solamente comisarios para ejecutar la voluntad general; las leyes solo serán obligatorias después de aprobadas por el pueblo.

La segunda cara de la soberanía, la externa, se caracteriza por el equilibrio de fuerzas entre los países y la capacidad de extirpar las interferencias externas en la conducción de los asuntos nacionales, valiéndose de la fuerza si es necesario. Esa soberanía, no obstante, no nace de la voluntad popular, ella carece del reconocimiento por parte de los demás estados de que, en aquel territorio, hay un poder legítimo puesto a impedir que las demás naciones intervengan. Así la soberanía, en los estados democráticos,

17. Eso significa en realidad que la capacidad regulatoria de esos instrumentos y de los organismos institucionales creados para vigilar su aplicación es siempre mediada por el ejercicio soberano de una adecuación necesaria a los parámetros nacionales de manifestación de la cultura jurídica y social de las diferentes naciones, aunque esa capacidad varíe de forma significativa en función de las características de su inserción específica en el orden internacional. Ver en Napoleão Miranda, "Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional", pp. 86-94.

18. José Luiz Quadros de Magalhães, *Direito Constitucional*, p. 127.

19. La soberanía interna es sinónimo de poder supremo. Significa que dentro de las fronteras del Estado no existe ningún poder paralelo o superior al poder del Estado.

refleja el poder de hacer valer la voluntad de un pueblo en su territorio debidamente reconocido por las demás naciones como un ejercicio legítimo de ese poder de actuar.

La soberanía se configura (al menos desde la paz de Westfalia, en 1648) como una potestad o poder que ha de ser confirmado por el reconocimiento de otros Estados. En la comunidad internacional, reconocer la soberanía de un Estado significa renunciar a intervenir en los asuntos internos del mismo, admitiendo que ya existe ahí un poder supremo legítimo. La relación entre Estados soberanos así reconocidos es de igual a igual, y en ningún caso jerárquica. De ese modo, tanto el derecho constitucional como el derecho internacional reafirman la visión de Jean Bodin de la soberanía como poder absoluto y perpetuo de la república.²⁰

Para que un Estado sea, en esa medida, soberano, no basta su propia y legítima voluntad, tampoco que este así se declare. Es necesario que obtenga, en el plan internacional, el reconocimiento de los demás estados de que allí hay un poder legítimo y soberano instalado.²¹ De esa forma, la soberanía, más que una declaración, es un ejercicio práctico en la vida de las naciones, que deben cuidar del mantenimiento de la paz y organización interna –la inestabilidad interna amenaza la legitimación del poder popular y, por consiguiente, su reconocimiento por los demás países– y de la protección en contra de las amenazas externa, un Estado es siempre más vulnerable.

La gestión de las reservas naturales, de carácter estratégico para el desarrollo del país, pasa entonces, a ser esencial a la garantía de la soberanía nacional, lo que explica la opción de muchos Estados en tratar la cuestión del aprovechamiento mineral en el plan constitucional²² –lo que evita alteraciones en el régimen de aprovechamiento al sabor de la coyuntura política momentánea–. Dentro de esa línea es que diversas Constituciones, como forma de proteger fuertemente los recursos minerales nacionales, según los valores y principios prevalecientes en la sociedad, los clasificaron como bienes de propiedad exclusiva del Estado.²³ Sometiendo su aprovechamiento al interés nacional.

20. Pedro Francés Gómez, *El Concepto de soberanía*. Disponible en <www.ugr.es/~pfg/fp2/fp2_5.html>.

21. El poder del dominio estatal por ser un poder de naturaleza jurídica se somete al derecho. Esta conclusión lleva al entendimiento de que la soberanía, como calidad del poder estatal está como ese poder, sometida al derecho y tiene una naturaleza jurídica. Ver en José Luiz Quadros de Magalhães, *Direito Constitucional*, p. 128.

22. En ese sentido, el Derecho Minero debe ser inserido como pieza fundamental en el proceso de protección de la dignidad de la figura humana. Ver en Bruno Feigelson, *Curso de Direito Minerário*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 51.

23. Los recursos minerales (no apenas las reservas minerales) y los yacimientos son de dominio de la Unión. Eso impone clasificar ese dominio de la Unión sobre los recursos minerales y los yacimientos en categorías distintas a la de los bienes dominicales y a los bienes de uso especial, porque incluye bajo el dominio de la Unión tanto los recursos existentes como los potenciales. Esa distinción se justifica aún porque los recursos minerales son destinados a la exploración y explotación exclusivamente por el minero y son agotables –lo que les añade una característica de temporalidad– no manteniéndose enteros y perpetuamente bajo el dominio estatal.

Por el impacto que pueden causar en el modo de vida y en el desarrollo de nuestra sociedad, esos bienes deben someterse al estricto control del Estado, que debe actuar para preservarlos y racionalizar su utilización. Estando tales bienes a la disposición en la naturaleza, pudiendo ser usurpados por cualquier persona, es mister el control y la reglamentación ejecutada por el Poder Público [...].

En ese sentido, la preservación del patrimonio mineral tiene un carácter transpersonal comparable a la conservación del medio ambiente. De la misma forma que este genera interés de toda la sociedad, dada su imprescriptibilidad para la garantía de la vida en el planeta, el acceso equilibrado a los recursos minerales también constituye interés de toda la colectividad, teniendo en vista el valor estratégico que tales recursos representan para nuestro modo de vida.²⁴

Tómese, como ejemplo, la Constitución Brasileña, promulgada el 5 de octubre de 1988:

Art. 20. Son bienes de la Unión:

IX –...los recursos minerales, incluso los del subsuelo [...].

Art. 176. Los yacimientos, superficiales o no, y demás recursos minerales y los potenciales de energía hidráulica constituyen propiedad distinta de la del suelo, para efecto de explotación o aprovechamiento, y pertenecen a la Unión, garantizada a los concesionarios la propiedad del producto de la mina.

La misma orientación sigue la Constitución ecuatoriana actual, fechada el 20 de octubre de 2008:

Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea diferente de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes solo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

La Constitución chilena no es diferente:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las ar-

24. Valkiria Silva Santos Martins, “Usurpação mineral e defesa do patrimônio público”, en *Estudos de direito mine-
rário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 192.

cillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

En el pasado, diversos países experimentaron diversos modelos de explotación, en los que la propiedad sobre los recursos minerales no era ejercida directamente por el Estado, sino por el particular propietario del suelo —el denominado Régimen de Acceso—. Esas experiencias fueron desastrosas para el desarrollo de la minería y, en última instancia, representaron un empobrecimiento de la soberanía de los estados. Había una evidente divergencia entre el interés nacional, de ver sus recursos siendo sanamente explotados, con el mayor retorno posible a su pueblo, y el de los “propietarios” de las minas, que sometían la explotación de las mismas a su exclusivo interés. En conclusión, lo que se veía era el Estado privado de los recursos que podría usufructuar con la explotación de su potencial mineral, situación evidentemente disonante de las necesidades y voluntad popular. La separación habida, por lo tanto, entre la propiedad de suelo, disponible para cualquier particular, y la del subsuelo mineralizado, reservada al Estado, se mostró acertada, bajo la óptica de la garantía de la soberanía nacional y sometimiento del aprovechamiento de los recursos al interés nacional.²⁵

Siguiendo por ese raciocinio, la propiedad ejercida por el Estado, sobre los recursos minerales, no puede ser entendida bajo el concepto puro de efectivo dominio sobre el bien, para darle la destinación que mejor le convenga, observados la ley y los principios. La propiedad del Estado, en el caso de los recursos minerales, es figura jurídica ficcional, teniendo mucho más una idea de reserva estratégica para fines de ejercicio efectivo de la soberanía nacional.

Por sus particularidades, el dominio de la Unión sobre los recursos minerales se clasifica como un dominio público mineral especial, originario y exclusivo de la Unión, imprescriptible y finito, alcanzando tanto los recursos conocidos como los desconocidos [...].

25. La legislación mineral, hoy mundialmente reconocida como un instrumento básico para el desarrollo económico de un país, fue altamente influenciada por las directrices proclamadas por la Resolución 1803/62 de la Comisión Permanente de Soberanía sobre los Recursos Minerales de las Naciones Unidas, piedra angular de la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional y de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptadas por la Asamblea General de la ONU, en 1974. Como resultado directo de ese importante documento, la mayoría de las legislaciones modernas han pasado a establecer que los recursos minerales pertenecen al Estado y no más al propietario del suelo. En algunos países, son todavía mantenidos algunos derechos ancestrales y en otros los propietarios del suelo poseen el dominio sobre los minerales destinados a fines industriales y a la construcción civil; no obstante, aún en esos países, el Estado últimamente controla los medios y métodos de explotación de esos minerales. Ver en Parecer de la Abogacía General de la Unión n. AGU/RB-01/94. Brasília, Brasil, publicado el 25/03/1994.

Reconociendo esa tendencia mundial, la Carta Política de 1988 le transfirió a la Unión el dominio sobre los recursos del subsuelo, eliminando de vez la institución de cualquier derecho privado sobre tales recursos, y colocó la explotación de esos bienes bajo la integral tutela del Estado, a la luz del interés nacional.²⁶

Juan Luis Ossa Bulnes conceptúa que los yacimientos son “de dominio estatal, en calidad de bienes fiscales de naturaleza especial, incluso cuando, por ser todavía desconocidos y por lo tanto indeterminados, el Estado puede ejercer actos de dominio a su respecto”.²⁷

La reserva de la propiedad sobre los bienes minerales exclusivamente para los estados, dada la importancia estratégica de esos bienes para el desarrollo económico del país,²⁸ garantiza, por un lado, el dominio absoluto sobre los recursos minerales, yacimientos y minas, especialmente para aumentar su poder de influencia internacional –considerando la alta dependencia de las sociedades–, y en la protección en contra de los intereses de naciones extranjeras sobre estas reservas. Además, proporciona internamente un control más efectivo del Estado sobre la actividad minera, no solo desde el punto de vista administrativo, sino también, y principalmente, sobre la función estratégica de su aprovechamiento, considerando que no son renovables,²⁹ juntamente con el incremento del retorno dado por la explotación de esos recursos.

Comprendida la importancia estratégica de garantizarle al Estado la propiedad de los recursos minerales existentes en su territorio, como forma de garantizar el propio ejercicio de la soberanía nacional, se pasará a continuación a analizar los modelos de explotación y principios fundamentales que orientan el aprovechamiento de los recursos.

26. Valkiria Silva Santos Martins, “Usurpação mineral e defesa do patrimônio público”, p. 199.

27. Juan Luis Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª ed., 1992.

28. El progreso económico y social de los estados modernos basado en sus potencialidades industriales depende de forma directa del aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el planeta. Por ello, el desarrollo alcanzado por la economía del país, a lo largo de su historia, estuvo en el pasado y, ciertamente estará en el futuro, estrechamente vinculado al sector mineral. Vemos, de este modo, la minería como un pilar básico de la economía en nuestro país, y no podría ser de otra forma, una vez que la naturaleza ha sido altamente generosa con nuestras tierras y sus recursos minerales. Ver en Alberto Arévalo, Alejandro Canut, *Contratos Mineros*, Santiago de Chile, CONSUR, 1994, p. 3.

29. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2010, 5.ª ed., p. 104.

LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINERALES POR LA INICIATIVA PRIVADA Y LOS PRINCIPIOS DETERMINANTES DE LA EXPLOTACIÓN MINERAL: FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD MINERAL, UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS NACIONAL

En líneas anteriores se ha observado que la soberanía del Estado reside de manera muy clara en el poder legítimo de definir su propio destino. Ese poder, conforme a lo que se expuso, emana originalmente del pueblo, sometiéndose por lo tanto a la voluntad popular.

De esa forma, justamente para garantizar que las menas sean aprovechadas en función del desarrollo nacional y del bienestar social, es que alrededor del mundo se han clasificado a los recursos minerales como propiedad exclusiva del Estado, como es el caso de Brasil, Chile y Ecuador.

Por más que sea de propiedad del Estado, la explotación económica de los recursos minerales ha sido, en la mayoría de los países de vocación minera, entregada a particulares, aunque la forma y el grado de interferencia estatal varíen mucho. Esa opción estratégica adviene, en gran medida, de la aplicación del principio general de la eficiencia,³⁰ que rige la Administración Pública, y del principio, específico de la minería, del máximo aprovechamiento de los yacimientos.

Esa concepción constitucional, que le atribuye el dominio de los recursos minerales a la Unión (Estado) y, concomitantemente, le otorga la propiedad de la mena extraída al minero, crea una figura jurídica moderna.

30. Con la aplicación de este principio derivado del principio del Derecho Italiano de la “buena administración”, debe el Estado, a través de sus agentes, buscar siempre el medio menos oneroso y que maximice el retorno para la sociedad. “Vale observar, no obstante, que el principio de la eficiencia no alcanza apenas los servicios públicos prestados directamente a la colectividad. Al contrario, debe ser observado también en relación a los servicios administrativos internos de las personas federativas y de las personas a ellas vinculadas. Significa que la administración debe recorrer a la moderna tecnología y a los métodos hoy adoptados para obtener la calidad total de la exigencia de las actividades a su cargo, creando, incluso, un nuevo organograma en el que se destaquen las funciones gerenciales y la competencia de los agentes que deben ejercerlas. Actualmente los autores han presentado varios estudios sobre la cuestión concerniente al control de la observancia del principio de la eficiencia. La complejidad que envuelve el tema es comprensible: de un lado, hay que respetar las directrices y prioridades de los administradores públicos, bien como los recursos financieros disponibles y, de otro, no se puede admitir que el principio constitucional deje de ser respetado y aplicado”. Ver en, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, 10.ª ed., pp. 19-20.

Al tiempo que le asegura el control del Estado sobre el patrimonio mineral, define a quien le compete el ejercicio de la actividad. Refleja el interés del Estado en garantizar la soberanía sobre las riquezas minerales y reconoce la importancia de la actividad privada para la producción de bienes minerales [...].

En razón de ese sistema especial, mientras la Unión tiene poderes para, estratégicamente, proteger las riquezas minerales, todos los riesgos e inversiones son privados. Otro aspecto es que el legislador constituyente, al referirse también a los recursos minerales, les da legitimidad e interés a la Unión y al minero para que protejan la riqueza mineral, aunque potencialmente –o sea, los recursos minerales, antes de ser descubiertos y transformados en yacimientos y minas.³¹

Como se sabe, el Estado moderno es de veras complejo, ya que “en nuestro tiempo histórico, en el mundo occidental, prevalece, aplastantemente en la doctrina, la afirmación de que hay una trilogía de funciones en el Estado: la legislativa, la administrativa (o ejecutiva) y la jurisdiccional”.³² Por mucho que se tome tan solo la función administrativa, es cierto que esta abarca un sinnúmero de actividades, de las más diversas naturalezas, lo que, hasta por lógica, hace poco creíble que el Estado sea capaz de actuar eficiente y directamente en un área tan especializada como la minería.

Además, en las democracias modernas, aunque en grados distintos, hay siempre una serie de restricciones al Estado para contratar bienes y servicios, aportar inversiones y contraer obligaciones que graven las cuentas públicas. Normalmente los estados democráticos poseen leyes específicas direccionando los recursos financieros estatales para la financiación de actividades básicas esenciales, como salud, educación, vivienda y otras medidas de carácter social, lo que genera una limitación en la capacidad de invertir recursos en otras áreas.

Todas esas reglas, saludables para la buena administración del dinero público, conllevan una burocracia que perjudica la actuación del Estado como ejecutor directo de actividades económicas, como la minería. Eso porque por más eficiente que este sea, jamás conseguirá ser suficientemente rápido y capaz de invertir como lo hace el particular.

La insuficiencia de recursos públicos para atención de todos los anhelos y expectativas confiados por la sociedad al Estado y la búsqueda de la eficiencia en esa tarea condujo a la sustitución del Estado gestor por el Estado Orientador de las actividades volcadas hacia la concretización del interés general; fruto del principio de la subsidiaridad, la regulación re-

31. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 66.

32. Celso Antônio Bandeira De Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 21.ª ed., p. 29.

presenta a la disciplina jurídica de la actividad económica privada en segmentos relevantes para el desarrollo social.³³

La dificultad e ineficiencia del Estado, al ejecutar –o intentar– directamente actividades económicas específicas ya fue objeto de innumerables teorías y estudios económicos, todas ellas convergiendo para el diagnóstico de su incapacidad para competir con la iniciativa privada y orientándole al Estado a que se limitara a la actividad reguladora. Así es que, como tendencia mundial, los estados modernos occidentales ha privilegiado el objetivo de regular eficientemente³⁴ la actuación de los particulares, para que estos también actúen eficientemente en el mercado. De esa forma, se cree, que hay un incremento en la capacidad del Estado de administrar la actividad económica, al tiempo que se garantiza una mayor eficiencia en el desempeño directo de las actividades por las empresas privadas.

En ese tono queda evidente que la actuación del Estado, de forma directa en la minería, se muestra una elección equivocada, aunque se pueda observar excepciones en algunos casos, los cuales confirman –dada su excepcionalidad– que niegan la recomendación de que se le entregue a los entes privados el ejercicio de la actividad de minería. El sector mineral exige inversiones vultuosas para la explotación del territorio, identificación de las minas y su desarrollo hasta la etapa comercial, lo que genera conflicto con la ya mencionada escasez de recursos disponibles para que el Estado invierta en esas actividades.

William Freire, al analizar el modelo brasileño de gestión de los recursos minerales, defiende que “el modelo constitucional brasileño es demasiado interesante y conveniente para la Unión (Estado). La Unión detiene el dominio de los recursos y los yacimientos minerales, asegurándoles su control estratégico. Sin embargo, toda inversión y riesgo son privados”³⁵.

Además de la limitación de recursos para inversiones en minería, ha de tenerse en cuenta el alto riesgo involucrado en esa actividad, dado el bajo porcentual de éxito en la identificación, implantación y puesta en marcha de minas económicamente viables.

33. Marcos Juruena Villela Souto, “Função Regulatória”, en *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º 13, Salvador, 2008. Disponible en <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>>.

34. Marçal Justen Filho define el papel regulador del Estado como “un conjunto ordenado de políticas públicas que busca la realización de valores económicos y no económicos, reputados como esenciales para determinados grupos o para la colectividad en su conjunto. Esas políticas envuelven la adopción de medidas de carácter legislativo y de naturaleza administrativa, destinadas a incentivar prácticas privadas deseables y reprimir tendencias individuales y colectivas incompatibles con la realización de los valores preciados”. Ver en Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, Brasil, Dialética, 2002.

35. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 57.

Se puede fácilmente percibir lo poco recomendable que es, en ese contexto, que el Estado tome para sí el deber de llevar a cabo la explotación de los recursos minerales, ya que usará su restringida capacidad de inversiones en una actividad de altísimo riesgo, cuando podría destinar ese dinero en actividades consideradas esenciales al bienestar social.

Es exactamente la complejidad de descubrir yacimientos minerales, estudiarlos y, finalmente, comprobar su existencia, que hace con que se diga que el riesgo en la Minería puede ser evaluado, por ejemplo, por el hecho de que, en promedio, de cada 1000 afloramientos estudiados resultará, al final, el aprovechamiento de 1 (un) yacimiento, el cual, como sabemos, es una anomalía geológica: o sea, para obtener éxito y encontrar un yacimiento es necesario, entre otros, especialmente, recursos humanos, financieros, logística, ciencia, inspiración y mucha –pero mucha mismo– transpiración.³⁶

Ante lo expuesto hasta ahora, parece claro que el modelo más común para un eficiente aprovechamiento de los recursos minerales es el que reserva la propiedad de estos para el Estado, pero delega a los particulares la explotación de la actividad económica de minería, mediante autorización o concesión estatal. Dentro de ese modelo, como propietario directo de los recursos minerales, le cabe al Estado autorizar, regular y fiscalizar la explotación mineral, constituido de poderes para incluso revocar o cancelar derechos de explotación, en caso de manifiesta contrariedad de esta al interés nacional.

Para que este modelo funcione, no obstante, es necesario que el Estado esté suficientemente preparado para ejecutar eficientemente la regulación del sector, garantizando así que tanto su propiedad sobre los recursos minerales como la de los concesionarios y los que tienen autorización para hacerlo, sobre los derechos de explotación, atiendan a su función social.

En el Derecho Minero, la propiedad mineral solo estará garantizada si se cumple su función social. Esta función social está representada por valores como el bienestar social en el aprovechamiento de los recursos minerales, sea en relación a los inversores directos, indirectos, trabajadores, superficiarios, repartición de las ganancias, alcanzando dimensiones más allá de la variable económica como la protección de valores socioambientales.

La garantía del principio de la función social de la propiedad mineral es un valor que transcurre todos los niveles del Derecho Minero Brasileño, negligenciado es verdad en el pasado, pero que tras la Constitución de 1988 se afirma como uno de los principales valores a ser perseguidos, en las diversas esferas del derecho, bien sea en la construcción

36. José Mendo Mizael De Souza, y Marcelo Mendo Gomes, “Mineração: Benefícios Socioeconômicos e o Brasil do Futuro”, pp. 6-7.

de instrumentos normativos, bien sea en la definición de los rumbos económicos, preservación del medio ambiente, políticas socialmente inclusivas, preservación de los derechos culturales.³⁷

De un lado, la propiedad ejercida por los titulares de derechos de explotación debe someterse al principio de la función social de la propiedad. Esto porque estos derechos otorgados por el Estado, a título precario y sometidos a una serie de condiciones legales clasificadas en las normas y actos de autorización y concesión, solo se legitiman cuando retornan, hacia la sociedad, beneficios palpables.

De otro lado y en la misma medida, la propiedad pública –en el caso del Estado sobre los recursos minerales–, de forma todavía más íntima y directa, solo puede ser aplicada en beneficio de una finalidad pública específica, es decir, de un modo que le proporcione beneficios directos a la sociedad. En otras palabras, “siendo gestor de los intereses de la colectividad, el Estado no puede plantearse otro objetivo sino el de propiciarles a sus súbditos todo el tipo de comodidades a ser por ellos fruidas”.³⁸

De ahí que se diga que la minería es una actividad de interés nacional, en la medida en que a través de ella se pone en práctica la explotación de los recursos minerales existentes en el territorio, de forma eficiente y equilibrada, obteniendo por lo tanto los beneficios sociales y económicos advenidos del uso racional de las reservas de mena. La actividad minera, por lo tanto, solamente se legitima cuando conlleva un valor mayor, más allá del retorno financiero para el emprendedor. Ella debe, por encima de cualquier otra actividad económica común, agregar un significativo valor para la sociedad, lo que se traduce en la práctica, en contrapartidas económicas y sociales de los más distintos géneros, de acuerdo con las características y necesidades de cada región.

Con eso en mente, se puede concluir que el interés nacional se relaciona con la finalidad socioeconómica que deberá ser ejercida por la actividad minera, de manera a habilitar la consecución de los objetivos a ser alcanzados por el orden económico, tales como: el desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y de la marginalización y la disminución de las desigualdades regionales y sociales.³⁹

El Instituto Brasileño de Minería (IBRAM) explica de forma muy clara los fundamentos de la caracterización de la minería como actividad de interés nacional:

37. Amaro Luiz Ferreira, *A Garantia da Função Social da Propriedade Mineral na Evolução do Direito Minerário Brasileiro*, Manaus, 2012.

38. José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 10.ª ed., 2003, p. 260.

39. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 100.

Presentemente, en plena consonancia con los principios del desarrollo sostenible, las empresas que integran la industria de la minería brasileña están asumiendo el compromiso de establecer y de implementar un proceso de crecimiento económico, basado en estructuras globalmente competitivas, que traigan reales mejorías en la distribución de la riqueza y de la renta generadas y con preservación de los atributos ambientales de los sitios y las regiones donde esas empresas actúan. En ese contexto, una de las contribuciones más importantes de la minería a Brasil es el hecho de ser el enlace articulador de sectores clave en la economía, que tienen la capacidad de potencializar ciclos de expansión de mayor grandiosidad para la generación de renta, de empleo, de atributos y de excedentes exportables. Un ejemplo de ello es que la minería, además de promocionar insumos básicos a las actividades agropecuarias (fertilizantes, correctivos de suelos y componentes de raciones animales), garantiza el suministro de materias-primas para el funcionamiento del parque industrial de transformación.

O sea, es una de las responsables del creciente nivel de competitividad de la industria nacional, además de la mejoría de la calidad de vida de la población, que usufructúa de sus bienes y productos. Son razones como esas las que justifican la actividad ser oficialmente reconocida como de utilidad pública.⁴⁰

Conforme se nota en el fragmento que precede, el papel de la minería para el desarrollo económico y social del Estado es tan grande que la clasifican como actividad de utilidad pública,⁴¹ es decir, aquella que, a pesar de ejercerla un particular, trae como resultado un bien social, promoviendo necesidades esenciales de toda la colectividad.

Aunque no haya el comando normativo, la actividad mineral puede ser considerada de utilidad pública por su propia naturaleza y por el modelo adoptado por el Constituyente, que eligió el sector privado para arcar con los encargos y riesgos de la actividad mineral. El sector mineral también puede ser clasificado como de utilidad pública porque recibió la incumbencia constitucional de generar riquezas a partir del aprovechamiento de los recursos minerales.

La minería representa hoy una actividad indispensable a la evolución sostenible del país, llegando a afirmar la doctrina que:

La minería es una actividad de utilidad pública y como tal debe ser reconocida, pues es inimaginable la vida sin minerales, metales, compuestos metálicos, esenciales para la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. El combate contra el hambre depende de la agricultura y esta de los fertilizantes.

También dependen de productos minerales la habitación, el saneamiento básico, las obras de infraestructura vial, los medios de transporte y de comunicación.

40. *Ibid.*, pp. 101-102.

41. En Brasil ese reconocimiento formal se da a través del artículo 5.º, f del Decreto Ley 3.365/41, y en la Resolución CONAMA 369/2006.

Para los patrones, métodos y procesos de desarrollo económico y social, con calidad ambiental, hoy existentes en el mundo, la disponibilidad de bienes minerales es simplemente esencial: no hay progreso sin la minería y sus productos”.⁴²

Así:

La minería, con todos los atributos de utilidad pública para el desarrollo nacional, contiene lo que se le puede denominar el elemento esencial del concepto de utilidad pública, intuitivo por su facilidad de comprensión, que es su importancia económica y estratégica para la satisfacción de los intereses de la sociedad. Por fuerza del régimen constitucional del aprovechamiento de nuestras potencialidades minerales, la minería va más allá de la dimensión de actividad económica privada para alzar una esfera de interés colectivo.⁴³

Si por un lado, la condición de actividad de interés nacional aporta una carga al minero, que en el desarrollar de su emprendimiento debe ofertar al Estado contrapartidas económicas y sociales motrices del desarrollo regional, por otro, la clasificación de la minería como de utilidad pública le garantiza una serie de privilegios y beneficios. De esa forma, la minería, como actividad de utilidad pública, merece un cuidado e incentivo especial del Estado para que se desarrolle y pueda competir en el mercado internacional. Es con base a ese principio que, por ejemplo, se justifican concesiones de beneficios fiscales y la prevalencia de la minería sobre derechos esencialmente privados, incluso el de la propiedad sobre la tierra.

Comprendido el modelo de explotación en que se le reserva la propiedad sobre los recursos minerales al Estado, pero se le delega su explotación económica a la iniciativa privada, cuya actividad se reviste de utilidad pública, en la medida que ofrece contrapartidas de significativo interés nacional, se debe analizar conceptualmente las modalidades de otorga más comúnmente practicadas.

MODELOS DE OTORGAMIENTO VENTAJAS E INCONVENIENTES

Partiendo de la premisa de que los recursos minerales son bienes de la Unión, enajenables, imprescriptibles y que no se los puede embargar, el aprovechamiento económico de ese patrimonio público, por parte de los particulares solamente se puede dar mediante el acto administrativo de concesión o autorización. En otras palabras, el Estado no les

42. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 100.

43. Parecer PROGE/DNPM 145/2006.

vende o cede sus recursos a los particulares, que entonces pasan a explotarlo, él tan solo consiente que entres privados exploten económicamente ese bien público, mediante las contrapartidas fijadas en ley y en el acto de otorga o consentimiento.

Según Villar Palasí, la concesión mineral es la investidura de un “derecho exclusivo y excluyente de aprovechar las sustancias minerales o metálicas que constituyen su objeto”. Aclara, aun, el ilustre jurista que “no se trata de una propiedad del suelo, ni tampoco de los minerales objeto de la concesión. No es, también, un usufructo del producto de las minas, antes bien un derecho de apropiación de las sustancias minerales [...]”.

La concesión mineral ya no es puramente una concesión de dominio otorgada en beneficio concreto del concesionario para satisfacer a un interés abstracto, sino una verdadera concesión industrial en beneficio concreto de los usuarios, razón por la cual se produce la caducidad de la concesión no solo por la falta de pago de las tasas administrativas, sino también por la suspensión no justificada de los trabajos o por la mala explotación del bien mineral.⁴⁴

La concesión administrativa es un acto de administración en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público, a favor de un particular, un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento y explotación exclusiva. Es un acto oficial o de soberanía dirigido hacia la constitución de un derecho real sobre cosas o elementos de dominio público. La concesión administrativa, en general, aun cuando supone un acuerdo de voluntades y adopta la forma contractual, es, en esencia, un acto de soberanía, que entraña la idea de revocabilidad.⁴⁵

Nótese que, pese a que se denomine por gran parte de las legislaciones como concesión, el acto administrativo de otorga de derechos de explotación mineral difiere sustancialmente de los actos de concesión de explotación de servicios públicos. Primero, porque el objeto no es un servicio público, antes bien la explotación económica de bien integrante del patrimonio estatal⁴⁶ y, después, por constituir un verdadero derecho real⁴⁷ a favor del minero.

El acto administrativo denominado concesión de explotación –en adelante denominado consentimiento para explotación– es un acto administrativo que nace a partir de un proceso de otorga, que incorpora un derecho real, por medio del cual la Unión (Estado) le consiente al minero el derecho de aprovechar industrialmente sus reservas

44. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 103.

45. Alfredo Ruy Barbosa, “A natureza jurídica da concessão minerária”, en Marcelo Gómez Souza, coord., *Direito minerário aplicado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 77.

46. *Ibid.*, p. 77.

47. No se puede caracterizar a la minería como servicio público porque no está en el rango de servicios que por su esencialidad deben obligatoriamente ser prestados por la Administración Pública, por sí o mediante delegación. La minería, al contrario, es una actividad económica reservada a la iniciativa privada mediante consentimiento del propietario del bien –en su caso el Estado– cuyo objeto son los recursos minerales.

minerales. Genera efectos y derechos subjetivos al minero y para la Unión: de un lado, el derecho-deber de explotar; de otro, el derecho de exigir la actividad de explotación y la obligación de crear mecanismos que posibiliten la actividad de explotación sin inconvenientes.⁴⁸

La forma cómo ese consentimiento de explotación mineral se da, en el Derecho comparado, es demasiado variable. Verbigracia, en Brasil, Australia, Canadá y distintos países vigora el sistema de prioridad, según el cual el primero en requerir un derecho de explotación, en un área considerada libre,⁴⁹ recibe el derecho de investigar la existencia de reservas minerales económicamente viables, por su cuenta y riesgo, y, en la hipótesis de que las encuentre, el derecho de explotarlas, mediante las contrapartidas previstas en ley y en los actos de otorga.⁵⁰ Ya en otros países, como Ecuador, prevalece el sistema de licitación, según el cual el Estado selecciona las áreas con potencial para la presencia de reservas económicamente viables y entonces, las dispone en licitación, otorgándole el derecho de explotación al que presente la mejor propuesta, de acuerdo con los criterios de juicio previstos en la ley y en el pliego de condiciones.

La adopción del sistema de prioridad permite ofertar igualdad de condiciones entre los interesados, privilegiando al que, diligentemente, protocoló en primer lugar el requerimiento de consentimiento de derecho de explotación para aquella determinada área.⁵¹ En esos casos, hay lo que se suele llamar discrecionalidad vinculada, puesto que, cumplidos los requisitos legales exigidos por ley, no cabe a la administración rechazar el pedido de consentimiento, todo contrario, a esta le cabe el deber de consentir con la explotación.

Ya el otorgamiento por el sistema de licitación busca, en su génesis, garantizar que las áreas con potencial para minería les sean concedidas a aquellos que según los criterios de la ley y del pliego de condiciones ofrezcan los mejores beneficios al Es-

48. Del conjunto de características que hemos reseñado queda claro que la concesión minera conforma un derecho real especial, que se distingue nítidamente de la concesión, en general, y de la concesión administrativa, en particular, y otorga a su titular la seguridad y la estabilidad jurídicas que le son indispensables. Ver en Juan Luis Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*.

49. Willian Freire, *Código de Mineração Anotado*, p. 84.

50. El área será considerada libre cuando sobre ella no preexista cualquier otro derecho minero formalmente válido y eficaz, aunque pendiente de cualquier recurso en la esfera administrativa, o si ha sido objeto de declaración de bloqueo para fines de concesión de derechos mineros o cualquier otra medida que le imponga óbice a la concesión del título.

51. Para que el requerimiento determine prioridad, este debe ser formalmente perfecto, es decir, correctamente cumplimentado, instruido con todos los documentos exigidos por la ley, firmado por persona habilitada, en fin, cumplir con todos los requisitos legales impuestos como condición de validez del pedido. *Prior in tempore, potior in jure*. Esta conocida cita latina traduce el entendimiento de que, en la hipótesis de controversia que involucre partes que sostienen tener derecho sobre determinada cosa, prevalecerá aquel que primeramente constituyó su derecho. Ese entendimiento puede bien traducir el régimen de la prioridad. Ver en Adriano Drummond Cançado Trindade, *Estudos de Direito Minerário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 16.

tado. En esa medida, la licitación elimina el criterio “el primero que llegue”, dándole énfasis a la garantía de que el Estado reciba el mayor y mejor retorno posible, por la explotación económica de su patrimonio.

El cotejo de los dos sistemas revela, sin mucha dificultad, lo dispares que son, debiéndose por lo tanto comprender bien las ventajas e inconvenientes de cada uno. Desde ya es importante subrayar: no hay un concepto absoluto de cuál modelo es el mejor. Esa elección dependerá de características específicas de cada país, como se verá a continuación.

El sistema de prioridad, encontrado en países de legislaciones mineras bastante avanzadas, se funda en la premisa de que el Estado no tiene las condiciones técnicas ni financieras para ejecutar actividades de investigación mineral suficientemente detalladas para el mapeado de su territorio. Por cierto, esos países van más allá, considerando inadecuado que se inviertan vultuosas cuantías financieras en investigación mineral cuando se puede transferir esa tarea y ese coste a la iniciativa privada.

De ese modo, los estados que adoptan el sistema de prioridad defienden que se debe facilitar al máximo el acceso a los derechos de explotación mineral, incentivando así que el mayor número posible de interesados entren en el proceso de levantamiento de las potencialidades geológicas locales. Con ello, se cree que la actividad de investigación será fomentada en tal grado que se multiplicarán los hallazgos económicamente viables y con eso, la instalación de nuevas minas, generando los pretendidos recursos financieros y contrapartidas sociales anheladas.

De hecho, el bajo coste y la relativa facilidad de obtener un derecho de explotación en países cuyo sistema de otorga se basa en la regla de la prioridad se han mostrado como atractivos para la multiplicación de los pedidos de consentimiento para explotación mineral, produciendo un significativo aumento de las reservas minerales descubiertas. Ocurre que esa misma facilidad que en un primer momento impulsa, enseguida puede mostrarse un incentivo a la especulación, debido a que muchas personas físicas o jurídicas, sin capacidad financiera comprobada para llevar a cabo las actividades de investigación y explotación, obtienen títulos con el único intuito de repasarlos a terceros, con agio.

Mientras algunos ven en la especulación un elemento nocivo del mercado, que debe ser a todo coste alijada, otros la comprenden como parte natural del proceso de maduración de los títulos, reflejo del dinamismo y especialización de diferentes agentes de la cadena de la minería. Para ese grupo, mientras algunas empresas, llamadas de *majors*, se especializaron en el desarrollo de las operaciones de explotación, aportando grandes sumas de capital y por ello convirtiéndose menos propensas al extremo riesgo, otras conocidas como *juniors*, con capacidad de inversión más limitada, se muestran más apetecidas con el alto riesgo y optaron por ejecutar actividades de in-

vestigación y desarrollo de proyectos para obtener mayores ganancias con la venta de las minas que descubren para las *majors*.

No habría, para los defensores del sistema de prioridad, especulación, sino dos segmentos de mercado bien definidos, uno de prospección y desarrollo de minas y otro de operación de explotación, propiamente dicha. Así, la especulación cuando y/o aplicara mecanismos que les obligasen a aquellos que no cumplan sus obligaciones inherentes al consentimiento de explotación mineral –investigar adecuadamente, protección al medioambiente, contrapartidas sociales y económicas– que de algo intrínseco a un sistema de otorga ineficiente y distorsionado, como predicaban los defensores del régimen de licitación.

Los abogados de la otorga por licitación defienden su punto de vista con la tesis de que la minería es una actividad de innegable utilidad pública y se debe desarrollar con vistas a la atención del interés nacional. En esa medida, la obtención de las más rentables contrapartidas económicas y sociales solamente es posible a través de la competencia entre los interesados por el área. De esa forma, el resultado final del procedimiento licitatorio naturalmente reflejaría el máximo rendimiento posible para el Estado, con la explotación de su patrimonio.

Pese a que no se pueda negar por completo esa asertiva, ni siempre ella será verdadera. Eso porque, para que haya interesados dispuestos a ofertar contrapartidas valiosas al Estado por la explotación de los recursos minerales en una determinada área, es esencial que haya la comprobación del potencial mineral que reside allí. Así, la otorga por el régimen de licitación alija del proceso las *junior companies*, razón por la cual solamente será eficiente si, anteriormente a la oferta pública, el Estado tiene, por sus propios medios, realizado la prospección de las reservas potenciales locales. La gran crítica a ese sistema, por lo tanto, reside en la ya mencionada menor capacidad técnica y financiera del Estado para llevar a cabo actividades de investigación mineral, que exigen el aporte de grandes sumas de dinero, con alto riesgo de pérdida total de la inversión.

Adriano Drummond Cançado Trindade, al cotejar los dos sistemas, en el contexto brasileño, expone de forma muy clara las ventajas de cada uno. El análisis desarrollado puede ser sumamente útil para que otros países hagan sus elecciones políticas:

Por otro lado, bajo el punto de vista del Estado, se puede admitir que idealmente debería existir un procedimiento competitivo para que, analizándose la propuesta de cada pretendiente, el Estado pudiera promover la otorga a aquel cuya propuesta mejor atendiese a sus objetivos. Tal afirmación hace sentido en un contexto donde ya se conozca el yacimiento mineral a ser objeto de la otorga, eliminándose el riesgo geológico. No obstante, es importante considerar que la otorga de derechos de minería se da, en un primer momento, para la

búsqueda de un yacimiento mineral cuyo aprovechamiento sea técnica y económicamente viable, es decir, para la persecución de algo cuya existencia todavía es incierta. En otros casos, por más que sea cierta la existencia, la viabilidad de tal yacimiento es incierta. Por lo tanto, es muy diferente hablar en un procedimiento competitivo para la explotación de un yacimiento conocido y claramente viable (por ello se da la denominación de recurso mineral o mismo reserva mineral) la búsqueda por un posible yacimiento, aún desconocido e incierto en cuanto a su viabilidad técnico-económica.

Nuevamente, aquí se hace referencia a la regla del hallazgo, visto que será esa la garantía del emprendedor en el sentido de poder colocar en producción y remunerarse a partir de algo que se asumió el riesgo de buscar. Tan conocida en el sector como la antigua, la regla del hallazgo está nítidamente relacionada a la búsqueda por un mayor conocimiento geológico del territorio nacional. Obviamente, en los casos en que ya hay conocimiento suficiente cuanto a un yacimiento, no hay que hablar en hallazgo. De ahí que se pueda concebir alternativas a la prioridad como forma de acceso y otorga de derechos mineros en situaciones como esa.

En otras palabras, cuando ya se tiene el conocimiento de la existencia y potencialidad de un yacimiento, el Estado busca organizar certámenes. Vivacqua, reportándose a Lamé-Fleury, abduce que “solamente las (minas) conocidas deberían ser adjudicadas en una subasta, pues ya que no exigían la iniciativa y esfuerzos por parte del descubridor”. Es lo que ocurre, por ejemplo, en procedimientos de disponibilidad en los que el Estado se vale de informaciones obtenidas por el antiguo titular de un derecho minero para otorgar, por medio de un procedimiento competitivo, derechos sobre esa misma área.

En cambio, sería una ilusión imaginar que el Estado dispusiera de informaciones geológicas detalladas y de calidad sobre el territorio nacional, a punto de poder valerse de ellas para la otorga de los derechos mineros por procedimientos competitivos. Hay la necesidad de que el propio Estado estimule el conocimiento del territorio nacional y el hallazgo de yacimientos. Y el Estado, justamente, lo hace por medio de la prioridad, aplicando la regla del hallazgo y abriendo mano de un procedimiento competitivo para la otorga de un derecho sobre un área en la que el propio Estado, muchas veces, desconoce la existencia de un yacimiento.

En otras palabras, en el caso del sector mineral y a la excepción de casos o situaciones específicas en las que el Estado ya tenga conocimiento geológico, hay la nítida opción por el estímulo a la investigación mineral. O sea, en lo que dice respecto a la otorga de derechos mineros, para el Estado es suficiente que haya alguna otorga; o, dicho de otro modo: la existencia de alguna otorga es preferible a ninguna. De esa manera, el Estado podrá perfeccionar el conocimiento geológico de su territorio e identificar nuevos potenciales minerales.⁵²

Como se puede percibir, cada uno de los más conocidos sistemas de otorga de los derechos mineros posee características propias. Así, la elección entre cada uno de

52. Adriano Drummond Cançado Trindade, *Estudos de Direito Minerário*.

ellos, o de una tercera vía, híbrida de los dos o totalmente innovadora, debe basarse en características muy propias de la estructura interna del Estado, llevando en cuenta las dimensiones de su territorio, disponibilidad financiera, capacidad de ejecutar prospecciones geológicas detalladas del territorio, instituciones y leyes fuertes y eficiente para formular normar y aplicarlas.

PAÍS A ELEGIR

Por mucho que la cuestión del sistema de otorga sea esencial para una buena gestión de los recursos minerales, es cierto que otras cuestiones son de extremada relevancia para que el Estado obtenga el fin colimado con el aprovechamiento de su patrimonio –contrapartidas económicas y financieras que significativamente mejoren la calidad de vida del pueblo–. Por consiguiente, la forma más común de contrapartida exigida por los países es el pago de *royalties* sobre la explotación mineral.

Además de los *royalties*, que son comunes a casi todos los países mineros –a pesar de que haya una gran variabilidad en la base de cálculo, alícuotas, forma y plazo de pago–, varios países incluyen en el rango de contrapartidas por la explotación mineral diversas obligaciones de orden financiero, como pagos especiales para la obtención de grandes yacimientos, participaciones especiales sobre la ganancia líquida de las operaciones, bono de diversas naturalezas, además de obligaciones sociales, como contenido mínimo local para contratación de bienes, servicios y mano de obra, participaciones especiales dedicada a comunidades especialmente protegidas, etc.

Estados con un perfil más nacionalista todavía restringen, en algunos casos, el acceso de empresas extranjeras a la actividad de minería y otras, incluso, exigen que las empresas estatales participen, de forma más o menos significativa, en la explotación, a través de *joint ventures*, sociedades y otros modelos participativos/asociativos.

Existen también ejemplos donde los países optan por crear empresas públicas de fomento e inversión directa en la actividad de minería, las cuales pueden concurrir libremente en el mercado y/o tener reservadas áreas y privilegios, como ocurre en Chile, con Codelco, y en Ecuador, con la Empresa Nacional de Minería (ENAMI).

Como se puede verificar, existe una gama relativamente grande de mecanismos, mencionando solamente los más comunes, para que los estados garanticen las necesarias y suficientes contrapartidas sociales y económicas por la explotación de un patrimonio suyo, tan estratégico, como los recursos minerales.

Ha de tenerse en mente, desde ya, que no hay una receta hecha para cuales obligaciones, de entre las destacadas, son adecuadas o no. Eso, como se ha definido a lo largo de este trabajo, dependerá de las características específicas de cada país, siendo

la institución de las contrapartidas un ejercicio legítimo de soberanía, que debe respetarse como un valor supremo.

Ocurre que de nada sirve imponerles a los mineros obligaciones excesivamente pesadas, que alejen el interés de estos en invertir en el país. Así, el gran desafío para los países mineros, en la gestión de sus recursos, es encontrar el punto exacto de equilibrio entre contrapartidas por la explotación mineral y atracción de inversiones, dos polos evidentemente opuestos. Ahora, de nada sirve exigir magníficas contrapartidas de los mineros si estos no están dispuestos a invertir en la actividad, de la misma forma que se aparta del interés nacional y de la función social de la propiedad mineral autorizar su explotación sin que esta le dé el adecuado retorno social. Como ocurre en el caso de la opción por el sistema de otorga más adecuado, lo que se necesita tener en cuenta es que más vale alguna contrapartida que ninguna.

Para encontrar, por lo tanto, ese punto de equilibrio entre los arriba dichos intereses opuestos, de modo a garantizar el aprovechamiento de los recursos minerales de forma eficiente y adecuada, en función del interés nacional, es fundamental que cada país conozca a fondo sus características minerales específicas, además de las coyunturas políticas, económicas, jurídicas y sociales en las que se encuentra insertado. Tras ese diagnóstico detallado, se debe responder a la siguiente cuestión: bajo la óptica del inversor, ¿yo le ofrezco mayores ventajas en comparación con países de características minerales semejantes a la mía? Ese autoanálisis es de suma importancia porque, de la misma forma que grandes empresas de minería concurren en escala mundial para la venta de sus productos, los países de vocación minera concurren globalmente por la atracción de inversiones en la actividad.

El mercado de minería en larga escala no se pulveriza tanto como los demás y se caracteriza por la existencia de grandes grupos económicos, con inversiones globales. Así, la elección de dónde invertir toma en cuenta, principalmente, el retorno de la inversión, el plazo y la seguridad jurídica.

En cuanto al retorno de la inversión y el plazo, por tratarse de cuestiones puramente económicas, debe el Estado tener el cuidado de equilibrar cuidadosamente las contrapartidas exigidas para el consentimiento del derecho de explotación mineral, para que estas, al contrario de ser motores de la captación de recursos financieros y desarrollo social, no se transformen en verdaderos entrabes para la atracción de capital.

La seguridad jurídica, a su vez, se relaciona mucho más con los aspectos políticos, sociales e institucionales. La premisa básica es la de que un país, para ser exitoso en cuanto a la atracción de inversiones de gran porte en su sector de minería, además de gran potencial mineral, debe contar con la confianza del mercado de que allí se respetan derechos adquiridos, contratos y la ley es bastante estable. Es importante resaltar, en ese paso, que la seguridad jurídica no se hace solamente con declaraciones puestas

en la Ley, como se suele observar en varios estados, sino es algo que solamente se constituye con el tiempo y con la práctica reiterada de respeto hacia el inversor.

La justificativa para la existencia de tal reposa en la premisa de que los actos practicados por la Administración Pública generan determinadas expectativas por parte de los Administrados, expectativas estas que son legítimas, y, por lo tanto, deben ser tuteladas por el Derecho, con fines de proteger la seguridad jurídica. Así, en muchos casos el administrador va a establecer un plan de actuación con base a una directriz, en un acto, de la Administración Pública, y un eventual cambio de transcurso repentino puede generar impactos desastrosos, rompiendo la seguridad jurídica del sistema.

Por cierto, hay que concebir que no se deba pensar en inviabilizar la facultad de la Administración de revocar o alterar sus normas para situaciones que todavía no han ocurrido. Con todo, en lo que tañe a los efectos de las normas para las situaciones pretéritas, es oportuna la utilización del principio de la confianza legítima (...)

Es esencial que las normas dispuestas sean respetadas, y que nuevas disposiciones o cualquier nuevo tipo de instrumento normativo no altere repentinamente la estructura puesta anteriormente. El Administrado tiene el derecho de confiar en la estabilidad de las reglas puestas y, eventualmente, programarse con base a la legislación actual, siendo que ciertos cambios son oportunos, necesarios y deseables, desde que, con todo, sean precedidas de espacios de transitoriedades, o sea, períodos para que los administrados se adapten.⁴⁸

La seguridad jurídica, a propósito, no reposa apenas en la estabilidad de las normas, es importante también que estas sean claras y su interpretación necesita, lo que le confiere especial importancia, la existencia de un Poder Judicial suficientemente fuerte e independiente. En países con esa estructura frágil o todavía carente de confianza por parte de los inversores. Una solución posible es la admisión de cláusulas arbitrales en cámaras internacionales.⁵³

En los últimos tiempos se ha observado un movimiento creciente de nacionalismo mineral, que se traduce por la adopción de políticas, prácticas y alteraciones legislativas, visando un mayor control y participación de los gobiernos sobre la actividad mineral. Ejemplos de esa situación es la ya en vigor Ley Ecuatoriana de Minería y el proyecto de reforma del Código Minero Brasileño, enviado por el Gobierno Nacional, a mediados de 2013. La tónica de esos modelos, que se asemejan a los ya aplicados en otros países latinoamericanos y africanos, es el incremento significativo de las contrapartidas financieras exigidas por el Estado, muchas de las veces convirtiéndolo directa o indirectamente en socio del inversor. Además, hay una tendencia a la centralización de los poderes y precarización de los derechos de los mineros y la reserva de privilegios en cuanto al acceso a las áreas de potencial geológico para las empresas públicas, creadas por el Gobierno.

53. Bruno Feigelson, *Curso de Direito Minerário*, pp. 80-81.

No es que ese tipo de iniciativa sea siempre y radicalmente equivocada, pero el mensaje que se le transmite al mercado no siempre es amigable y muchas de las veces resulta en un alejamiento del inversor. El mercado de minería todavía tiene muy viva la memoria de la ola de medidas nacionalistas adoptadas en un pasado reciente, cuando diversos países rompieron contratos, no respetaron de explotación en curso y crearon una serie de restricciones al acceso de inversores extranjeros. Como ejemplo, el estudio llevado a cabo por Ernest&Young, “Business risks facing mining and metals 2012-2013”, señala el nacionalismo mineral como el factor de riesgo principal en la visión de los inversionistas:

La nacionalización de los recursos conserva el ranking número uno de riesgo entre muchos gobiernos de todo el mundo que van más allá del ámbito tributario en la búsqueda de una mayor toma del sector con una ola de requisitos introducidos en beneficio del mandato, gravámenes a la exportación y límites a la propiedad extranjera. La incertidumbre y la destrucción de los valores, causadas por cambios bruscos en la política de los gobiernos de las naciones ricas en recursos, no pueden ser subestimadas como proyectos de todo el mundo diferidos y retrasados y, en algunos casos, la inversión ha sido retirada por completo debido al cambio en la ecuación riesgo / recompensa. Los mineros deben seguir trabajando con los gobiernos para fomentar una mayor comprensión del valor de un proyecto impulsado por el gobierno anfitrión con el fin de mejorar las condiciones de negociación de las compensaciones para que estas preserven el valor de las compañías de minería y metales y de los gobiernos. Esto incluye alentar a los gobiernos a adoptar una visión más amplia de la rentabilidad desde el desarrollo de los recursos naturales así como la negociación de los incentivos fiscales y las compensaciones.

En resumen, convertirse en el país a ser elegido por el inversor, en un mercado competitivo y global como el de la minería exige, sobretodo, la transmisión de una fuerte y clara señal de confianza. Largan adelante aquellos estados capaces de conjugar un privilegiado potencial geológico, con instituciones públicas y jurídicas fuertes, garantizando el equilibrio entre recaudación, beneficios sociales y soberanía con costes competitivos y seguridad jurídica.

CONCLUSIÓN

Por lo que se expuso a lo largo de este breve estudio, se puede concluir que es primordial que los países, por una cuestión de soberanía, garanticen el dominio sobre los recursos minerales existentes en su territorio. Con todo, dado el alto riesgo e inversión exigidos para el desarrollo de la actividad de minería, lo más adecuado es que el Estado le entregue la explotación mineral a la iniciativa privada, sometida al interés nacional y condicionado a la oferta de contrapartidas financieras y sociales adecua-

das. Así, el modelo de explotación básico, vigente en la mayoría de los países es una figura jurídica moderna, mixta, en la que la propiedad sobre los recursos minerales es del Estado, pero su explotación económica queda a cargo de un particular, mediante otorgas de derechos de explotación.

El consentimiento de derechos de explotación económica de los recursos minerales nacionales puede darse por diversos medios, siendo los más comunes el sistema de prioridad, según el cual el primero en requerir un área libre recibe el derecho de explotación, y el de licitación, en donde el Estado le ofrece las áreas a los particulares que, en igualdad de condiciones presentan sus propuestas, haciéndose merecedor del derecho de explotación aquel que presente la mejor propuesta técnica y financiera.

El sistema de prioridad se muestra más eficiente para el fomento de la actividad de investigación mineral y del interés por la actividad de minería, ya el de licitación tiende a maximizar las contrapartidas financieras y sociales obtenidas con la otorga. Por otro lado, el sistema de prioridad abre brechas para la especulación, mientras el de licitación puede generar menor interés por la investigación mineral y por la actividad de minería. Así, la elección del sistema de otorga dependerá, muy en particular, de las características locales, especialmente, la dimensión del territorio, conocimiento geológico detallados, aparato fiscalizador, etc.

Independientemente del sistema de otorga adoptado, el gran diferencial en la atracción de inversiones externas en la actividad de minería, además, obviamente, del potencial geológico, es la competitividad de los costes de producción, en lo que las contrapartidas socioeconómicas exigidas tienen un impacto significativo, y la confianza transmitida al inversor de que allí hay alta confiabilidad y estabilidad jurídica, reduciendo el riesgo de una medida repentina que aumente los costes o mismo pueda representar la pérdida del capital versado.

En ese punto, la gestión eficiente de los recursos minerales exige instituciones fuertes y capacitadas, tanto en el plan técnico como en el jurídico y político, con habilidad para, en un *benchmarking* global, construir un sistema de explotación mineral altamente atractivo para el mercado: equilibrado en cuanto a las contrapartidas exigidas, ágil para adaptarse a los ciclos económicos y seguro para que circunstancias políticas no traigan inestabilidad jurídica a los derechos otorgados y contratos firmados.

BIBLIOGRAFÍA

- Arévalo, Alberto, Alejandro Canut, *Contratos mineros*, Santiago de Chile, CONSUR, 1994.
Bandeira De Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 21.^a ed.

- Barbosa, Alfredo Ruy, “A natureza jurídica da concessão minerária”, en Marcelo Gómez Souza, coord., *Direito minerário aplicado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- Carvalho Filho, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 10.^a ed., 2003.
- Da Silva, Maria Manoela, “O Desenvolvimento Econômico e a Política Social”, en *Revista Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. VII, n.º 27-28, S/L, 1969.
- Davis, Graham A., *The mineral sector, sectorial analysis, and economic development. Resources Policy*, vol. 24, Reino Unido, Elsevier, 1998.
- Dos Santos Carvalho, Filho José, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, 10.^a ed.
- Drummond Caçado Trindade, Adriano, *Estudos de Direito Minerário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- Enriquez, Maria Amélia, *Mineração: Maldição ou Dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*, São Paulo, Signus, 2008.
- Feigelson, Bruno, *Curso de Direito Minerário*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- Ferreira Amaro, Luiz, *A Garantia da Função Social da Propriedade Mineral na Evolução do Direito Minerário Brasileiro*, Manaus, 2012.
- Freire, Willian, *Código de Mineração Anotado*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2010, 5.^a ed.
- Gómez, Pedro Francés, *El Concepto de soberanía*. Disponible en <<http://www.dnpm.gov.br/assets/galeriadocumento/planoplurianual/pluger01.html#topo>>.
- ICMM, “The role of mining in national economies”, en *In brief. International Council of Mining and Metals*, Londres, 2012. Disponible en <<http://www.icmm.com/document/4440>>.
- Justen Filho, Marçal, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, Brasil, Dialética, 2002.
- Mendo Mizael De Souza, José, y Marcelo Mendo Gomes, “Mineração: Benefícios Socioeconômicos e o Brasil do Futuro”, en *Direito Minerário: Estudos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011.
- Miranda, Napoleão, “Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional”, en *Revista CEJ*, n.º 27, S/L, oct/dic 2004.
- Naturaleza y regulación de la concesión minera. In BARBOSA. *A natureza jurídica da concessão minerária apud SOUZA. Direito minerário aplicado*.
- Ossa Bulnes, Juan Luis, *Derecho de Minería*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2.^a ed.
- Prux, Paula, *Soberania e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, S/L, Centro de Pesquisas Estratégicas Paulino Soares de Souza/Universidade Federal de Juiz de Fora.
- Quadros de Magalhães, José Luiz, *Direito Constitucional*, t. II, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

Santos Martins, Valkiria Silva, “Usurpação mineral e defesa do patrimônio público”, en *Estudos de direito minerário*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

Silva, De Plácido, *Vocabulário Jurídico*, São Paulo, Forense, 3.^a ed.

Villela Souto, Marcos Juruena, “Função Regulatória”, en *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º 13, Salvador, 2008. Disponible en <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>>.

Fecha de recepción: 9 de julio de 2014
Fecha de aprobación: 12 de agosto de 2014