

**DISCURSOS Y TENSIONES PRESENTES EN LA LEGISLACIÓN MINERA.
EL CÓDIGO DE MINAS LEY 685 DE 2001 Y SU REFORMA LEY 1382 DE 2010**

CAMILO ARANGO DUQUE

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

**DISCURSOS Y TENSIONES PRESENTES EN LA LEGISLACIÓN MINERA.
EL CÓDIGO DE MINAS LEY 685 DE 2001 Y SU REFORMA LEY 1382 DE 2010**

CAMILO ARANGO DUQUE

**Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al título de Abogado**

**Asesora:
Doctora Yulieth Teresa Hillón Vega**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, octubre de 2012

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
2. HERRAMIENTAS CONCEPTUALES: DERECHO COMO CAMPO Y ANÁLISIS DE DISCURSOS	14
3. ANTECEDENTES NORMATIVOS, POLÍTICOS Y SOCIALES DEL CÓDIGO DE MINAS (LEY 685 DE 2001 Y LEY 1382 DE 2010)	24
4. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN NORMATIVO DE LA PROPIEDAD EN MATERIA MINERA. (LEY 685 DE 2001/LEY 1382 DE 2010)	36
5. DISCURSOS ALREDEDOR DEL MEDIO AMBIENTE (CÓDIGO DE MINAS)	46
5.1 LA SOSTENIBILIDAD DE RECURSOS NO RENOVABLES: ASPECTOS AMBIENTALES	58
5.2 ZONAS EXCLUIDAS.....	62
6. DISCURSOS JURÍDICOS ALREDEDOR DE LAS COMUNIDADES IMPACTADAS POR LA ACTIVIDAD MINERA.	71
6.1 LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS ÉTNICOS	72
6.2 ZONAS RESTRINGIDAS.	82
6.3 MINERÍA TRADICIONAL Y EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE MINAS.	90
7. DISCURSOS JURÍDICOS DE LA EMPRESA MINERA Y FRENTE A LA MISMA.	108
7.1 CONTRATO DE CONCESIÓN.....	109
7.2 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL	112
7.3 ZONAS DE RESERVA ESPECIAL	122
8. CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFÍA	131

INTRODUCCIÓN

Los recursos naturales extraídos por medio de la explotación minera han sido, y serán sin duda, el elemento básico más importante para el desarrollo y mantenimiento de una sociedad industrial y tecnológica como la actual. La trascendencia de tales recursos incluso se percibe en la designación histórica que se les ha dado. Como bien dice el profesor Darryl Reed, son tan esenciales que las eras de la pre-historia han sido denominadas con base en dichos materiales: Era del Cobre, Era del Bronce, Era del Hierro. Igualmente, la capacidad para conseguir ciertos metales ha sido determinante para el destino de los imperios; en palabras del mismo autor: *“In ancient times, the ability to extract and process key metals determined the fate of empires. In more recent times, other resources have provided the basis for industrial revolution(s)”* (Reed, 2002, p. 200).

Hoy, el desarrollo de la industria minera se constituye como una muy importante fuente de ingresos (regalías, empleo, inversión, etc.) para los países que actualmente aprovechan sus recursos. América Latina y Colombia son un ejemplo de ello. La primera es la región del mundo con la mayor porción de presupuestos destinados a exploración por parte de las principales empresas mineras. Más de 10.000 millones de dólares se invierten en actividades mineras cada año en la región (Naciones Unidas, 2010). La segunda tiene actualmente como uno de sus principales objetivos de desarrollo posicionarse como uno de los principales países en explotación minera, ya que posee un gran potencial¹ que aún no es aprovechado en su totalidad:

¹ Aun así, es importante precisar que, aunque es cierto que Colombia tiene la posibilidad a futuro de convertirse en uno de los principales destinos de inversión minera a nivel de Latinoamérica, hoy la percepción de potencial geológico no es lo suficientemente buena. En el informe “Estudio de las empresas mineras 2008-2009” del Fraser Institute, el país ocupó la posición 41 sobre 71 evaluados. (Fraser institute, 2009)

Este objetivo se hace más evidente en la visión de país que se tiene para el futuro. Según la Agenda visión Colombia 2019, por ejemplo, en el sector minero energético se busca posicionar al país como un cluster regional en ese aspecto, por tanto, las metas a cumplir son consolidar un mercado eléctrico andino y centroamericano con intercambios continuos de energía entre sus países; mantener la autosuficiencia petrolera; adicionar nuevas reservas de gas natural y desarrollarlas; aumentar las exportaciones de carbón; aumentar el nivel de conocimiento del subsuelo del país o incrementar la producción nacional de oro, entre otros (Presidencia de la República de Colombia y Dirección Nacional de Planeación) (DNP), 2005: 187 y ss). (Hillón, 2010)²

De otro lado, para nadie es un secreto que la actividad minera se caracteriza por producir efectos nocivos intrínsecamente relacionados. Por una parte, desatar luchas por el control del territorio y por los recursos que allí residen; por otra, causar pasivos ambientales, así como importantes variaciones en el medio ambiente, y finalmente, puede generar riesgos considerables (de afectación directa o indirecta) a la población.

Como ejemplos, podemos evidenciar la generación de áreas críticas en algunas zonas del departamento de Boyacá debido al impacto socio-ambiental negativo causado por la explotación de esmeraldas. Hace más de un siglo que en este departamento en general, y en los municipios de Muzo, Somondoco y San Pablo de Borbur (vereda Coscuez) en particular, existen luchas constantes por la posesión de los terrenos y de las minas donde yacen las esmeraldas³. Este

² La Unidad de Planeación Minero-Energética del Ministerio de Minas y Energía así lo ha entendido en su "Plan Nacional para el Desarrollo Minero 2019": *"los objetivos del plan están determinados por la visión del sector propuesta para el año 2019 (en ese año la industria minera colombiana será una de las más importantes de Latinoamérica y habrá ampliado significativamente su participación en la economía nacional), se enmarcan en los siguientes principios de acción: •Aprovechar las ventajas comparativas del país representadas en el potencial geológico - minero de su territorio. •Atraer un mayor número de inversionistas al mercado de acceso al recurso minero. •Lograr para el Estado una mayor captura de valor de los resultados exitosos de la actividad minera."* (Ministerio de Minas y Energía. Unidad de Planeación Minero-Energética, 2006, p. 75)

³ La Ley 38 de 1887 (por la cual se adoptó para la Nación el Código de Minas del ya inexistente Estado de Antioquia), con respecto a la minas de esmeraldas, estableció en su artículo 6 que se prohibía hacer denuncios de minas y terrenos baldíos en las zonas que se reservó el gobierno mediante Ley 37 de 1870. En esta última ley se limitaron en forma ambigua e indeterminada los terrenos correspondientes a las minas de Muzo y Coscuez. Según el Gobierno éstas estaban

conflicto tiene como componentes minería ilegal, grupos armados al margen de la ley, invasión de minas, litigios sobre títulos de propiedad, contratación laboral informal, no pago de prestaciones sociales, entre otros. Existen otros lugares donde se presentan conflictos de similares características, que, si bien es cierto han sido menos publicitados o de menor magnitud, no por ello debemos desconocer su existencia. Verbigracia, los valles del río San Juan y Atrato, así como el Bajo Cauca, con la actividad minera de explotación de oro.

Otro ejemplo útil para la comprensión adecuada de esta situación fáctica, en lo que respecta a las comunidades afectadas que se asientan en muchos de los terrenos en los que se encuentran los materiales a explotar (mayoritariamente indígenas, campesinas o afro-descendientes), es el caso de Marmato (Caldas). Éste ostenta ciertas particularidades: la intención reiterada y constante de varias empresas (o un mismo grupo empresarial que se ha presentado a la comunidad con varios nombres⁴) de hacer explotación a cielo abierto sobre una gran parte de terreno que incluye el casco urbano e histórico del pueblo (implicaría el traslado de parte del pueblo), presencia de grupos indígenas y afro-descendientes en los lugares donde se pretende desarrollar la explotación, o existencia de pequeños

limitadas “únicamente a la extensión necesaria para la cómoda explotación y laboreo de cada grupo”. Así, en la práctica, la ley solo ordenó una nueva medida con respecto al suelo, pero no expresó nada acerca del subsuelo, ni estableció una forma concreta para delimitar el territorio o realizar los denuncios en los terrenos no reservados; además, no es posible saber cuánta de la extensión de la zona quedó apta o no para denuncios. Es posible que ésta confusión jurídica, haya sido uno más de los factores que dieron lugar a interminables litigios y violentos conflictos por la tierra. En todo caso, fue sin duda un factor determinante en el origen de las discrepancias entre los actores.

⁴ Tras un análisis de los certificados de existencia y representación de la Cámara de Comercio de varias de las empresas que han hecho presencia en Marmato, se puede constatar que algunas de estas sociedades solo han cambiado de nombre o que pertenecen a un mismo grupo empresarial dirigido por una sociedad matriz. Así, la sociedad Gran Colombia Gold, propietaria de una inmensa parte de los títulos mineros presentes en el municipio de Marmato, es la matriz de un grupo empresarial al que pertenecen las Empresas Minera Croesus S.A., Minerales Andinos de Occidente S.A., Colombia Gold Fields Ltda., Mineros Nacionales S.A.S., Medoro Resources (Universidad de Antioquia – Universidad EAFIT, 2012). En esta última, se encuentran nombres de fundadores y accionistas que son, a su vez, los propietarios de Pacific Rubiales (esta lista solo por citar las representativas para la región). Es importante resaltar que el ciudadano lego desconoce la verdadera naturaleza de cada empresa y su percepción es distinta frente a cada una de las mismas, que en el fondo son subordinadas unas de otras, filiales de una casa matriz o poseen una mayoría accionaria en la propiedad de la otra.

mineros tradicionales con y sin título. Los primeros reivindican su identidad étnica, su derecho a la consulta previa y al territorio; los segundos esgrimen como argumento para oponerse al proyecto la legitimidad que ostentan por ser mineros de larga data y el abandono de algunas minas en las que hoy laboran por parte de las empresas o sus titulares.

En cuanto al potencial impacto ambiental generado por la actividad minera, la mejor ejemplificación es el caso del páramo de Santurbán (Santander): la multinacional Greystar Resources pretendía realizar minería a cielo abierto en el mismo y estaba a la espera del otorgamiento de la licencia ambiental para la explotación de oro en dicho páramo. Los actores eran: la población de Bucaramanga, que en su mayoría pedía que se negara la licencia en tanto el proyecto afectaría la provisión de agua de la ciudad; los habitantes de los pueblos Vetas y California (vecinos del páramo), de tradición minera (basta con echar un vistazo el nombre de sus pueblos), quienes estaban a favor de la explotación; y, finalmente, la Greystar, con una inversión inicial de 150 millones de dólares, que argumentaba tener un plan de manejo ambiental y estar en capacidad de controlar el impacto ambiental.

El Código de Minas (como se verá más adelante) establece los páramos como zona excluida de la minería. Surge entonces la siguiente cuestión: si los páramos son zonas excluidas de toda clase de explotación minera, ¿por qué se permitió a la Sociedad Greystar Resources realizar actividades de exploración y adquisición de títulos mineros? Geológicamente, sin lugar a dudas, Santurbán es un páramo, pero no ha sido declarado jurídicamente como tal, de ahí el origen del conflicto. Tras una muy confrontada asamblea pública y algunas protestas y marchas, sobre todo en el 2011, la acalorada discusión ha disminuido en intensidad y ha sido olvidada por los medios, tras el retiro temporal y voluntario de la multinacional (aún

no se sabe si la empresa planea replantear el proyecto o retirarse de forma definitiva).⁵

Un último ejemplo a resaltar, y en el que se evidencian todos estos conflictos, es el hoy suspendido proyecto Mandé Norte, situado entre el Carmen del Darién (Chocó) y Murindó (Antioquia). Dada la existencia de grandes depósitos de oro y cobre, la sociedad Muriel Mining Co. pretendía realizar allí actividades de explotación. A pesar de algunas divisiones entre los miembros de las comunidades y problemas en establecer cuál era la autoridad encargada de representarlas, más de mil personas, entre las cuales se contaban indígenas, afrocolombianos y campesinos (la mayoría de ellos habitantes atávicos de Murindó y Jiguamiandó en el Chocó), se pronunciaron negativamente sobre la implementación del proyecto minero en sus territorios, con el fin de evitar los daños sociales y ambientales que puede provocar la minería en el bajo Atrato. Así mismo, interpusieron una acción de tutela para proteger su derecho a participar en las decisiones que les conciernen.⁶ La Corte Constitucional, en fallo de tutela T-769 de 2009, ordenó la suspensión de las actividades de exploración y explotación en tanto se estaban viendo seriamente vulnerados los derechos fundamentales de la comunidad. En respuesta a lo anterior, el Director Jurídico del entonces

⁵ A pesar de lo anterior, este conflicto sigue vivo. La Corporación Autónoma Regional de la Meseta de Bucaramanga (CDMB) busca la posible declaratoria del Parque Natural Regional Páramo de Santurbán para lograr la protección definitiva del páramo, aun cuando la categoría en la que debe ser incluido es en la de páramo por el Instituto Von Humboldt (Razón Pública 2011) Por otra parte, hacia el mes de marzo de 2012, el gobierno anunció, a través del Ministerio de Medio Ambiente, que se detendría el trabajo de 5 empresas que estaban realizando perforaciones en el páramo; éstas no recibirían licencia ambiental a pesar de tener títulos mineros otorgados por Ingeominas (entre las empresas figura la Eco-Oro, antes llamada GreyStar) (Duque, 2011)

⁶ En cuanto a la representación de la comunidades, los demandantes indicaron que el Consejo que dijo representarlos, *“es inexistente, ilegal y se creó paralelo al verdadero Consejo Comunitario de Comunidades negras del Río Curvaradó, representada actualmente por el señor Luis Alberto Rentería Mosquera y para el momento en el que se celebró la reunión de consulta previa para el proyecto Mandé Norte, estaba a su cargo la señora Ligia María Chaverra”* (Sentencia T-769 de 2009), La Corte Constitucional consideró que el proceso de consulta previa adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia no tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades respectivas, constatándose que algunos de los participantes en la adopción del proyecto en cuestión no se encontraban debidamente acreditados ni autorizados.

Ministerio del Interior y de Justicia y el apoderado de la compañía Muriel Mining Corporation interpusieron una solicitud de nulidad de la sentencia por un presunto quebrantamiento del debido proceso por supuesta cosa juzgada constitucional. Finalmente, en auto 053 de 2012, la Corte denegó la nulidad.

Así mismo, hoy se discute si la minería tiene la posibilidad de ser una actividad “sostenible”⁷. Aunque el Código de Minas (Ley 685 de 2001, Ley 1382 de 2010) da por hecho que es posible una minería que se pueda enmarcar en el concepto de sostenibilidad⁸, varios actores (como los ambientalistas, ciertos doctrinantes e incluso algunas empresas mineras) no creen posible tal denominación para la actividad de explotación minera. Ésta discusión claramente tiene que pasar por la definición de los alcances y limitantes del concepto “desarrollo sostenible”, en la que todavía no existe un acuerdo (se pueden encontrar decenas de significados en evidente desacuerdo). Como lo pone de presente Vargas:

Algunas empresas mineras consideran que el desarrollo sostenible es simplemente la injerencia de los ambientalistas en el funcionamiento interno de tales empresas (...) Por su parte, algunas organizaciones no gubernamentales de carácter naturalista consideran que el desarrollo sostenible es tan solo una trampa de las empresas multinacionales mineras que han propiciado el deterioro ambiental y la inequidad social para seguir haciendo lo mismo ahora pintado de verde (Vargas, 2005, p.33).

Dentro de este marco, la discusión entre ambientalistas, comunidades y empresa minera cada día está más polarizada, al punto de que existen discursos en contra

⁷ La Unión Internacional para la Conservación entiende una actividad sostenible como “*un proceso de mejoría económica y social que satisface las necesidades y valores de todos los grupos de la población, manteniendo las opciones futuras y conservando los recursos naturales y la diversidad.*” (Carrizosa, 1992, p. 89.)

⁸ “Ley 685 de 2001, Artículo 1°. Objetivos. El presente Código tiene como objetivos de interés público fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.” (Subraya fuera del texto).

de toda clase de explotación minera, incluso, entendiendo a la misma, por sí sola, como una actividad altamente negativa⁹.

Con el recorrido anterior, es evidente que el tema minero en nuestro país no es para nada pacífico. Como se expresó antes, si a la importancia que la minería representa para el Estado, se le suma la seria intención de proteger a las comunidades (en particular, las étnicas para no perder el carácter de Estado pluriétnico y multicultural) y el deber no sólo nacional sino global de proteger un medio ambiente privilegiado (que, por cierto, se ve reflejado en una Constitución garantista¹⁰ en términos de protección ambiental), el Estado está obligado a legislar, (Código de Minas Ley 685 de 2001, y su reforma Ley 1382 de 2010, entre otras), regular y ejecutar políticas que permitan un equilibrio entre estos tres factores que se tornan contradictorios.

Aun así, en la práctica, las normatividades desarrolladas parecen no satisfacer los intereses y necesidades de las comunidades, las empresas mineras, los ambientalistas o la sociedad en general. Los debates en torno al Código de Minas y su reforma los muestran claramente.

Gracias a la Sentencia C-366 de 2011 de la Corte Constitucional, parte del Código de Minas (la ley 1382 de 2010) fue declarado inexecutable pero difirió los efectos del fallo a dos años por no haberse realizado la consulta previa a las comunidades étnicas que se verían afectadas por el acto legislativo. Es interesante que dicha inexecutable complaciera a gran parte de los actores, incluso a los que poseen

⁹ Los indígenas Nasas, habitantes del norte del Cauca, representan un caso de oposición total a la minería en su territorio la guardia indígena de los resguardos Las Mercedes y la Laguna Siberia ha tenido varios enfrentamientos con mineros que ellos consideran invasores. Este grupo indígena ha sido categórico en afirmar que no están dispuestos a albergar en su territorio ningún tipo de explotación minera legal o ilegal. Uno de los principales factores de la negativa es la cosmovisión nasa según la cual el oro pertenece a la madre tierra, es su sangre, y extraerlo equivale a desangrarla. (El Espectador 2012).

¹⁰ Como veremos con detalle en el capítulo “Discursos alrededor del Medio Ambiente” son varios los artículos de la Constitución que buscan la protección ambiental como principal obligación del Estado y como principal necesidad del individuo y la comunidad.

intereses contrapuestos; es decir, tanto las empresas mineras, como las comunidades afectadas y algunos ambientalistas, vieron en la declaratoria de inexequibilidad de la reforma la oportunidad de lograr una nueva norma que sí represente sus intereses o que lo haga eficazmente.

Esta consecuencia no habla muy bien de la actual legislación. Es posible que la intención estatal de cubrir todos los frentes, de satisfacer múltiples intereses y de ceder a las presiones de ciertos grupos, haya generado una norma que abarca muchos aspectos y propone variadas soluciones que, o bien no son aplicables, o son contradictorias entre sí, compiten unas con otras y se anulan.

La trascendencia del estudio de estos discursos inmersos en las normas es capital dadas las actuales circunstancias nacionales e internacionales alrededor del tema minero y su papel fundamental en el desarrollo de varios de los países del llamado Tercer mundo. Ese es el esfuerzo que busca realizar este trabajo: describir algunos de los discursos que se encuentran en el actual Código de Minas colombiano, junto con su injerencia en la construcción del mismo (y, hasta cierto punto, en su desarrollo práctico), con el objeto de vislumbrar las pugnas y choques que se batan en ese campo jurídico. En Colombia, una completa comprensión del tema en cuestión es de suma importancia, dado que los diferentes intereses en juego buscarán tener un papel preponderante tanto en el debate que tendrá lugar en el órgano legislativo durante el proceso de formulación del nuevo código minero como en sus desarrollos e implementación a futuro. Así mismo, a partir del análisis de las tensiones consecuencia del choque de intereses contrapuestos, será posible formular un diagnóstico en el país sobre el desequilibrio, la inestabilidad y el carácter cambiante de la norma fundamental en materia minera.

Ahora bien, una pregunta relevante en la realización de este trabajo fue encontrar una fórmula para abordar esos discursos. Dado el carácter abstracto de las tensiones y los intereses que se encuentran en el tema minero, resultaría complejo

y poco estructurado un análisis directo de los mismos. Es por esta razón que, partiendo de la norma, se han evidenciado unos actores que o bien originan los distintos discursos, o bien son receptores de los mismos. Teniendo en cuenta esos actores, y a partir del articulado del Código de Minas, analizaremos los discursos inmersos en sus preceptos a través, entre otras fuentes, de jurisprudencia, doctrina, exposiciones de motivos de la ley, pronunciamientos de los actores implicados y seguimientos periodísticos.

De este modo, este texto, luego de unos capítulos introductorios (“Antecedentes normativos, políticos y sociales del Código de Minas” y “Análisis del régimen normativo de la propiedad en materia minera”), que serán la base necesaria para una comprensión adecuada de los capítulos centrales, abordará los “Discursos jurídicos alrededor del medio ambiente”, los “Discursos jurídicos alrededor de las comunidades impactadas por la actividad minera” y los “Discursos jurídicos de la empresa minera y frente a la misma”.

Finalmente, ésta documento permitirá expresar de qué manera los discursos contrapuestos, los intereses de los actores (incluido el Estado) ejercen una influencia directa sobre las normas; tanto así, que la reglamentación de la actividad minera al responder a presiones que se originan en direcciones al parecer opuestas, da lugar a serios problemas para su eficaz desarrollo práctico.

2. HERRAMIENTAS CONCEPTUALES: DERECHO COMO CAMPO Y ANÁLISIS DE DISCURSOS

Como expresamos en la introducción, el presente texto, pretende ser un análisis crítico de la principal norma minera vigente en Colombia (Código de Minas Ley 685 de 2001 y Ley 1382 de 2010). Es decir, intentamos hacer un estudio que no se limite exclusivamente a un examen concreto de las normas, sino a lo que subyace a ellas (si bien las mismas normas nos servirán de soporte para no sucumbir a un análisis puramente empírico o sociológico de la realidad social). Es importante recordar que nuestra intención no es la de ofrecer soluciones a los evidentes problemas que ésta presenta, sino simplemente desentrañar los múltiples discursos y tensiones presentes en la misma.

Para realizar ese análisis crítico del precepto normativo, es necesario, además de la lectura y el estudio de jurisprudencia, doctrina, decretos y leyes relacionadas, una cierta concepción del Derecho que se convierta en la base teórica del respectivo estudio analítico. Así, los planteamientos sostenidos, fundamentalmente, por las teorías críticas del derecho¹¹, Bourdieu (1987), Teubner (2000), Foucault (1988) y De Trazegnies (1995), en una forma no antagónica sino más bien complementaria, son los cimientos sobre los que se desarrolla este estudio. No obstante, cabe aclarar que la aproximación realizada a

¹¹ Es necesario tener en cuenta que las teorías críticas del derecho no son una categoría absolutamente definida y limitada, sin embargo, ciertas características de su pensamiento permiten en algunos casos establecer que un autor pertenece a esta corriente. El acercamiento que realizamos aquí a los "Critical Legal Studies" es principalmente a través de un texto de James Boyle (1992) y de las interpretaciones que el profesor español Juan Antonio Pérez Lledó (1993) realiza de las obras de Duncan Kennedy. La importancia de estas teorías para este texto radica en su carácter eminentemente interdisciplinar y crítico, en particular, dirigido contra algunos discursos y prácticas muy específicos: teorías, doctrinas, métodos didácticos, presupuestos sociales y estilos culturales que hacia los años sesenta predominaban en lo que algunos autores han llamado el "establishment" del Derecho y que siguen vigentes.

estos autores es principalmente pragmática¹², en tanto sus obras son tan amplias como profundas. Simplemente, del universo de ideas sostenidas por estos autores utilizamos las relativas a la manera de visualizar el derecho y que sirvieran para sustentar este análisis.¹³

En primer lugar, y junto con las teorías críticas del derecho¹⁴, para Teubner, el derecho mantiene una errada pretensión de validez sobre algunos de sus presupuestos básicos que no permiten que el sistema jurídico se adapte a los problemas sociales actuales. Son esas mismas pretensiones de validez las que evitan esa adaptación; en palabras del autor:

(...) no hay nada de universalmente valido en los presupuestos que utilizamos la mayoría de los juristas ni en los principios que rigen el sistema de solución de conflictos al interior del derecho: la forma de racionalidad que adopta nuestro derecho es solo una contingencia que impide hoy en día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizante, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan hoy en día las sociedades occidentales (Teubner, 2000, p. 18-19).

En nuestro caso particular, como veremos más adelante, existe en nuestro país una cierta creencia o fe generalizada en la capacidad de la ley para transformar

¹² Es decir que no se realizó un estudio profundo de dichos autores sino que se seleccionaron algunas ideas útiles al texto para su construcción, dada la magnitud de sus obras.

¹³ Otro autor que de forma accesoria será de gran utilidad para construir las bases teóricas de este texto, es Rudolf von Ihering específicamente a través del análisis de su obra de 1872 "Der Kampf ums Recht": "La Lucha por el Derecho". Ihering, parte del supuesto de que la fuente del derecho se encuentra en el sentimiento que los diferentes grupos sociales y los sujetos tengan del mismo. Ese sentimiento de "mi derecho" y de "nuestro derecho" se debe ver reflejado en la vida cotidiana para el adecuado funcionamiento de la vida social. Además, en palabras de Ihering: "*Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquéllos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho, en la otra la espada, con la que lo mantiene. La espada sin balanza es la violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho. Ambas van juntas, y un estado jurídico perfecto impera sólo allí donde la fuerza con que la justicia mantiene la espada, equivale a la pericia con que maneja la balanza.*" (Ihering 1872, p.6)

¹⁴ Autores como Duncan Kennedy y Karl Klare cimientan sus obras relacionadas con las teorías críticas del derecho en el cuestionamiento a la pretensión de validez que se ha atribuido al Derecho y que lo hace estático y alejado de la realidad.

realidades y generar variaciones en los comportamientos humanos. Esta actitud presente también en las autoridades estatales es una de las causales de la odisea normativa presente en el sector minero y ambiental. Dicha actitud tiene sus bases precisamente en la tendencia centralizadora y universalizante del derecho.

De este modo, y a manera de ejemplo, se crean dentro de la legislación minera áreas especiales para la protección ambiental, delegando a ciertas autoridades la tarea de establecer las zonas a proteger y la conservación de su integridad. Sin embargo, a pesar de la existencia de esas áreas especiales de protección, en la práctica se siguen generando grandes pasivos ambientales de la misma forma que cuando no existía tal norma.

Ahora bien, Foucault (1988) entiende el poder como una relación de fuerzas donde cabe la resistencia. El autor considera que el poder clasifica en la vida cotidiana a los individuos en categorías atándolos a su propia identidad, *“les impone una ley de verdad que deben reconocer y que los otros deben reconocer en ellos. Es una forma de poder que transforma a los individuos en sujetos. Hay dos significados de la palabra sujeto: sometido a otro a través del control y la dependencia, y sujeto atado a su propia identidad por la conciencia o el conocimiento de sí mismo. Ambos significados sugieren una forma de poder que subyuga y somete.”* (Foucault, 1988, p.2). Sin embargo, para él también existen formas de resistencia a este control; al estar en relaciones de poder, así éstas sean previamente definidas y establecidas por diferentes mecanismos, los agentes sociales puede “subvertir” lo establecido. A pesar de lo anterior, Foucault no mira el derecho desde esta óptica; para él, el derecho es una forma de poder administrada desde arriba que reduce las situaciones del juego a lo lícito, lo ilícito, la transgresión y el castigo consecuentemente (Trazegnies, 1995).

Bajo esta misma lógica, pero superando las limitaciones foucaultianas alrededor del derecho, Trazegnies (1995) y, sobre todo, Bourdieu (1987) rechazan tanto la

perspectiva puramente interna del derecho, que ve al mismo como un conjunto de normas incorporadas en una estructura formal, como la perspectiva externa, que lo define como un sub-producto, como algo totalmente determinado por condiciones externas a él (condiciones de poder económico, elites o cualquier otro factor que niegan su autonomía esencial).

El profesor Bourdieu entiende el derecho como un “campo”, es decir, un espacio en el que *“los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas de juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito.”* (Bourdieu, 1987, p. 62)

El campo jurídico sería, entonces, una parte del espacio social en la que los distintos agentes pelean por el monopolio para decir qué es el derecho; es el lugar donde, abogados, jueces, legisladores, empresarios, grupos étnicos, otras comunidades, profesores, personas que ocupan una posición con respecto al campo general del poder y al interior de cuyas profesiones se reproduce también, se lucha, compiten entre sí, para determinar cuál es la autoridad que permite, en última instancia, decir qué es derecho. En el caso que nos ocupa, es el lugar donde se define cómo va a ser el nuevo código, cuáles son las reglas que van a regir la actividad minera en Colombia, cómo va a ser la distribución de poder y cuáles van a ser las preferencias y prevalencias que el Estado dará a determinados intereses.

Centrémonos en “el campo de batalla del derecho” que Bourdieu y Trazegnies nos presentan. En él encontramos las siguientes características, que ejemplificaremos con nuestro tema de estudio:

- Ser un espacio limitado: es limitado en tanto deja por fuera a los profanos que no tienen ni la autoridad ni la capacidad de poner en forma sus peticiones. Para la gran mayoría de actuaciones jurídicas, es necesario tener un conocimiento sobre las normas, los derechos y deberes; sumado a esto, la casi totalidad de acciones requiere que se presenten a través de abogado. Así, no está en capacidad de poner en debida forma sus peticiones quien no conoce la norma o quien no tiene la manera de contratar o influenciar a alguien que represente sus intereses. De este modo, se desequilibra la protección de intereses al excluirse del campo a los legos.

Un ejemplo en el caso específico de este trabajo permite clarificar esta característica: en la regulación de los procesos de formalización que ha realizado el Estado de la minería “ilegal”, es notoria las pocas posibilidades de participación que han tenido los mineros informales en el campo jurídico. Ello se denota en los requisitos probatorios y otras formalidades exigidos que muchas veces el minero no está en capacidad de cumplir.

- Ser un espacio de lucha: en el campo jurídico se ven enfrentadas las distintas cosmovisiones de lo que debe ser o hacer el derecho. Verbigracia, si debe estar vinculado a la economía (como es la búsqueda de mayor inversión extranjera en el sector minero), o si debe tener la tendencia a garantizar mayores niveles de justicia social (como, por ejemplo, establecer prelación para la explotación de ciertas minas o excluir de dicha actividad algunas zonas de interés nacional).
- Ser un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas: existen reglas específicas, como el Código de Minas, que prescriben lo que está y no está permitido hacer a los agentes. Estas reglas son aparentemente neutrales, pero a su vez consolidan las distribuciones de poder, al menos en lo que se refiere a su estructura: regula las relaciones entre

los diferentes agentes que se encuentran dentro del campo (incluidas las autoridades).

- Presentar momentos de crisis donde las reglas que venían regulando el juego se cuestionan: las reglas a las que me referí en el numeral anterior, que distribuyen el poder al interior del campo, son cuestionadas; dicho conflicto afecta no solo a los agentes, sino también a las reglas que en el futuro regirán el campo. Por ejemplo, avances en los derechos de las comunidades étnicas y la consolidación de figuras jurídicas como la consulta previa impactan directamente las regulaciones normativas mineras, los actores y la expedición de normas futuras. Dado que todo acto legislativo o proyecto minero susceptible de afectar a las comunidades étnicas debe ser consultado, la consulta previa y su desarrollo jurisprudencial es una nueva regla que cuestiona y “desestabiliza” fuertemente las reglas por las que se regía antes el juego.
- Tener una distribución de fuerzas desigual: existe una clara relación entre el poder de cada agente al interior del campo y la posición que ocupan en el espacio social. Existen diferencias de facto que desequilibran la relación: las empresas mineras extranjeras, las empresas mineras nacionales, los mineros con título, los mineros ilegales, los mineros tradicionales, las ONGs ambientalistas, el ciudadano que defiende intereses ecológicos, las comunidades étnicas y no étnicas afectadas por proyectos mineros, ocupan un lugar social, político y jurídico muy diferente y desigual que se ve reflejado en la fuerza o debilidad con que se protegen sus intereses. Así, por ejemplo, no tienen las mismas posibilidades jurídicas de hacer objeciones a un proyecto minero las comunidades sin una identidad aparente o especialmente protegida a las que sí la tienen; o el minero tradicional ha sido entendido socialmente de forma muy diferente al minero ilegal. Al primero se le reconoce su actividad perdurable y de subsistencia, el segundo ha sido pensado como aquel

relacionado con la criminalidad y el principal causante de contaminación desorden; esta concepción social se ve reflejada en la norma.

Así mismo, para definir un campo cualquiera (como el derecho minero) como un campo social necesitamos, al menos, ser capaces de identificar ciertos elementos. Abordarlos a través de preguntas remitiéndonos a nuestro objeto de estudio permite una mayor comprensión de los mismos y una inmersión directa en nuestro tema.

- **¿Quiénes son los actores implicados?** Las empresas mineras, nacionales y extranjeras; el Estado; las comunidades que desarrollan tal actividad; las que se encuentran en lugares con vocación minera o en las que actualmente se desarrollan actividades de exploración o explotación; los defensores del medio ambiente, como ONGs, organismos internacionales, y finalmente, de forma indirecta (a través, por ejemplo de grupos de presión), todas las personas, por la causación de pasivos ambientales como resultado de la explotación minera. Para la elaboración de este texto, los discursos analizados son los de los ambientalistas, las comunidades afectadas y la empresa minera.
- **¿Cuáles son las reglas aceptadas para la participación en este juego?** Las reglas aceptadas no son solo las relativas al Código de Minas (entiéndase el cuerpo de la norma, la jurisprudencia, los decretos reglamentarios y las resoluciones), sino también las reglas existentes al margen de esa legalidad, que si bien es cierto pueden no ser catalogadas estrictamente como normas legales, causan claras variaciones en estas y en el comportamiento de los agentes.¹⁵ Así, por ejemplo, la abundante actividad minera informal e ilegal ha

¹⁵ Esta idea es coherente con las teorías del “pluralismo jurídico” que surgen por oposición al monismo. Para el pluralismo, el monismo “es una teoría descriptivamente errada y normativamente poco fértil” (Ariza y Bonilla, 2007, p. 31); ésta, oculta el hecho de que dentro de los Estados coexisten diferentes ordenamientos jurídicos y prescribe que es inadecuado que existan varios sistemas jurídicos al interior de los mismos. El pluralismo jurídico que inicialmente atacó la exclusividad del derecho del Estado en contextos de colonialismo y modernización, ha ampliado sus fronteras y hoy considera que dentro del espacio territorial de un mismo Estado se encuentran

generado en Colombia una realidad de facto, en la que existen: mineros ilegales que pagan regalías al Estado (el pago de regalías depende de la explotación, no del título minero); comercian con los materiales que extraen; necesitan mano de obra, generando empleo; tienen acuerdos informales, que pueden incumplirse, entre varios explotadores y con los dueños de los predios (una especie de servidumbre minera informal), etc. Por su carácter de ilegales, éstos mineros no están en capacidad de utilizar las herramientas e instituciones jurídicas para el desarrollo de su actividad, de este modo, se ven obligados a comportarse dentro de unas ciertas reglas implícitas (probablemente estas reglas tienen su origen en la costumbre) y ese comportamiento afecta de forma directa la regulación o el desempeño del derecho oficial.¹⁶ Ahora, si bien en este trabajo somos conscientes de la existencia de ese otro derecho, dado los alcances y límites de la investigación, éste no será abordado.

- **¿De dónde proviene la fuerza de influencia e impacto de los diferentes actores sobre el campo?** Esa fuerza proviene de lo que Bourdieu ha llamado “capitales”. Estos son los bienes materiales e inmateriales que permiten a los actores entrar en el campo jurídico, posicionarse en él y obtener algo en él. Se

diversas fuentes de producción de derecho que tienen una relativa independencia del derecho Estatal, “desde los campos sociales semiautónomos, pasando por las comunidades, hasta llegar a las comunidades marginales de los grandes centros urbanos o a los grupos guerrilleros, se encuentran formas “jurídicas” o ejercicios de “justicia” que socialmente funcionan con relativa independencia respecto del derecho oficial.” (Ariza y Bonilla, 2007, p. 50)

¹⁶ Pensemos por ejemplo, en la posibilidad que tiene un titular minero de accionar al Estado para que éste proteja su derecho frente a dos casos específicos: primero, supongamos que un grupo de mineros realizan actividades ilegales dentro del área del titular, por medio de un amparo administrativo éste podría hacer que se retiren del área a quienes obstaculizan y obstruyen su actividad. Ahora, imaginemos que un titular minero requiere de una servidumbre minera sobre un predio perteneciente a un particular para desarrollar su actividad de explotación, si las partes no llegasen a un acuerdo, se podría generar una expropiación al propietario del terreno, en tanto existe un titular minero impedido y la minería es una actividad de utilidad pública e interés social. Ahora bien, el minero “ilegal” no posee ninguna de estas herramientas. En el primer caso tendría que negociar con los demás mineros que están en una calidad igual a la suya, o bien acudir a vías de hecho; en el segundo caso, tendría que ofrecer más dinero al propietario del terreno para lograr la negociación, u otra vez acudir a vías de hecho. En la práctica, se desarrollan actividades mineras ilegales que se rigen por otras reglas implícitas diferentes y paralelas a las prescritas por el ordenamiento y que tienen ciertas características consuetudinarias y de uniformidad.

dividen en: capital económico, capital social, capital cultural y capital simbólico. Ejemplos de ellos son evidentes en nuestro caso: el derecho, el tratamiento que el mismo da a cada actor y las facultades que concede a los mismos, así como las prácticas y herramientas que se han ido acumulando a lo largo del tiempo a través de la acción de las generaciones sucesivas (capital simbólico); movilizaciones sociales de resistencia, manejo político, publicidad o movilizaciones de identidad étnica (capital social), poder económico; conocimientos adquiridos por ejemplo, normativas ambientales globales) o técnicas de minería sostenible (capital cultural), entre otros.

- **¿Qué posibilidades tiene un sujeto que se encuentra fuera del espacio limitado del juego de atravesar sus límites para participar en él?** En este punto, todo depende de los capitales que adquiera un agente en el espacio social y que le permitan jugar dentro de campo jurídico. En el caso de la minería, tiene gran importancia el tema de la minería artesanal, informal e ilegal y los intentos de legalización o formalización de la minería que ha hecho el Estado mediante diversos actos legislativos. Aunque estos actores ya están participando del espacio, su forma de hacerlo es distinta y tiene posibilidades de variar si se acoge a la formalidad.

Por otro lado, encontramos la inversión extranjera o la forma en que se obtienen los títulos y permisos ambientales, entre otros, para desarrollar actividades de exploración y explotación. Ellos también son una puerta de entrada al campo jurídico.

- **¿Cuál es la distribución real de fuerzas en el juego?** La distribución real de fuerzas en juego no es fácil de aprehender en su totalidad o en su verdadera dimensión en ningún campo. De todos modos, a través de la evidencia de los diferentes discursos y de la presencia de éstos en las normas mineras se pueden reflejar algunas luces de la pugna e influencia de poderes que se

ejercen sobre el Estado a través del legislador, el poder ejecutivo, la rama judicial y los que se enfrentan al mismo.

Ahora bien, estar dentro del “campo de batalla” no garantiza que los intereses de alguno de los actores necesariamente se vayan a ver satisfechos, pero estar por fuera del campo no permite a los actores lograr ninguna clase de reivindicación de sus derechos e intereses; en cierta medida, es necesaria la presencia de un participante para que su voz pueda ser escuchada. Así, el triunfo no está asegurado, pero sí lo está la disputa.

Como se desprende de la lectura de este marco teórico, nuestro caso de estudio es un campo en los términos bourdianos con características muy similares al modelo conceptual del profesor. Con ello en mente, tenemos las bases teóricas que le dan soporte al siguiente escrito. Esta concepción teórica del derecho nos permitirá hacer un análisis segmentado que dividirá cada capítulo de acuerdo a los diferentes actores que participan en el campo de batalla: comunidades afectadas, ambientalistas y empresa minera. No negamos que el Estado es un actor, pero por su carácter de protagonista, de receptor y de regulador de las reglas de juego, lo incluiremos en el análisis de los demás actores. Podríamos pensarlo como un juego de cartas en el que el Estado es quien baraja, reparte las cartas y vigila el cumplimiento de las reglas, por esta razón no tendrá un trato diferenciado en un capítulo específico. Ahora, todos los actores poseen diferentes discursos e intereses que se ven reflejados en la norma a través de los cuales se desenvuelven en el campo; esos discursos y las tensiones que generan serán nuestro objeto de estudio en los siguientes capítulos.

3. ANTECEDENTES NORMATIVOS, POLÍTICOS Y SOCIALES DEL CÓDIGO DE MINAS (LEY 685 DE 2001 Y LEY 1382 DE 2010)

El Código de Minas ha sido como es lógico por su naturaleza, la más importante norma en materia de minería en Colombia; sin embargo, su historia es reciente si se compara con la de otros como el Código Civil. Eso no significa que esa regulación naciera de la noche a la mañana, todo lo contrario, es resultado de un proceso, es una respuesta a diversos hechos políticos y sociales que aún hoy se hacen evidentes: nos encontramos en un momento en el que se presenta la necesidad de una reforma sustancial del Código, en tanto, como ya se dijo, parte de la actual regulación (Ley 1382 de 2010) fue declarada inexecutable en un fallo diferido a 2 años. Por lo tanto, es importante hacer una breve reseña histórica a través de ciertos contextos sociales e hitos políticos y normativos que nos permitan entender un poco la evolución y actual configuración de la normatividad.

Pocos años después del descubrimiento de América, ya se sospechaba de la gran riqueza que América del Sur poseía en cuanto a minerales, particularmente de oro y plata. Los escritos de los primeros españoles en pisar tierras americanas así lo revelan. Un ejemplo de ello es una de esas cartas delirantes que el explorador y conquistador Vasco Núñez de Balboa escribiría al Rey, relatando la abundancia de oro y la gran facilidad para obtenerlo en la tierra que hoy es Colombia:

La manera como se coge es sin ningún trabajo, de dos maneras: la una es que esperan que crezcan los ríos de las quebradas, y desde que pasan las crecientes quedan secos, y queda el oro descubierto de lo que roba de las barrancas y trae de la sierra en muy gordos granos: señalan los indios que son del tamaño de naranjas y como el puño, y piezas según señalan a manera de planchas llanas. Otra manera de coger el oro hay, que esperan que se seque la yerba en la sierra y las ponen fuego, y después de quemada van a buscar por lo alto y por las partes más dispuestas y cogen el oro en mucha cantidad y en muy hermosos granos Carta al Rey, Vasco Núñez de Balboa 1513 (González, 1973, p.17)

Así mismo, años después, Fray Pedro Simón, cronista Franciscano, luego de su llegada al Nuevo Reino de Granada en 1604, refiriéndose a la abundancia del preciado mineral, escribiría: “*Parecía que la tierra estaba rebosando el oro y que no lo podría ya sufrir en sus entrañas*”. (González, 1973, p. 18)

La actividad minería revestía tal importancia y poder de convocatoria que algunos años después del descubrimiento de la mina de plata Cerro Rico de Potosí en Perú en el año de 1542 o 1545 (la cual fuera el principal soporte económico para la colonia española en América), el número de sus pobladores era equiparable al de Madrid. Potosí estaba ubicada a pocas leguas al sur de la ciudad de La Plata (hoy Sucre) y no había sido aún explotada por los grupos indígenas que ocupaban ese territorio¹⁷. Por su parte, el territorio colombiano, si bien estaba plagado de múltiples riquezas naturales, fue considerado como un exportador exclusivo de oro. Por ello, los barcos españoles que llegaban a sus tierras sólo aceptaban ese material como pago por los bienes importados (Hillón, 2011; Safford y Palacios, 2002).

Para ese momento, el reino de España necesitaba y valoraba más la plata que el oro. Nuestro país no tenía un gran potencial minero de ese mineral; sin embargo, hacia el año de 1651, el capitán Diego de Ospina y Maldonado fundaba lo que hoy conocemos como el municipio de La Plata, ubicado en el departamento de Huila, cuyo nombre hacía honor al hallazgo de minas del muy cotizado mineral. Se dice que en poco más de un siglo ya habían acabado los filones (Poveda, 2005).

Los pagos a través de estos minerales y, por ende, la extracción de recursos naturales no renovables, fue uno de los motores fundamentales del mantenimiento del imperio español y de su historia en América. El transporte y la llegada de

¹⁷ Es interesante el hecho de que los grupos indígenas, ocupantes de aquel territorio y que conocían las peculiaridades de esta tierra, no hubiesen nunca explotado esas minas. Tal parece que consideraban la montaña del Cerro de Potosí como un lugar sagrado y que dicho espacio tenía para ellos componentes rituales claramente definidos (Querejazu, 1999).

metales preciosos a Sevilla a lo largo de los siglos XVI y XVII sostuvo en gran parte la economía y la política de los Austrias; estos minerales dieron gran solvencia y capacidad de endeudamiento a los monarcas mientras la plata y el oro duraron, ya fuera como realidad o como promesa. Como sostiene el eminente historiador inglés Jhon Huxtable Elliot (Moleón, 1999, p.15): *“el imperialismo de Carlos V, y después de Felipe II, fue financiado mediante préstamos y ninguno de estos dos monarcas habría recibido préstamos durante tanto tiempo, o en esa inmensa proporción, si no hubieran sido capaces de atraer a la comunidad financiera internacional con el señuelo de la plata del Nuevo Mundo.”*

En el siglo XVI, se dictó en España un Código Minero, del cual algunas regulaciones, como veremos más adelante, estarían vigentes cerca de 250 años. Dicha norma fue llamada el “Nuevo Cuaderno” y fue incorporado a la Recopilación de Castilla¹⁸ en 1583; sus ordenanzas prescribían que todas las minas de la Nueva España pertenecían al rey, por lo que el usufructo, posesión o propiedad de las minas solo podía adquirirse a través de la merced real.

Más tarde, como lo relata Poveda Ramos (2005), en los años de la independencia, las minas serían determinantes en la consolidación de la Gran Colombia. Hacia el año de 1825 los recursos económicos líquidos se agotaban; al no poder seguir financiándose la guerra, el general Francisco de Paula Santander buscó un préstamo de dinero por parte de los ingleses. Con ellos, se consiguió una fuerte suma de dinero, pero bajo el acuerdo de entregarles en arrendamiento las minas de Marmato (Caldas), Santa Ana (Tolima) y Pamplona (Norte de Santander) a cambio de unas regalías del 3% que se debían pagar a la República¹⁹.

¹⁸ Luego de varias ordenanzas proferidas por los virreyes durante décadas sobre la explotación minera, se promulgó la Recopilación de Castilla, que unificaba muchas de las antiguas regulaciones y ampliaba su rango de acción para solucionar las nuevas dificultades. El Nuevo Cuaderno hacía parte de esta recopilación y era la norma de carácter especial y específico de la explotación y adquisición de minas.

¹⁹ Los profesionales ingleses que fueron enviados a realizar las actividades de explotación, modernizaron la minería de socavón y la aluvial; *“formaron capataces con mejores conocimientos;*

De igual forma, a lo largo de casi todo el siglo XIX, el oro fue el principal producto de exportación.

Este metal, además de la plata y el platino, atrajeron a inversionistas extranjeros que trajeron capital y tecnología. Con ellos vinieron a lo largo de los años el molino californiano, la amalgamación con mercurio, la cianuración, la turbina pelton, la dinamita, la draga de ríos, el monitor hidráulico y muchas otras innovaciones tecnológicas que iban apareciendo en el mundo. En Antioquia y en el Cauca surgieron también empresarios mineros colombianos que aprendieron y lograron con éxito fundar sus empresas y hacerlas crecer a medida que el mercado lo requería. (Poveda Ramos, 2005, p. 2)

La importancia que representó la minería para el desarrollo económico del país en ese siglo y las particularidades que la misma presentaba se vieron reflejadas en la normatividad que regulaba la materia. Una vez consolidada la independencia hacia el año de 1829, Simón Bolívar expedía lo que podríamos llamar un primer reglamento parcial de minas en la Gran Colombia²⁰. El Decreto del 24 de octubre de 1829 intentaba eliminar las contradicciones de la legislación española²¹ y consolidar el dominio del Estado sobre las minas. En dicha norma se contemplaba la posibilidad de que el Estado transfiriera el derecho de dominio o la posesión

enseñaron mineralogía, hidráulica práctica y agrimensura; y sembraron la aspiración en las regiones mineras de crear y desarrollar la profesión de la ingeniería. La moderna tecnología que ellos le inyectaron a la minería benefició especialmente a la minería de socavón, que adquirió así una gran importancia que antes no tenía.” (Poveda Ramos, 2005, p. 2)

²⁰ Es necesario aclarar que antes del Decreto emitido por El Libertador existió la ley del 5 de agosto de 1823, que autorizaba al poder ejecutivo para que se dieran en arrendamiento todas las minas que pertenecieran a la República, a excepción de las minas de platino. Así, nace la figura del arrendamiento minero. No obstante, esta norma guardó silencio respecto a los demás temas mineros, por lo que el ordenamiento español siguió rigiendo justo hasta la expedición del decreto de 1829. Ahora bien, es muy posible que la ley en mención obedeciera a una necesidad política más que de regulación. Como antes vimos, fue necesario entregar en arrendamiento algunas minas de la República para obtener préstamos de dinero; ésta norma era el sustento jurídico que permitía se entregara a quien fuera (incluidos los ingleses) las minas del Estado.

²¹ El Decreto del Libertador solo se refería a algunos asuntos específicos que acá detallamos, estaba lejos de ser una norma que abarcara todos los ámbitos del desarrollo de la actividad minera. Por esta razón, no se subrogaron completamente las “Ordenanzas de Minería de Nueva España”. El artículo 28 del Decreto así lo expresa: *“Mientras se forma una ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la ordenanza de minas de Nueva España, dada el 22 de mayo de 1803, exceptuando todo lo que trata del Tribunal de Minería, y jueces diputados de minas, y lo que sea contrario a las Leyes y Decretos vigentes. Tampoco se observará en lo que se halle reformada por el presente Decreto”* (Subraya fuera del texto).

sobre los yacimientos a los ciudadanos luego de que se realizara el denuncia, siempre y cuando la mina fuera denunciante, y finalmente, se imponía la obligación de explotar ininterrumpidamente con un plazo máximo de suspensión de un año so pena de perder el derecho.

El procedimiento para la adjudicación consistía en presentar un denuncia ante el gobernador de la provincia acompañado de una muestra de los minerales a explotar. Posteriormente, se fijaba la solicitud en un lugar público, se llamaba a los colindantes, se medía la mina y se otorgaba la posesión.

Dicho régimen de la propiedad minera se mantuvo sustancialmente incólume hasta 1858²², año en el cual bajo el Estado Federal se promulga la Constitución de la Confederación Granadina. Durante todo el régimen federalista, que duraría hasta 1886, se gestó un sentimiento común entre los Estados federados sobre la importancia de las minas; por esta razón, y pensando en la función pública del patrimonio, establecieron en la Constitución de 1886 una clasificación dentro de la propiedad de las minas. La Federación conservaría las minas de esmeraldas y de sal gema, los Estados tendrían la propiedad de las minas de oro, plata, platino y cobre, y finalmente, por vía de exclusión del artículo 202²³, no se modificó la titularidad de las minas que eran de propiedad de particulares ni cuyo dominio les había sido adjudicado por los Estados Soberanos. Esto último en virtud de la figura de la accesión, según la cual el dueño del predio es el propietario del subsuelo que está incorporado o unido al suelo del terreno.

²² Si bien es cierto que entre 1830 y 1859 se promulgaron unas pocas leyes relativas a minería, tales como la Ley 10 de 1834, la Ley de 21 de junio de 1842 y la Ley de 9 de junio de 1847, entre otras, también es cierto que su contenido es sobre temas accesorios a la minería o relativamente poco trascendentes. A vía de ejemplo: el valor de la expedición de títulos mineros, la forma de registro en instrumentos públicos y anotación de hipotecas, etc.

²³ Constitución Política 1886. Artículo 202. Pertenecen a la República de Colombia. 1. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886; 2. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización; 3. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas.

La Constitución Política de 1858 dejaba la puerta abierta a las reglamentaciones de los Estados, es decir, aquellos aspectos que no tratara la Carta debían ser regulados por cada Estado conforme a su autonomía. En cuanto a minería, los Estados tenían una gran libertad para formular sus propias leyes, por ese motivo se promulgaron algunos Códigos de Minas, entre los cuales, el del Estado de Antioquia (1867) parecía ser uno de los más completos y adecuados para ese momento político.

Luego, en 1886 regresó a Colombia el sistema de Estado unitario impulsado en gran parte por Rafael Núñez, quien consideraba, ante todo, que era necesario disminuir el grado de federalismo existente (para eliminar la multiplicidad de legislaciones penales y civiles) y establecer un mecanismo que permitiera mantener el orden público de forma unificada (Melo, 1986). Es por ello que la Constitución que plasmó este cambio político consignó la propiedad estatal de las minas de la república sin perjuicio de derechos adquiridos y constituidos a favor de terceros. Es decir, que la Nación se adjudicó todos los bienes que antes fueran de los estados, pero no modificó la titularidad de las minas que eran propiedad de particulares cuyo dominio había sido adquirido por medio de la accesión.

Complementando lo anterior, un año más tarde, se expidió la Ley 38 de 1887, la cual adoptaba el Código de Minas del Estado de Antioquia y ampliaba su aplicación a toda la Nación. Esta norma fue trascendental para la regulación minera del país, al permitir bajo el modo de la adjudicación adquirir derechos privados sobre el subsuelo tras cumplir ciertos requisitos. Vargas describe muy bien la figura:

La adjudicación era un modo de transferir la propiedad de algunas minas del Estado a los particulares, previo el cumplimiento de los siguientes pasos: aviso, denuncia, medida, entrega de la mina y expedición del título. Al adjudicarse una mina, se adquiría el derecho de dominio conforme a las

reglas del código civil, pero sujeto a dos condiciones resolutorias: la obligación de explotar y el pago del impuesto anual, denominado, impuesto de estaca (Vargas, 2005)

Comentario [y1]: El número de página

Este régimen legal, con algunas modificaciones en normas dispersas²⁴, estuvo vigente por muchos años. Mientras tanto, llegaba el siglo XX, la institucionalidad en Colombia se consolidaba y nuevamente surgía la visión de un inminente y promisorio futuro en materia de minería. Para el año 1928, el presidente de la República Mariano Ospina Pérez presagiaba el comienzo de la gran industria minera. Como él mismo diría: *“Apenas ha terminado el período de rutina y aventura de la minería, el del empresario individual, desprovisto de capital, y de maquinaria científica, del barequeo, como decimos nosotros, del pioneer, como dicen los americanos, y estamos al principio de lo que pudiéramos llamar el periodo industrial de la minería”* (González, 1973, p. 7).

Durante su período en la presidencia, y en el de varios de sus predecesores, existió una gran variedad de instituciones encargadas de regular los asuntos mineros con funciones secundarias. Solo hasta 1940, el presidente Eduardo Santos creó el denominado Ministerio de Minas y Petróleos, que en 1974 sería bautizado como hoy lo conocemos (Ministerio de Minas y Energía).

A pesar del optimismo presidencial de Ospina Pérez y los avances en la construcción de institucionalidad, 21 años más tarde una investigación del profesor Americano Robert C. West, sobre la minería en Colombia entre los años 1949 y

²⁴ Uno de los más importantes anexos a la legislación fue la ley 153 de 1887 que, en materia de minas, modificaba los artículos 2 y 11 del Código de Minas adicionando dos artículos:

Artículo 315. El adjudicatario ó cesionario de minas que, pasados ocho años desde la fecha de la adjudicación, no hubiere establecido trabajos de explotación, perderá el derecho adquirido, aun cuando pague el respectivo impuesto.

Artículo 316. Igual pena sufrirá el adjudicatario ó cesionario que, después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de ocho años.

Artículo 317. Quedan reformados los artículos 2 y 11 de la ley 38 de 1887, y derogado el artículo 8, de la misma ley.

También cabe resaltar que a partir de la Ley 30 de 1903, se empezó a diferenciar el tratamiento legal que se tenía para hidrocarburos, desde la ley 38 de 1887 las minas de carbón se regían por las mismas leyes que los yacimientos de petróleo.

1951, evidenció que la gran mayoría de la minería en nuestro país, a diferencia de lo que sucedía en los países industrializados, era lo que él denominaba minería nativa o “folk mining”. Por ella, West entendía aquella realizada por *“small enterprises, owned and operated by a single individual, a family, or a group of neighbors, for whom mining is a traditional full –or part-time occupation carried on with antiquated mining techniques handed down from father to son.”* (West, 1952, p. 323)

En el año 1967 se expidió la Ley 60, en la que se exigía a los titulares de derechos de exploración y explotación atender preferentemente a la demanda nacional. Esta medida tiene su razón de ser en la política de sustitución de importaciones que se implementó en esos años: *“la crisis mundial iniciada con el colapso financiero de 1929 y su profundización causada por la Segunda Guerra Mundial, afectó significativamente el comportamiento económico no sólo de Colombia sino en general de todos los países latinoamericanos (...) Los acontecimientos acaecidos auspiciaron la adopción de una serie de medidas proteccionistas, especialmente encaminadas a evitar la competencia contra industrias dinámicas en la época”* (Garay, 2004, p.7)

Dos años más tarde se expediría la Ley 20 de 1969, ante la necesidad de controlar a cabalidad las actividades de explotación minera y lograr una mayor eficiencia en la explotación de los recursos. Ésta *“eliminó el sistema de adjudicación y consagró en lo sucesivo la exploración y explotación de los recursos minerales mediante la concesión, aporte o permiso, conservando la república, en todo caso, el derecho de dominio”* (Vargas, 2005, p. 54). Sin embargo (como se verá en detalle más adelante), a causa de los derechos adquiridos, la aplicación de esta norma no implicó que de allí en adelante la propiedad absoluta del subsuelo fuera del Estado²⁵.

²⁵ Artículo 1 Ley 20 de 1969. Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente Ley, solo

En estos sistemas de concesión, aporte y permiso, el Estado conservaba el derecho de dominio sobre las minas y no se admitía su otorgamiento a gobiernos extranjeros, aunque sí podían participar empresas privadas extranjeras siempre y cuando los gobiernos de sus países de origen renunciaran a toda reclamación diplomática.

Durante el período del presidente Turbay Ayala (1978-1982) hubo un apogeo del Ministerio de Minas y Energía al intensificarse la exploración de yacimientos y elaborarse el proyecto minero que permitió la exploración de las minas de carbón de El Cerrejón y de níquel en Cerromatoso. No obstante, esta etapa de la administración parece haber estado caracterizada por la ineficiencia y la corrupción²⁶. Como consecuencia, en un intento de racionalizar la administración pública, en el siguiente mandato presidencial, el presidente Belisario Betancourt sancionó la ley 1 de 1986. Ésta creó la Dirección General de Minas, que buscaba ser el ente rector de la actividad minera y coordinador de políticas.

En 1988, motivado por la necesidad de generar inversión extranjera para Colombia, el presidente Virgilio Barco, facultado por la ley 57 de 1987, promulgó el Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas) que buscaba consolidar el principio de propiedad estatal de los recursos naturales no renovables, armonizar las diferentes normatividades en la materia, unificar las regulaciones mineras en un solo código y modernizar dicho ordenamiento con las nuevas corrientes imperantes. Este decreto establecía una gran variedad de títulos mineros²⁷ que

comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos.

²⁶ La frase que el después presidente Turbay pronunció durante su candidatura: “debemos reducir la corrupción a sus justas proporciones” da idea de la situación que se vivía en la época. La laxitud moral que podría encontrarse en sus palabras, continuó durante su gobierno: al final de su mandato parecía que la corrupción se había expandido en vez de reducirse.

²⁷ Artículo 16. Decreto 2655/1988. Título minero es el acto administrativo escrito mediante el cual, con el lleno de los requisitos señalados en este Código, se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad Nacional. Lo son igualmente, las licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes, perfeccionados de acuerdo con disposiciones anteriores.

intentaban, al mismo tiempo, mantener la autoridad estatal sobre la actividad minera y flexibilizar su ejercicio para incentivar la inversión extranjera: licencia de explotación y exploración, contrato de concesión, aporte o licencias especiales (estas últimas eran para materiales de construcción, vías públicas y comunidades o grupos indígenas). Esos intereses en pugna y la multiplicidad de escenarios dificultaban su aplicación, no obstante de forma afortunada, reconocía diversas escalas de minería con regímenes a su vez diferenciados. Finalmente, regulaba las actividades mineras que no requerían título minero de una manera diversa, tales como la prospección o la minería de subsistencia (el barequeo²⁸, la extracción ocasional de materiales no metálicos y la explotación de oro con mini dragas)²⁹, situación que seguía generando una gran multiplicidad de regímenes incluso para los mineros sin título.

Esta dificultad de conciliar esas contradicciones internas fue uno de los argumentos más fuertes para que el gobierno sancionara un nuevo código (a través del cual se consagrara un sólo título minero: el contrato de concesión de exploración y explotación). Podemos decir que uno de los ejes sobre el que se construyó la ley 685 de 2001 fue precisamente la necesidad de unificar las formas de contratación para la explotación minera. Para ese momento, se presentaba en

Son también títulos mineros los de adjudicación, perfeccionados conforme al Código de Minas adoptado por la Ley 38 de 1887 y las sentencias ejecutoriadas que reconozcan la propiedad privada del suelo o subsuelo mineros. Es entendido que la vigencia de estos títulos de adjudicación y de propiedad privada, está subordinada a lo dispuesto en los artículos 3°, 4° y 5° de la Ley 20 de 1969.

El derecho emanado del título minero es distinto e independiente del que ampara la propiedad o posesión superficiarias, sean cuales fueren la época y modalidad de éstas.

²⁸ Ley 685 de 2001 en su artículo 155 define la actividad del barequeo en los siguientes términos: *“El barequeo, como actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales, será permitida, con las restricciones que se señalan en los artículos siguientes. Se entiende que esta actividad se contrae al lavado de arenas por medios manuales sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas. Igualmente, será permitida la recolección de piedras preciosas y semipreciosas por medios similares a los que se refiere el presente artículo”*

²⁹ Art. 17. Decreto 2655/1988. Clases de títulos mineros. La exploración técnica por métodos de subsuelo y la explotación de depósitos y yacimientos de propiedad nacional, solamente se podrán adelantar mediante licencias de exploración, licencias de explotación, aportes y contratos de concesión. Lo aquí dispuesto, no se opone a la actividad minera de subsistencia de que trata el Capítulo XVII de este código.

el país, impulsada por el gobierno de Álvaro Uribe, la promesa de grandes inversiones futuras por parte de empresas multinacionales. Dichas empresas, antes de realizar cualquier tipo de inversión, tienen como criterios para evaluar la posible inversión, no solo el potencial geológico, sino también la claridad normativa, la seguridad jurídica y los niveles de corrupción. La existencia de una sola forma de contratación buscaba contribuir a la claridad y consistencia del ordenamiento minero.

Así mismo, el actual Código surge en un momento en el que, por un lado, existe un movimiento global de protección al medio ambiente y la necesidad de que las actividades industriales y de explotación de recursos sean “sostenibles”³⁰, y por el otro, una reivindicación de los derechos de grupos étnicos y sociales afectados por dichas actividades. Un ejemplo de ello es la exigencia de la consulta previa de actos legislativos que puedan afectar comunidades específicas; de hecho, el no haber consultado a dichas comunidades es el motivo por el cual el Código fue declarado inexecutable de forma diferida a dos años.

Los hechos antes narrados reflejan que a lo largo de la historia algunos minerales como la plata y el oro han alimentado las expectativas de desarrollo y de enriquecimiento de monarcas, gobernadores y particulares. Es decir, existe una cierta relación entre la minería y la noción de riqueza, no en vano el respaldo de nuestra moneda nacional hasta hace poco era el oro. Por tanto, es evidente que no es nueva la promesa del gran porvenir minero en Colombia; es más, que dicha promesa tiene cientos de años más que el mismo Estado colombiano, y que no ha podido materializarse, en parte, por una regulación inconsistente y que responde a discursos e intereses muy diversos, que incluso en ocasiones se contradicen, o por un exceso en las expectativas. Antes de entrar en el análisis de cada discurso,

³⁰ El concepto de sostenibilidad es uno de los ejes centrales del nuevo Código, sin embargo, este es un concepto problemático en su definición y aún más para el sector minero. No nos detendremos ahora sobre este punto dado que en el capítulo “Discursos jurídicos alrededor del medio ambiente” analizaremos con detalle este punto.

es necesario tener conocimiento de cómo ha sido el régimen de la propiedad y cómo ese acontecer legislativo, por varios factores, ha influido el régimen actual.

4. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN NORMATIVO DE LA PROPIEDAD EN MATERIA MINERA (LEY 685 DE 2001/LEY 1382 DE 2010)

Antes de adentrarnos en el análisis discursivo y normativo de la ley en mención, debemos detenernos brevemente en el análisis de las bases jurídicas de la legislación minera en Colombia, para así poder lograr una adecuada comprensión de los capítulos posteriores. Temas como el régimen legal de la propiedad de las minas (propiedad del subsuelo) las formas de titulación (la manera de acceder a la exploración o explotación de las minas), el ámbito material del Código minero o el ejercicio de los derechos que de estos elementos se desprende son puntos de partida fundamentales. Debemos conocer cuáles son los derechos de propiedad y explotación que tienen el Estado y los particulares sobre las minas³¹ y la forma jurídica de esos derechos, pues de esto depende la forma y la materia contenidas en toda la legislación minera en general y el Código de Minas en particular.

En primer lugar, es necesario precisar la regulación vigente en materia de títulos mineros. La ley 685 de 2001 consagró un solo título minero³²: el contrato de concesión. Éste es entendido como aquel que celebra el estado con el objeto de otorgar a un tercero³³, la prestación, operación, explotación u organización, de un

³¹ Según el Glosario técnico Minero del Ministerio de Minas y Energía (Ministerio de Minas, 2003) por mina debemos entender:

1. Excavación que tiene como propósito la explotación económica de un yacimiento mineral, la cual puede ser a cielo abierto, en superficie o subterránea. 2. Yacimiento mineral y conjunto de labores, instalaciones y equipos que permiten su explotación racional. 3. El Código de Minas define "mina" como el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útiles y aprovechables económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo.

³² Según el Glosario Minero del Ministerio de Minas (Ministerio de Minas, 2003), un título minero es el acto administrativo escrito (documento) mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo minero de propiedad de la Nación.

³³ El Código de Minas precisa la naturaleza de ese derecho: "Artículo 15. *Naturaleza del derecho del beneficiario. El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "in situ" sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.*"

servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Ahora bien, en este tipo contractual la propiedad de los recursos naturales renovables y no renovables está en cabeza del Estado. El Código de Minas, establece, en su artículo 5, que los minerales yacentes en el suelo o subsuelo, en cualquier estado físico, son propiedad del Estado, sin perjuicio de que la posesión o propiedad de los terrenos sean de particulares o comunidades³⁴. Así también lo ha entendido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, al expresar que:

...el Estado se encuentra facultado para intervenir por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de lograr la racionalización de la economía y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes -artículo 334 Superior-; que por disposición de la Carta es el Legislador quien debe determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos y que la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte; y que el Estado se encuentra facultado para establecer una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículos 80). Todo lo anterior, en armonía con la función ecológica de la propiedad -artículo 58 CN-, el respeto por el derecho a un medio ambiente sano, y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han reconocido (artículos 9, 94 y 226). (C 983 del 2010³⁵), (Subraya fuera del texto)

³⁴ El Artículo 5 en su segundo párrafo establece: “*Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.*” Este segundo párrafo, es la consagración legal minera de los derechos adquiridos, cuyo análisis haremos más adelante.

³⁵ En dicha sentencia, en ejercicio de la acción pública, un ciudadano solicitó a la Corte, la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 12 y 16 (parciales) de la Ley 1382 de 2010 por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas, artículos que tratan la legalización y el canon superficiario respectivamente.

No obstante, también es cierto que existe una situación de derechos adquiridos³⁶ en materia de titulación minera, según la cual, una vez se hayan afirmado derechos en cabeza de una persona, no podrán las nuevas leyes aplicarse de forma retroactiva irrespetando tales derechos. Así, los títulos anteriores al contrato de concesión obtenidos mientras regían leyes anteriores al 2001 continúan vigentes. Es más, en virtud del artículo 349³⁷ del Código (Ley 685 de 2001), las solicitudes que estuvieran en proceso de trámite podían llegar a ser perfeccionadas, lo que llevó a que, aún con la entrada en vigencia de la Ley 685 de 2001, se expidieran algunos de los títulos que consagraba el Código derogado (Decreto Ley 2655 de 1988).

En segundo lugar, ¿qué sucede con la propiedad estatal del subsuelo si, como vimos antes, la Ley 38 de 1887 permitía a particulares adquirir derechos privados sobre el subsuelo, y se debe aplicar el concepto de derecho adquirido?

Al respecto, ha existido controversia alrededor del momento desde el que se tenía un derecho adquirido sobre una mina. Cuando se inició la discusión sobre los derechos adquiridos en materia de minería (1919), la Corte Suprema de Justicia, en general, coincidió en que era posible sostener la existencia de algunos de ellos, como es el caso de ciertos derechos privados sobre el subsuelo, por el solo hecho

³⁶ La Corte Constitucional ha definido claramente el concepto: “*Los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento.*” (C-242 de 2009)

³⁷ Artículo 349. Solicitudes y propuestas. Las solicitudes de licencias de exploración y explotación y los contratos de concesión, que al entrar en vigencia el presente Código se hallaren pendientes de otorgamiento o celebración, continuarán su curso legal hasta su perfeccionamiento, conforme a las disposiciones anteriores. Sin embargo, el interesado, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de tal vigencia, podrá pedir que sus solicitudes de licencia se tramiten de acuerdo con las nuevas disposiciones sobre propuestas de contrato de concesión o se modifiquen las licencias de exploración o explotación o los contratos que hubiere suscrito, para ser ejecutados como de concesión para explorar y explotar, en los términos y condiciones establecidos en este Código. En la modificación de tales contratos se fijará el término para la exploración, descontando el tiempo de duración de las licencias que les hubieren precedido.

de la cesión realizada por los estados federados a los particulares. De esta forma, en la Sentencia Acuerdo Número 52, Corte Plena de 1919, la Corte sostuvo que se cumplían todos los requisitos necesarios para la radicación de derechos de carácter privado en cabeza de algunos beneficiarios y frente a ciertas minas, ya que, por la misma naturaleza de derechos de carácter privado, no era necesaria la actividad de explotación de la mina, solo bastaba que ese derecho se hubiera radicado en cabeza del particular para que éste fuera el propietario de la misma.

Sin embargo, la postura contraria se encuentra en los salvamentos de voto a dicha sentencia. En uno de ellos, el Magistrado Marcelino Pulido R. expresaba:

...Cuando los Estados cedieron a los particulares, dueños del suelo, todas las minas, unos, y las que no se reservaron otros, pusieron a dichos dueños de terreno en un estado jurídico, es cierto, pero no consiguieron con este estado un derecho adquirido." Y continúa "...para que una relación de derecho pase a ser un derecho adquirido hay que pasar por cierta gradación que principia desde la experiencia, a la capacidad o facultad y por último, al ejercicio de esta facultad que consuma un hecho, que es como la investidura del derecho adquirido. (Ricaurte 2010, pp.20-21)

Esto último, es lo que para el magistrado no permite que existan derechos adquiridos de propiedad sobre el subsuelo, toda vez que había una relación entre objeto y sujeto, existía la relación abstracta del derecho, pero no el hecho individualizador que sería apropiarse del mineral de la mina.

Ahora, a pesar de esta discusión sobre derechos adquiridos puesta de presente, es necesario resaltar que, durante la vigencia de la gran mayoría de legislaciones previas, la interrupción de la actividad daba lugar a la pérdida del título; así, aun cuando el derecho se radicara con el título sin necesidad de explotación, este se perdería si no se realizaba la misma.

Las discusiones teóricas de si algunos de los mineros tenían derechos adquiridos de propiedad o no sobre las minas se cerraron con la Constitución Política de

1991. Ésta, en su artículo 332, plantea que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, “sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglos a las leyes preexistentes.” (Art 332). Es claro entonces que la Constitución deja abierta la posibilidad de títulos y derechos de propiedad preexistentes. Por tanto, en la práctica existen y son reconocidos derechos privados sobre el subsuelo, así como minas que desempeñan sus actividades bajo títulos diferentes al contrato de concesión.

En desarrollo de lo anterior, en providencias recientes, la Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades al alcance y la protección de los derechos adquiridos, aduciendo que estos: *“constituyen derechos que son (i) subjetivos; (ii) concretos y consolidados; (iii) cumplen con los requisitos de ley; (iv) se pueden exigir plenamente; (v) se encuentran jurídicamente garantizados; (vi) se incorporan al patrimonio de la persona; (vii) son intangibles y en consecuencia, el legislador al expedir una nueva ley no los puede lesionar o desconocer; y (viii) se diferencian de las expectativas legítimas³⁸.”* (C-168 de 1995^{39,40})

Para Vargas Pimiento, hoy, la regla general es que la propiedad de los minerales es del Estado,

...pero existen excepciones, se reconoce la propiedad privada de minas que fueron adquiridas mediante la vigencia de leyes preexistentes. Tales excepciones provienen del régimen de adjudicación en el que se otorgaban las minas a perpetuidad por servicios al Estado, por venta, e incluso por el pago anticipado de impuestos, y también se asignaban en el régimen legal de los estados federados, que como Antioquia, reconocía la propiedad del subsuelo a los dueños de los terrenos donde ocurrían minas de carbón, calcáreos y otros no metálicos. (Vargas, 2005, p. 15)

³⁸ Se diferencian de las expectativas legítimas en que estas no cumplen los requisitos legales para que se consolide el derecho.

³⁹ En dicha sentencia un ciudadano en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad presenta demanda contra los artículos 11 parcial, 36 parcial, y 288 de la ley 100 de 1993, artículos relacionados con el régimen de transición y el campo de aplicación de la ley. Esta providencia tiene una caracterización relevante sobre derechos adquiridos.

⁴⁰ Esta definición ha sido también recogida en las sentencias C-789 de 2002, C-983 de 2010, entre otras.

Como podemos ver, los dos puntos anteriores revelan grandes problemas relacionados con la multiplicidad de títulos y la propiedad de las minas y los minerales. El primero, las modalidades de titulación, ha sido considerado un verdadero obstáculo para el desarrollo de actividades mineras, así como para que se materialice la tan anhelada por el gobierno inversión de capitales extranjeros en minería. De hecho, como ya dijimos, la antigua multiplicidad de títulos fue uno de los principales argumentos que sustentaban la necesidad de crear un nuevo Código, que, como acabamos de decir, no tuvo la facultad de unificar el régimen de titulación por causa de los derechos adquiridos. El segundo, ha sido tomado como un problema menor, no por su naturaleza, sino por su situación fáctica: son realmente pocos los casos en los que aún existen derechos privados sobre el subsuelo o alguna explotación minera. Sin embargo, toda negociación que se realice con quienes ostentan estos derechos deberá regirse en principio por normas de derecho civil, lo cual modifica parcialmente la naturaleza de la negociación, y, al menos en teoría, excluye las limitaciones propias del derecho administrativo en general y del derecho minero en particular (en tanto su régimen de propiedad es otro)⁴¹.

La tercera cuestión a considerar se encuentra en el artículo 2 del Código, el cual describe su ámbito material, esto es, el alcance de las normas allí consignadas:

Art 2. Ámbito material del Código. El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia.

⁴¹ Ahora bien, no podemos desconocer que estos títulos mineros no están exentos del cumplimiento de las obligaciones técnicas y ambientales así como también están sujetos a la caducidad.

La generalidad de este precepto no debe hacernos caer en el absurdo de creer que dicho artículo permite que el código sea aplicado de manera preferente, incluso por encima de normas constitucionales. Como le expresó el demandante de la acción pública de inconstitucionalidad en sentencia C-891 de 2002⁴²:

Alega la demandante que las normas acusadas permiten que el Código de Minas, a pesar de ser una normatividad de inferior jerarquía, se aplique de manera preferente e incluso con prescindencia de las normas constitucionales que propenden por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente la participación de estos últimos en los asuntos que los afecta, así como del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Al respecto, la Corte considera que, simplemente, como sucede en cualquier ordenamiento de codificación normativa en el que se regule de manera completa, ordenada y armónica una materia, el artículo 2 del Código Minero se limita a señalar su ámbito material.

Por último, debemos abordar los límites a los derechos que se desprenden de la actual regulación de la actividad minera. El artículo 5⁴³ del Código de Minas nos devuelve al tema de la propiedad minera. Además de confirmar lo que antes mencionábamos sobre la propiedad estatal del subsuelo, introduce otro elemento a tratar: es necesario tener en cuenta que aparte de la existencia de derechos adquiridos, existe otro límite a esa propiedad estatal: los derechos que entidades

⁴² En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, una ciudadana, en representación de la Organización nacional Indígena de Colombia -ONIC-, demandó los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001, "por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones".

⁴³ Art. 5. Propiedad de los recursos mineros. Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.

públicas, particulares o comunidades tienen sobre los terrenos. Como lo plantea la Corte Constitucional en la sentencia C-891 de 2002:

Sin embargo, conviene advertir que el hecho de que los minerales sean de propiedad del Estado no puede considerarse en perjuicio de los derechos de que gozan los sujetos a los que se refiere la norma (otras entidades públicas, particulares, comunidades o grupos) sobre los terrenos en donde yacen dichos recursos naturales. Es de notarse que entre los referidos sujetos se encuentran, aunque tácitamente, los pueblos indígenas, por lo que fácil es concluir que la norma acusada es garante del ejercicio de los derechos indígenas sobre sus territorios, destacándose entre ellos el derecho de consulta. (Subraya fuera del texto) (C-891 de 2002)

La importancia del límite aquí preceptuado se torna más claro si tenemos en cuenta que el sistema de propiedad minera en Colombia es demanial⁴⁴. En él, la propiedad de las minas recae sobre el Estado mediante la figura del dominio público, que le da a éste la función de administración en beneficio de la colectividad.

Esta función de administración en beneficio de la comunidad tiene una expresión muy particular (y paradójica) expresamente consignada en el artículo 13 del Código Minero:

Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declarase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres.

⁴⁴ Al respecto ver: Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de febrero de 2010, expediente 33187 MP. Enrique Gil Botero.

Esto, a su vez, puede implicar que determinada superficie de un particular sea expropiada a favor del minero, o que dicha superficie y otros bienes inmuebles tengan que soportar servidumbres prediales en beneficio de la explotación, siendo estas servidumbres no voluntarias sino de orden legal. No obstante, amparado en ese mismo argumento de la utilidad pública, el Estado está obligado a buscar el desarrollo de la minería responsable, la protección del derecho a un medio ambiente sano, y a hacer prevalecer el interés de la comunidad sobre intereses privados.

Sin embargo, para los pequeños y medianos empresarios, y para la comunidad en general, en lugar de ser una medida benéfica, puede generarles cierta inseguridad, toda vez que con los mismos argumentos, (que por cierto, provienen de la Ley 20 de 1969⁴⁵) se podrían expropiar los bienes y derechos de los que ejercen la pequeña o mediana minería, o de cualquier persona, con el fin de integrarlos a proyectos de gran minería, y así acelerar y aumentar la producción minera del país.

Como podemos ver en este capítulo, el régimen de propiedad minera tiene unos elementos antagónicos. Por una parte, a pesar de los intentos legislativos, y por causa de los derechos adquiridos, existe hoy una gran multiplicidad de títulos mineros que dificultan el desarrollo de la actividad⁴⁶ y mantienen vigente una gran cantidad de regulaciones. Por otra parte, los minerales yacentes en el suelo y subsuelo pertenecen al Estado (también con la salvedad de los derechos adquiridos), lo que implica que es el director y parte activa de toda actividad de exploración y explotación minera. En desarrollo de lo anterior, tenemos que la

⁴⁵ Recordemos que la Ley 20 de 1969 ante las necesidades políticas de controlar a cabalidad las actividades de explotación minera y lograr una mayor eficiencia en la explotación de los recursos, fue la que eliminó el sistema de adjudicación y consagró en lo sucesivo la exploración y explotación de los recursos minerales mediante la concesión, aporte o permiso, conservando la república, en todo caso, el derecho de dominio, con el argumento de la utilidad pública.

⁴⁶ No obstante, la unificación de los títulos mineros, si bien puede facilitar la regulación de la actividad por parte del Estado, también podría constituirse en una forma de exclusión del desarrollo de la actividad por parte de los pequeños mineros.

actividad minera tiene como columna vertebral la categoría de actividad de utilidad pública e interés general, lo que la ubica en un lugar privilegiado y conlleva una serie de prerrogativas, como son la posibilidad de expropiación, las servidumbres mineras o la prevalencia de esta actividad sobre otras. Aquí entra la posibilidad de que algunos derechos considerados menores se vean sacrificados por la supremacía legal de dicha actividad.

A partir de este panorama general podemos, ahora sí, desarrollar sobre esta base el análisis de los diferentes discursos e intereses de los actores frente a esta actividad.

5. DISCURSOS ALREDEDOR DEL MEDIO AMBIENTE (CÓDIGO DE MINAS)

Como se ha expresado previamente en este texto, uno de los criterios diferenciadores de los discursos es el de los actores que los producen. En el tema ambiental, como podrá percatarse el lector, existe una gran dificultad para precisar el actor que genera este tipo de discursos y que ostenta la defensa de tales intereses, pues claramente hay una muy estrecha relación entre la sociedad en general y la protección del medio ambiente. Esto no sucede con los otros actores estudiados ya que, si bien es cierto que temas como la defensa de las comunidades étnicas, otras comunidades afectadas por la actividad minera y los intereses de la empresa minera se relacionan ineludiblemente con la sociedad en general, existe un grupo más determinado o determinable que será el principal impulsador de sus intereses.

Es por esta razón, por esas dificultades metodológicas en la definición del sujeto de estudio, que, en este capítulo, la determinación del actor pasará a un segundo plano. Nos referiremos a discursos ambientalistas, sin querer con ello hacer alusión exclusivamente a grupos ambientalistas u otras organizaciones de defensa ambiental, sino a todo agente que esgrima argumentos relevantes en defensa de estos intereses, nuestra intención es dejar a un lado la identificación del actor y analizar simplemente los discursos que ese actor acá indeterminado profiere.

Ahora, sabemos que el Código de Minas, como toda norma, ha sido una consecuencia jurídica resultado de la confluencia de una gran cantidad de factores políticos, jurídicos, sociales e históricos. En materia ambiental, cabe destacar el auge global de la protección al medio ambiente como resultado del cambio climático, el calentamiento global, el deterioro de la capa de ozono, entre otros, que son la materialización de una cierta preocupación mundial por el devenir medioambiental. De este modo, nace una necesidad de regular la conducta

humana en salvaguarda del medio ambiente, la cual jurídicamente ha permitido acuñar conceptos, reglas, principios y leyes que ejercen una clara influencia sobre nuestra norma objeto de estudio. Veamos algunos de ellos.

Una de las consecuencias políticas del fenómeno antes mencionado fue la Comisión Brundtland, constituida en 1983 por la ONU, que tenía como fin realizar una investigación sobre el impacto ambiental del cambio global, al ser evidente que el modelo de desarrollo de nuestras sociedades estaba generando variación en los ciclos biogeoquímicos y, así, desequilibrios climáticos y ambientales. Tras tres años de estudios, se produjo como resultado el reporte para la “World Commission on Environment and Development, bajo el nombre de: Our Common future”⁴⁷. En dicho reporte, se consolidó el concepto de “desarrollo sostenible” como aquel desarrollo que buscaba satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones presentes sin comprometer la posibilidad de satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras. A partir de ese momento, se empezó a publicitar el concepto de desarrollo sostenible y los diferentes ordenamientos jurídicos lo convirtieron en un principio con fuerza vinculante.

No obstante, hay que resaltar que la definición del concepto “desarrollo sostenible” no fue la más afortunada y dejó abierta la puerta a múltiples interpretaciones, incluso ideológicamente contradictorias entre sí, en las que nos detendremos más

⁴⁷ “Nuestro Futuro Común” (nombre original del Informe Brundtland) fue un intento relevante de eliminar la confrontación entre desarrollo y sostenibilidad. Presentado en 1987 por la Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, encabezada por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland, trabajó analizando la situación mundial en ese momento y demostró que el camino que la sociedad global había tomado estaba destruyendo el ambiente y generando pobreza y situaciones de vulnerabilidad. (World Commission on Environment and Development, 2012) No obstante, en 1972 se había realizado la Conferencia de Estocolmo, que si bien tuvo fuertes influencias en nuestra legislación al inspirar el Código de Recursos Naturales de 1974, no resulta tan relevante frente al concepto específico de “desarrollo sostenible” por lo que tomamos como punta de partida frente al desarrollo y consolidación de dicho concepto a el Informe Brundtland. Hacemos esta anotación con el fin de que no desconozcamos que dicho informe no es un primer hito en la normatividad ambiental internacional ni en la discusión de aspectos como la sostenibilidad.

adelante⁴⁸. En todo caso, una vez se acuñó el término, diversos actores se apropiaron de él para utilizarlo como un legitimador de su ideología de desarrollo. El Estado colombiano, por su parte, no estuvo exento de esta apropiación, planteándolo en el Artículo 194 de Código de Minas de la siguiente manera:

Sostenibilidad. El deber de manejar adecuadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente, es compatible y concurrente con la necesidad de fomentar y desarrollar racionalmente el aprovechamiento de los recursos mineros como componentes básicos de la economía nacional y el bienestar social. Este principio deberá inspirar la adopción y aplicación de las normas, medidas y decisiones que regulan la interacción de los dos campos de actividad, igualmente definidos por la ley como de utilidad pública e interés social. (Subraya fuera del texto)

Nótese que el Código parte del supuesto de que la minería puede y debe ser una actividad sostenible, supuesto que pondremos en duda cuando nos detengamos sobre el estudio de la sostenibilidad. Lo importante en este momento es resaltar que la norma en mención responde no solo a un interés nacional y estatal, sino también a una imposición conceptual internacional.

La influencia del ámbito global en el tema también es evidente en el papel que juegan los preceptos normativos internacionales; estos afectan de forma directa o indirecta la legislación nacional aunque no sean obligatorios⁴⁹. La comunidad internacional ha redactado algunos principios que tienen como base y razón de ser el desarrollo sustentable y sostenible y cuyo contenido ha contribuido y dirigido el desarrollo del régimen legal ambiental. Entre ellos podemos nombrar: “el principio de precaución”, “el principio de prevención”, y “el principio del que contamina paga”.

⁴⁸ Aunque las consideraciones sobre el contenido del “desarrollo sostenible” las veremos más adelante, es necesario introducir acá el tratamiento que hace el Código de Minas al concepto desarrollo sostenible antes de revisar la regulación internacional, ya que éste artículo y el grueso del código es coherente con unos principios internacionales de minería responsable que surgen precisamente de entender la minería como una actividad con posibilidades de sostenibilidad.

⁴⁹ Los principios internacionales a los que hacemos referencia no tienen fuerza vinculante, es decir que los Estados pueden libremente decidir si se acogen o no al desarrollo de proyectos mineros o de otro tipo bajo la observación de los mismos.

Según la comunidad internacional, el principio de precaución pretende ser una herramienta para alcanzar el “desarrollo sostenible” al constituirse como garantía para hacer efectivo el derecho a un ambiente sano para las presentes y futuras generaciones. *“El principio precautorio conlleva un cambio en la toma de decisiones en pro de la seguridad y la prevención en las actividades que puedan representar un riesgo para el hombre y el medio ambiente”* (Burgos, 2011, p. 244)

La principal virtud de este principio es que permite tomar decisiones anticipadas sin necesidad de pruebas técnicas o científicas, en tanto las tardanzas pueden generar pasivos para el medio ambiente o la sociedad. Así, se constituye en una especie de póliza para la protección de los ecosistemas, pues aconseja abstenerse de usos posibles pero indeseables de los recursos naturales. Pensemos, por ejemplo, en casos en los cuales el desarrollo de megaproyectos mineros puede generar grandes pasivos ambientales y donde la única información accesible es la que suministra precisamente el interesado en el desarrollo de tales proyectos⁵⁰. En esa situación, el principio de precaución podría frenar el proyecto centrándose en la necesidad de prevenir daños potenciales.

Desde el punto de vista económico, dicho principio busca evitar que en un mundo globalizado prevalezca la expectativa de beneficios económicos de particulares, o la búsqueda del desarrollo económico por parte de los Estados, sobre la incertidumbre respecto a eventuales daños para la comunidad o el medio ambiente.

⁵⁰ Un ejemplo podría ser el ya mencionado caso Santurbán. En él no existía información jurídica clara y precisa sobre la categoría de páramo ni el impacto ambiental que iba a generar el proyecto. Además, la información existente provenía en gran parte de la misma Compañía que realizaba la exploración. Según el principio de precaución, los funcionarios podrían detener la expedición de permisos ante la ausencia de información y la posibilidad de causar pasivos ambientales. Ahora bien, este es un caso hipotético, pues los funcionarios colombianos no están vinculados obligatoriamente por dichos principios, al menos no de forma directa, por su carácter de principios (buscan orientar y influenciar las nuevas normas, no contienen órdenes).

En cuanto al principio de prevención, éste fue incluido en la legislación colombiana a través del Código de Recursos Naturales Renovables⁵¹ y, como se verá más adelante, ejerció una fuerte influencia en el Código de Minas. La Declaración de Río lo ha definido de la siguiente forma: *“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un efecto negativo o considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.”*. Como podemos observar, la evaluación del impacto ambiental es la esencia de este principio, por tanto, en materia de explotaciones mineras, encuentra su máxima expresión en la exigencia de planes de manejo ambiental, licencias ambientales y demás permisos ambientales necesarios para el uso de los recursos naturales.

Es preciso aclarar que éste principio, a diferencia del de precaución, carece de incertidumbre. Todo lo contrario, los estudios técnicos y científicos sobre los impactos de ciertas actividades (en nuestro caso, de exploración o explotación minera) son los que dan el sustento a la elección de las medidas adecuadas para prevenir daños al ambiente o a la salud humana. Como plantea el profesor Burgos: *“Por lo tanto, cuando se hace un inventario de las zonas de alto riesgo para los asentamientos humanos o se hace una caracterización de la línea base ambiental de una región para otorgar o negar una licencia ambiental, se está aplicando el principio de prevención.”* (Burgos, 2011, p. 247)

El siguiente principio influyente para el sector minero es el de “quien contamina paga” y tiene sus bases en el principio 16 de la Declaración de Río: *“Las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de los instrumentos económicos, teniendo en cuenta el*

⁵¹ Decreto 2811 de 1974, Artículo 2: “(...) Prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.”. También está consignado en los artículos 1, 9, 10, 11, entre otros. Este principio podría decirse que es uno de los ejes fundamentales del Código de Recursos Naturales.

criterio del que contamina paga, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”

Según lo establecido en la Declaración, este principio consiste en que aquel que sea responsable de la contaminación tenga la obligación de asumir los gastos en que haya que incurrir para restaurar o mitigar los daños ocasionados. Sin embargo, del precepto antes citado, no se debe deducir que sea una autorización para que se causen perjuicios ambientales; no debe considerarse una patente para contaminar o una incitación a la contaminación para obtener recursos económicos.

Por el contrario, como expresa Jiménez de Parga,

...en una primera interpretación, puede entenderse que supone una exigencia dirigida al contaminador para que asuma todas las consecuencias derivadas del daño ambiental. En esta primera acepción, este principio se traduce en la obligación de reparar todos los daños o perjuicios. En una segunda acepción, no incompatible con la anterior sino complementaria, el principio pasa a tener una finalidad disuasiva más que restitutiva, como sostiene Torres Ugena (179), por cuanto que la obligación de reposición actúa, o debería actuar, como incentivo negativo respecto e todos aquellos que pretendiesen realizar una conducta igualmente lesiva para el medio ambiente (De Parga, 2001, p. 244).

Como ya hemos dicho, los principios anteriormente reseñados, resultado de una comunidad global consciente de que los recursos mundiales sufren una carga insoportable por cuenta de los seres humanos y atemorizada de los efectos que esto ha producido y está produciendo (calentamiento global, cambio climático, escases de recursos, entre otros.), ejercen una fuerte influencia sobre la actitud regulatoria del medio ambiente mundial y local. En consecuencia, en el ámbito global, a pesar de la vaguedad del concepto “desarrollo sostenible” es posible deducir que este último no puede ser implementado sin el principio de precaución, pues, aunque éste, a su vez, también resulta un tanto ambiguo en su contenido,

se ha entendido que implica un uso “racional” y adecuado de los recursos así como que se actúe de una forma más cauta. Por otro lado, basándose en la creencia de que el incentivo más efectivo para frenar las actividades generadoras de pasivos ambientales es imponer un costo económico, se ha desarrollado el principio de quien contamina paga, reconociéndose, así, la existencia de recursos limitados.

Volcando nuestra mirada al terreno nacional, ese desarrollo global es la razón por la que el legislador colombiano ha tenido la decidida intención de buscar lo que a su juicio y basándose en su propio entendimiento es el “Desarrollo Sostenible” a través de la implementación de normas que sean coherentes con las regulaciones internacionales. De esta forma, el régimen ambiental presente en las leyes en general y en el Código de Minas en particular está enmarcado dentro de un concepto de Estado Social de Derecho que parece cobijar la relación de los sujetos con su entorno⁵².

En este aspecto, una de las grandes virtudes de la carta de 1991, para los defensores de la misma, es haber establecido entre sus prioridades al tema ambiental, hasta el punto de ser considerada como una constitución ecológica⁵³.

⁵² Como veremos en las siguientes páginas, el Estado en general y la Corte Constitucional en particular, ha descrito que existe una cierta relación entre el individuo y su entorno, en la cual el bienestar del primero es inconcebible sin el bienestar del segundo. Luego establece que el eje central del Estado Social de Derecho es el individuo y de ahí se deriva la importancia del entorno y del medio ambiente, dotando así este último concepto con un componente social.

⁵³ La gran influencia que tuvo el tema ambiental en la Constitución de 1991 se ve reflejado en las mismas interpretaciones que la Corte Constitucional ha hecho de la misma. En sentencia C-11 de 1992, el Alto Tribunal consideró que la “Constitución ecológica” estaba constituida por más de 33 artículos de la carta, los cuales, de una u otra forma, implicaban la protección ambiental. Así mismo, en el mismo fallo, muestra la manera en que los preceptos internacionales influyeron de forma directa en la nueva norma fundamental de 1991. Antes del 91, Colombia había ratificado los siguientes pactos sobre la conservación del ambiente: **a.** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, **b.** Convenio Marpol, Convenio Internacional para prevenir la contaminación por buques de 1973. Con Protocolo de 1978. Ratificado por Colombia mediante la Ley 12 de 1981, **c.** Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por contaminación por hidrocarburos de 1969. Con Protocolo de 1976. Ratificado por Colombia mediante la Ley 55 de 1989, **d.** Convenio Solas, Seguridad de la vida humana en el mar. Con Protocolo de 1978. Ratificado por Colombia mediante la Ley 8 de 1980. Como se advierte, los Pactos Internacionales vigentes en Colombia dirigen en parte la protección constitucional al medio ambiente. Hoy en día, el tema ambiental es ciertamente más importante

Por su parte, las interpretaciones de la Corte Constitucional en el tema han desarrollado esas directrices. Por un lado, la Corte ha puesto como epicentro de las acciones del Estado Social de Derecho al individuo; es su desarrollo integral el que se constituye en su objetivo primero y prioritario. Ahora, el desarrollo de ese ser humano se concibe de una forma ampliada y relacional, como bien lo expresa la Corte Constitucional en los siguientes extractos jurisprudenciales:

El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política.” (Sentencia C-411 de 1992) (Subraya fuera del texto.)

Ese individuo se asume como un ser complejo que presenta múltiples dimensiones, y que como tal requiere, con miras al desarrollo pleno de sus potencialidades, satisfacer una serie de necesidades que hoy por hoy trascienden y superan las antaño denominadas necesidades básicas o primarias; una de esas necesidades es la que tiene que ver con la calidad y la racional utilización de los recursos propios del espacio en que se desenvuelve, con el cual tiene una relación directa, en tanto está integrado a él. (Sentencia C-534 de 1996⁵⁴) (Subraya fuera del texto)

Por otro lado, el Alto Tribunal considera que el individuo se ubicaba en un espacio

... determinado y determinable por sus características y singularidades, en materia de recursos naturales, las cuales contribuyen a diferenciarlo según su relación con el entorno que lo rodea”. Ello “implica una decidida protección del medio ambiente en el que se desarrolla, protección que dada su importancia se categoriza como principio fundamental en el Estado social de derecho y se consagra de manera expresa en la Carta Política como principio superior, cuya realización ha de concebirse armonizada con la de los demás principios de la Carta, pero de manera muy especial, dada su

que en ese momento (y en el futuro lo será aún más), por lo que, así como esas normas internacionales afectaron el régimen normativo nacional en esos años 90, los principios que mencionamos actualmente se ven y verán reflejados en gran cantidad de normas.

⁵⁴ En dicha providencia, un ciudadano en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó ante la Corte Constitucional la demanda contra el artículo 61 (parcial) de la Ley 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organizó el Sistema Nacional Ambiental SINA.

estrecha relación con los consagrados en los artículos 1, 79, 80, 287 y 334 de la C.P. (C-305 de 1995⁵⁵) (Subraya fuera del texto)

Así pues, la Corte Constitucional ha entendido que el medio ambiente es un eje central del Estado Social de Derecho, en tanto el individuo, para un adecuado desarrollo de su proyecto vital, requiere de un entorno sano que se lo permita. Por esta razón, el aparato estatal, conforme a lo establecido en la Constitución, debe dirigirse a la protección de un medio ambiente sano:

En verdad existe una relación de interdependencia entre los distintos ecosistemas, que hace inconveniente, cuando no definitivamente peligroso, el manejo aislado e independiente de los mismos por parte de las distintas entidades territoriales; ello no quiere decir que la competencia para su manejo este concentrada exclusivamente en el nivel nacional; al contrario, su complejidad exige, y así lo entendió el Constituyente, la acción coordinada y concurrente del Estado y las entidades territoriales. (Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1992⁵⁶)

Como podemos ver, es entonces a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 1º, 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías, los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes público, así como la defensa del ambiente, en tanto que éste es el entorno vital del hombre. Sin embargo, es necesario hacer una aclaración. Ese énfasis en el ser humano y su entorno no convierte al medio ambiente en un derecho fundamental ni le otorga un carácter de derecho individual o personal, y esta diferenciación es realmente importante, en tanto, el trato y la protección que se da a estas dos clases de derechos son diferentes.

La trascendencia del tema puede verse reflejada en el debate sobre el carácter fundamental o colectivo del derecho a gozar de un ambiente sano. ¿Es un

⁵⁵ En dicha Sentencia un ciudadano, presenta demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 44 de la Ley 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organizó el Sistema Nacional Ambiental SINA.

derecho fundamental que puede ser protegido por medio de la tutela? ¿Es un derecho colectivo protegido por las acciones populares? Después de una variedad de sentencias contrapuestas en uno y otro sentido la Corte llegó a la conclusión que la Constitución estableció el derecho a gozar de un ambiente sano como un derecho colectivo (T-453/98, C-794/00, T-203/10, C-595/10). Pese a ello, el Alto Tribunal dejó abierta la posibilidad de alegar una conexidad entre una afectación de un derecho fundamental y el medio ambiente. Es por eso que una persona puede considerar que la perturbación del ambiente afecta o amenaza de modo directo su vida pudiendo interponer para su protección una acción de tutela.

Así pues, de la Constitución Política de 1991 y de la interpretación que de la misma ha realizado la Corte Constitucional, podemos concluir que el derecho al medio ambiente sano se convierte en un límite para todas las actuaciones privadas y públicas. Esto tiene grandes implicaciones en el tema minero, en particular, en lo que respecta a los límites a la libertad económica y a la intervención del Estado en la economía.

Como habíamos anotado en el acápite anterior con respecto al ámbito de aplicación de la Ley 685 de 2001, la Constitución con su carácter de norma suprema dirige el rumbo de las demás regulaciones, así, el Código de Minas debe estar subordinado a la misma y a sus directrices ambientales. Varios son los artículos constitucionales que consagran este lineamiento. Por ejemplo, en el artículo 333 la Constitución establece la posibilidad de poner *“límites a la libertad económica, en función del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural”*. En palabras de Oscar Darío Amaya, *“El señalamiento de límites a la libertad económica supone la expedición de aquellas leyes conocidas como de intervención económica. La política ambiental y la variable ambiental dentro de la planeación económica, son herramientas idóneas de gobierno para modificar, reorientar e impulsar el crecimiento y el desarrollo económico a corto y a largo plazo.”* (Amaya, 2002, p.200)

El artículo 334⁵⁷, por su parte, consagra la intervención del Estado en la economía, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, con el fin de controlar el desarrollo ligado con la equidad, el uso racional de los recursos, y claro está, la integridad del medio ambiente.

Por último, el artículo 80 constitucional es especialmente influyente o vinculante, toda vez que exige que existan responsabilidades de todos los actores que afecten el adecuado manejo de los recursos y obliga a que se resarzan los posibles daños derivados de haberse contravenido esta regulación. Igualmente, al ser más específico, obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y a garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución⁵⁸.

Desarrollando estos parámetros constitucionales, la Corte Constitucional ha entendido que el Código de Minas debe ser interpretado a la luz de la protección ambiental. Así lo expresó en la Sentencia C-339 de 2002⁵⁹, en la que declaró la

⁵⁷ Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

⁵⁸ Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

⁵⁹ En esta sentencia, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, un ciudadano demandó los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la ley 685 de 2001 "por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones", por considerar que ellos vulneran el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18,

exequibilidad del artículo 34⁶⁰ de ese código, en el entendido de que para su aplicación, se debe seguir el principio de precaución (indubio pro ambiente): *“esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración y explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.”*

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al establecer que se deben respetar los preceptos constitucionales en materia ambiental aunque se realicen trabajos de explotación lícitos: *“el daño al ecosistema, así ello se haga en*

19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 38, 44, 58, 63, 65, 72, 79, 80, 82, 84, 85, 93, 95, 150, 158, 209, 230, 277, 288, 313, 333, 334, 360 y 366 de la Constitución.

⁶⁰ “Artículo 34. zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt.

No obstante lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2ª de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal.

Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no sustraída.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá los requisitos y el procedimiento para la sustracción a que se refiere el inciso anterior. Igualmente establecerá las condiciones en que operará la sustracción temporal en la etapa de exploración.”

desarrollo de una explotación licita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica. No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento de una franquicia para causar imprudentemente daños al ambiente.” (Subraya fuera del texto) (C-320 de 1998⁶¹)

A partir del análisis anterior podemos concluir que los lineamientos internacionales, el contenido de la Constitución nacional, su desarrollo jurisprudencial, así como un importante influencia que han logrado generar los actores que defienden el medio ambiente (que, como antes expresamos, es un grupo difuso pero que por la relevancia generalizada que ha tomado los temas medioambientales, tienen un apoyo mayoritario de la población y como consecuencia una fuerza considerable), se han convertido en los factores principales que han llevado a que el Código de Minas tenga una tendencia garantista en materia ambiental. Sin embargo, ello no deja de lado las contradicciones que el mismo contiene. Al respecto, en este trabajo, analizaremos algunos aspectos de dos elementos que ejemplifican sus contrasentidos: la sostenibilidad de recursos no renovables y zonas reservadas excluidas.

5.1 LA SOSTENIBILIDAD DE RECURSOS NO RENOVABLES: ASPECTOS AMBIENTALES

El Código de Minas establece su principio rector en su primer artículo⁶². En éste, se plantean sus objetivos, que son desde luego coherentes con la intención de

⁶¹ Mediante oficio recibido el cuatro 4 de junio de mil novecientos noventa y ocho, el Presidente del Senado de la República, hizo llegar a la Corte Constitucional el expediente legislativo del proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”,

⁶² Artículo 1o. Objetivos. El presente Código tiene como objetivos de interés público fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro

desarrollar la actividad minera conforme a las normas y necesidades nacionales e internacionales, como la protección al medio ambiente y la búsqueda del desarrollo sostenible. Su consagración es, sin duda, una expresión del precepto constitucional (artículo 80) que obliga al Estado a ser especialmente cuidadoso con el aprovechamiento controlado de los recursos.

No obstante, la minería consiste en la explotación de recursos naturales no renovables y, como antes se planteó, aún se discute si es posible (como consagra la Carta) lograr la restauración y sustitución de estos recursos naturales para lograr un desarrollo sostenible. Al respecto, la Corte Constitucional ha entendido dicho concepto de recurso no renovable, por oposición al de recurso renovable, de la siguiente manera:

Los recursos naturales se clasifican usualmente en renovables y no renovables. Los primeros, son aquellos que la propia naturaleza repone periódicamente mediante procesos biológicos o de otro tipo, esto es, que se renuevan por sí mismos. Por el contrario, los recursos no renovables se caracterizan por cuanto existen en cantidades limitadas y no están sujetos a una renovación periódica por procesos naturales. (Subraya fuera del texto) (Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1997⁶³)

Si ello es así, ¿cómo mantener un “desarrollo sostenible” o la sustitución de unos recursos limitados que no se renovarían, como está planteado en la Carta? ¿Qué tan sostenible puede ser una actividad que utiliza recursos no renovables? Un primer paso importante sería aclarar los alcances de conceptos como “recursos no renovables” y “desarrollo sostenible” para saber hasta qué punto una actividad como la minería puede o no ceñirse a normas más garantistas. Pero no hay acuerdo al respecto. El concepto es tan ambiguo que permite que se entienda de formas diversas y que cada actor lo moldeé a su cosmovisión. Así pues el

de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país. (subraya fuera del texto).

⁶³ En esta sentencia, un ciudadano presenta demanda de inconstitucionalidad contra el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal. En los argumentos de la Corte, se desarrolla claramente la diferenciación de los recursos naturales, en renovables y no renovables.

desacuerdo, tiene parte de su razón de ser en el hecho de que la concepción de desarrollo sostenible es diferente para cada uno de los actores. Es común encontrarse con la concepción de que el desarrollo sostenible se logra cuando hay un adecuado equilibrio entre los aspectos social, ambiental y económico, sin embargo, lo que se entiende por “adecuado equilibrio” varía si se está del lado “verde” o del lado “gris” (eso por no hablar de lo que la sostenibilidad implica en términos técnicos). Como bien lo dice el profesor José Vicente Zapata:

De una parte, esto no impedirá que los “verdes pasionales” consideren que el paradigma del desarrollo sostenible resulta ser la conceptualización de la tendencia clara de los “grises irreverentes” por lograr el tan deseado desarrollo a costa del ambiente.

De otra, tampoco podremos impedir que los “grises irreverentes” consideren que el desarrollo sostenible resulta ser más sostenibilidad que desarrollo y conlleva necesariamente el sacrificio de actividades económicas requeridas. Finalmente ni el desarrollo económico cesará ni la necesidad de proteger las condiciones ambientales en que subsiste la humanidad. (Zapata, 2006, p. 231)

Por su parte, El Código de Minas, en su Capítulo XX, denominado “Aspectos Ambientales”, refuerza la importancia de los conceptos de sostenibilidad y desarrollo sustentable, pero también nuestro argumento sobre la ambigüedad con la que se han definido ambos términos, y que ha permitido que hayan sido entendidos en pos de un interés determinado y utilizados simplemente para mostrar una postura de defensa ambiental aparente. Veamos:

Artículo 194. Sostenibilidad. El deber de manejar adecuadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente, es compatible y concurrente con la necesidad de fomentar y desarrollar racionalmente el aprovechamiento de los recursos mineros como componentes básicos de la economía nacional y el bienestar social. Éste principio deberá inspirar la adopción y aplicación de las normas, medidas y decisiones que regulan la interacción de los dos campos de actividad, igualmente definidos por la ley como de utilidad pública e interés social.

La adopción que hace la norma del término “sostenibilidad”, en realidad, desconoce una de las principales características del concepto, como es la

perdurabilidad en el tiempo⁶⁴, y más bien lo asocia con el uso adecuado y racional de los recursos mineros. Aquí se está dejando a un lado la verdadera identidad de la sostenibilidad. No se puede confundir este término con políticas adecuadas de manejo ambiental, pues son dos cosas completamente distintas; minería responsable no es igual a minería sostenible. Una cosa es que la actividad se realice conforme a los más adecuados aspectos técnicos y bajo el cumplimiento de las normas que la regulan, y otra muy distinta es precisar que la actividad se realizará bajo esos parámetros y, además, que el medio ambiente y los recursos a explotar permanecerán en ese lugar para el goce de generaciones futuras.

Así mismo, no debemos olvidar que el desarrollo sostenible tiene unos factores humanos y sociales, incluso éticos, en el presente y en el futuro. Si bien es cierto que uno de los ejes de desarrollo de un país puede ser el aprovechamiento de sus recursos no renovables, también es cierto que este tipo de desarrollo se lleva a cabo en un medio ambiente cerrado y finito, por tanto, el desarrollo sostenible debe permitir satisfacer necesidades de generaciones presentes y generaciones futuras. En el sector minero, tratándose de recursos naturales no renovables, y teniendo en cuenta los impactos que generan algunos tipos de explotación, no es tan claro que se puedan satisfacer las necesidades de las generaciones futuras (por no hablar de las problemáticas que afectan a las presentes), ya sean necesidades que hoy sufre la minería o necesidades que la actividad minera afectará (como daños ambientales o paisajísticos irreversibles).

Es evidente la tensión existente entre el desarrollo tal como hoy lo conocemos y la protección ambiental, y en cierta medida el conflicto se polariza por los puntos de partida conceptuales; es decir, no es posible una discusión productiva y enriquecedora si partimos de unos ideas base esencialistas o cerradas. Si prevalecemos solo una forma de desarrollo, si entendemos que solo existe una

⁶⁴ Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.

forma de desarrollo, si partimos de que la actividad minera puede ser sostenible, si partimos de que toda actividad minera es indeseable, no es posible lograr un acuerdo o cuando menos generar conocimiento a partir de la confluencia de perspectivas diferentes. Un buen punto de partida sería que los ambientalistas reconocieran la necesidad de la actividad minera para el desarrollo de nuestras vidas, y los defensores de la minería partir de que tal vez sea posible una minería responsable pero jamás una sostenible (salvo el barequeo)⁶⁵

Dicha tensión entre lo que podemos denominar “verdes pasionales” y quienes podemos llamar “grises irreverentes”, debería encontrar un justo medio en una nueva construcción dialógica del concepto de desarrollo sostenible. Es a partir de esa conceptualización en que podrían pensarse posibilidades para que la actividad minera pertenezca a esa categoría.

5.2 ZONAS EXCLUIDAS

El Código de Minas, en desarrollo de los preceptos constitucionales citados en este capítulo, establece unas zonas declaradas y delimitadas en las que, en principio, no se podrán realizar actividades de minería o ésta debe realizarse siguiendo unas condiciones; dichas zonas reservadas, excluidas o restringidas serán delimitadas por la autoridad con base en estudios técnicos, sociales y, desde luego, ambientales⁶⁶.

⁶⁵ El Barequeo por ser una actividad minera en la que se lava y recupera el oro que trae el río, por su casi imperceptible impacto sobre los recursos y sobre el ambiente, es una actividad sostenible, no en vano existe minería de barequeo en nuestro país hace más de 2000 años. (Castillo, 2012).

⁶⁶ Dentro de esas áreas se encuentran, por razones ambientales, los ecosistemas de páramo, los parques naturales y las zonas de reserva forestal. Igualmente, están las áreas cuya limitación se debe a razones sociales (tales como las zonas ocupadas por construcciones rurales, zonas de especial interés arqueológico o cultural, zonas mineras indígenas, reservas destinadas a proyectos mineros estratégicos de explotaciones tradicionales, entre otras), que trataremos en el capítulo “Discursos jurídicos alrededor de las comunidades impactadas por la actividad minera”; las áreas reservadas a proyectos especiales de minería, que trataremos en el capítulo “Discursos jurídicos de la empresa minera y frente a la misma.”; y finalmente, las áreas restringidas que obedecen a

En ese aspecto ambiental encontramos las zonas excluibles de la minería, consagradas en el antes citado artículo 34⁶⁷ del Código de Minas, en las que está prohibida la explotación minera por razones físicas, de ecosistemas, de conservación ecológica y por presencia de importantes fuentes de agua, entre otras. La exposición de motivos de la ley 685 de 2001 así lo ha expresado:

la legislación colombiana de minas, a semejanza de otras extranjeras y casi desde sus orígenes, ha querido sustraer de la actividad minera ciertas

razones de seguridad nacional, que, aunque son de vital importancia, no están dentro de nuestro objeto de estudio.

⁶⁷ Art 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt.

No obstante lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2ª de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal.

Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no sustraída.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá los requisitos y el procedimiento para la sustracción a que se refiere el inciso anterior. Igualmente establecerá las condiciones en que operará la sustracción temporal en la etapa de exploración.

PARÁGRAFO 1o. En caso que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga.

PARÁGRAFO 2o. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una vez entrada en vigencia la presente ley, en un término de cinco años, redelimitará las zonas de reserva forestal de Ley 2ª de 1959; en cuanto a cuáles son protectoras y cuáles no procurando la participación de la autoridad minera y de los demás interesados en dicho proceso.

PARÁGRAFO 3o. Para la declaración de las zonas de exclusión de que trata el presente artículo se requerirá un concepto previo no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.

zonas y lugares que por sus características especiales, su afectación a ciertos servicios o por ser inherentes a ciertos valores y bienes que podrían destruirse o deteriorarse con la obras y labores extractivas, deben conservarse fuera de estas actividades en forma absoluta. (Gaceta del Congreso, año IX 14 abril, 2000, tomado de Ricaurte de Bejarano p. 89, 2010).

Para que una zona sea excluida de la minería debe cumplir con tres requisitos: que la zona sea delimitada geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales; que se declare la zona específica dentro de alguna de las categorías antes señaladas mediante acto administrativo y, finalmente, que se cuente con concepto no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.

Pese a lo anterior, las discordancias prácticas y normativas del Código en este sentido, permiten ver la debilidad del discurso ambiental en el tema minero. Dos ejemplos ilustran nuestro argumento. En cuanto al primer punto, a pesar de la regulación presente en el Código, dada la dispersión de la normatividad vigente en el otorgamiento de permisos, licencias y concesión de títulos mineros, y su consecuente difícil interpretación, sumado al creciente afán estatal por desarrollar la industria minera, ha existido una mala gestión ambiental por parte de las autoridades mineras y ambientales. Éstas han concedido títulos indiscriminadamente sin atender a los requisitos o restricciones del caso. Muestra de lo anterior es que si bien la minería en páramos está prohibida legalmente, las autoridades han entregado títulos en estas zonas. Según informes de la Defensoría del Pueblo (2010, p.40), *“Del área total de páramos en Colombia (1’932.395 hectáreas), 108.972 hectáreas se encuentran concesionadas en un total de 391 títulos mineros (...);”* esto convierte esta actividad en una de las mayores fuentes de amenaza para la estabilidad ecológica de estos ecosistemas.

En cuanto al plano normativo, la posibilidad de realizar minería en algunas áreas excluidas es un buen ejemplo. Dentro de las zonas excluidas de la minería

tenemos las áreas que integran el sistema nacional de parques nacionales naturales, los parques naturales regionales, las zonas de reserva forestal, los ecosistemas de páramo y los humedales Ramsar. Ahora, cada una de estas zonas tiene una regulación diferente en el tema que nos concierne.

El Sistema Nacional de Parques Naturales, creado legalmente en el Decreto Ley 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales), presenta una restricción de carácter absoluto para actividades mineras, ya que son, en virtud de la Constitución, áreas inembargables, imprescriptibles e inalienables. En palabras de la Corte Constitucional:

La protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste. (Sentencia. C-649 de 1997)

En cuanto a los parques naturales regionales, el régimen es el mismo. La ley 99 de 1993 estableció tal diferenciación atendiendo al hecho de que su reserva, alindamiento y sustracción era competencia de la Corporaciones Autónomas Regionales. Sin embargo, al tenor del Código de Recursos Naturales y a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional son áreas absolutamente excluidas de minera.

Las zonas de reserva forestal⁶⁸ han sido definidas en el artículo 206 del Código de Recursos Naturales de la siguiente manera: “*Se denomina área de reserva forestal la zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente*

⁶⁸ Esta figura nace con la Ley 2da de 1959.

al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras - protectoras.”

En la actualidad, las zonas de reserva forestal son las siguientes: zona de reserva del Pacífico, zona de reserva forestal central, zona forestal de reserva del río Magdalena, zona de reserva forestal de la Sierra Nevada de Santa Marta, zona de reserva forestal de la serranía de los Motilones, zona de reserva forestal del Cocuy y zona de reserva forestal de la Amazonia. (Amaya, 2011)

Estas zonas, a diferencia de las anteriores, pueden ser sustraídas⁶⁹ siempre y cuando sea, según el Código de Recursos Naturales⁷⁰, por razones de utilidad pública o interés social. Si recordamos que el Código de Minas ha denominado la actividad minera como de utilidad pública e interés social, entonces, nada obsta para que un proyecto minero de gran envergadura se realice en esas zonas, simplemente existen unos mayores requisitos para realizar actividades mineras allí. Es más, como bien expresa la profesora Gloria Lucia Álvarez, en materia de minería es posible adquirir el título minero sobre estas zonas, simplemente *“la autoridad minera, al otorgar el título minero, debe informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal, y que, por ende, no puede iniciar actividades hasta tanto la autoridad ambiental haya sustraído el área.”* (Álvarez, 2011, p.45)

Para la sustracción, el concesionario minero debe presentar estudios sobre el área de reserva forestal que demuestren la coexistencia entre su actividad y los

⁶⁹ La sustracción implica que un área inicialmente protegida, debe serle sustraída su protección para el desarrollo de una actividad que, o bien no afecta considerablemente el ecosistema, o que es de especial interés y debe prevalecer sobre esa protección.

⁷⁰ Artículo 210. Si en área de reserva forestal, por razones de utilidad pública o interés social, es necesario realizar actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques, la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva. también se podrán sustraer de la reserva forestal los predios cuyos propietarios demuestren que sus suelos pueden ser utilizados en explotación diferente de la forestal, siempre que no se perjudique la función protectora de la reserva.

objetivos del área, ya sea para una sustracción temporal para exploración o para una definitiva para la explotación. Quién debe pronunciarse sobre estas solicitudes debe ser la autoridad ambiental encargada. Al respecto, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en resolución 918 de 2011 se pronunció sobre los requisitos para la sustracción de las áreas de reserva forestal y radicó en cabeza de las Corporaciones Autónomas Regionales el estudio y decisión sobre la solicitud de sustracción.

Ahora bien, en cuanto a la situación de estas áreas, aunque autores como el profesor Ponce de León expresan que, *“aún existe algún respeto por la existencia de reservas cuando se trata de decidir sobre la realización de obras o actividades que puedan afectarlas.”* (Ponce de León, 2002. p. 592), como el mismo asevera *“éstas áreas han sido objeto de muchas sustracciones que han disminuido su extensión notablemente”*. Así mismo, no se puede dejar a la buena voluntad de los funcionarios públicos o de los particulares la protección de esos ecosistemas.

En cuarto lugar, encontramos los ecosistemas de páramo. En este caso tenemos que centrarnos en dos puntos. Por un lado, la determinación de la existencia de un páramo. El conflicto del páramo de Santurbán muestra las problemáticas en este tema. La Resolución 769 de 2002 del Ministerio de Ambiente prescribe:

Artículo. 2º—Definiciones. Para los efectos de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones:

Páramo: Ecosistema de alta montaña, ubicado entre el límite superior del bosque andino y, si se da el caso, con el límite inferior de los glaciares o nieves perpetuas, en el cual domina una vegetación herbácea y de pajonales, frecuentemente frailejones y pueden haber formaciones de bosques bajos y arbustivos y presentar humedales como los ríos, quebradas, arroyos, turberas, pantanos, lagos y lagunas.

Páramo azonal: Páramos ubicados en zonas atípicas según condiciones edáficas y climáticas extremas y locales, caracterizándose por vegetación de tipo paramuno.

Pese a existir esa definición normativa (así sea en una resolución), el origen del conflicto en Santurbán parecía ser la calidad de páramo de la zona. ¿A qué se debía esto? Según el artículo 34 del Código de Minas la delimitación de estos ecosistemas debe realizarse conforme a estudios del Instituto Alexander Von Humboldt. En otras palabras, uno de los principales problemas que enfrenta esta categoría para ser eficazmente protectora es que, a diferencia de otras salvaguardas ambientales que mencionan claramente el área o la especie, es decir, se refieren de forma directa a la especie en vía de extinción o al lugar específico a proteger, el páramo no es en sí mismo una categoría jurídica de protección. Depende de una cartografía o de una categorización que haga una institución para ser objeto de la protección normativa.

En el caso en cuestión, el Instituto Alexander Von Humboldt no había incluido a Santurbán dentro de las zonas de páramo, a pesar de que el mismo claramente cumple con las características ecológicas de dichos ecosistemas. Es más, dado el artículo transcrito anteriormente, es claro que si bien no existe ese pronunciamiento, hay herramientas jurídicas no tenidas en cuenta para corroborar que Santurbán es materialmente un páramo y, por tanto, una zona excluida de la minería. De esta forma, la interpretación restrictiva y parcializada de la normatividad vigente en la materia está dando lugar a inseguridad jurídica para la empresa inversionista y generando un inmenso riesgo para el ecosistema y la población que se vería afectada por trabajos de exploración y explotación de forma directa e indirecta en esas zonas.

Por otro lado, tenemos los títulos mineros expedidos en zonas de páramo antes de la expedición de la ley 1382 de 2010 que por las razones que antes expresamos continúan vigentes⁷¹. Al respecto, presentando el punto de vista minero, Álvarez Pinzón asevera que

⁷¹ Ver capítulo “Análisis del régimen normativo de la propiedad en materia minera. (Ley 685 de 2001/Ley 1382 de 2010)”

Con base en parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1382 de 2010, el Ministerio de Ambiente y algunas corporaciones sostienen que en los ecosistemas de páramo solamente se respetarán las actividades mineras que a la entrada en vigencia de la presente ley reúnan las siguientes condiciones, hasta la fecha de vencimiento del contrato y sin derecho a prórroga:

- a. Que el área posea un título minero.
- b. Que dicho título minero se encuentre en etapa de construcción y montaje o en etapa de explotación.
- c. Que cuente con licencia ambiental o su equivalente.

Sin embargo, la posición ambiental considera que, debido al carácter general de las normas ambientales, estos títulos han perdido su vigencia. En palabras del Instituto Humboldt: *“Tal y como el Instituto Humboldt expresó en su intervención ante la Corte en el proceso de constitucionalidad del Código de Minas, la actividad minera en las zonas de páramos es contraria a la Constitución Política, independientemente de la existencia o no del Código de Minas, y en esa medida no se pueden adelantar actividades que afecten a los ecosistemas de páramos por tratarse de áreas de especial importancia ecológica.”* (Instituto Humboldt, 2012, p.2)

Por el momento, aún no sabemos cuál va a ser la interpretación oficial al respecto. De igual forma, preocupa lo que va a suceder en estos casos en el momento en que acabe la constitucionalidad condicionada que sobre esta ley dictaminó la Corte Constitucional, toda vez fue la ley 1382 la que consagró legalmente la protección.

Finalmente, en cuanto a los humedales, en virtud de lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo (Ley1450 de 2011), los humedales Ramsar están vedados para toda actividad minera de forma absoluta, mientras que en los otros humedales podrán restringirse esas actividades parcialmente⁷². Es de aclarar en la

⁷² Artículo 202, Parágrafo 2o. En los ecosistemas de humedales se podrán restringir parcial o totalmente las actividades agropecuarias, de exploración de alto impacto y explotación de hidrocarburos y minerales con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales

actualidad no existe una lista de humedales existentes en Colombia en los que se limite las actividades mineras, lo cual genera inseguridad jurídica para todos los actores implicados y desprotección ambiental de esas zonas. Es decir, en el tema de humedales, podría ocurrir lo mismo que en el ya muy mencionado caso Santurbán por la falta de reglamentación.

Como hemos visto en este capítulo, el discurso ambiental está presente en el código minero gracias a un agente difuso que ha pugnado por él en el campo jurídico. Existe un movimiento ambiental que día a día crece y que proviene no solo de organismos internacionales sino también de la comunidad nacional. En otras palabras, mundial y localmente parece haber emergido un sentimiento, una necesidad global y común a casi todos los habitantes del planeta en búsqueda de la protección al medio ambiente que claramente genera un impacto en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, su alcance es aún limitado como lo demuestra la retórica, la ineffectividad de las normas y la disputa en el significado de los términos ambientales. De esta forma, existe una gran cantidad de problemáticas en este punto: la reglamentación poco técnica, la fragmentación normativa, las políticas estatales que se contradicen unas a otras, la incapacidad de las instituciones, la corrupción de los funcionarios, la poca ética en el mercado y el mundo de los negocios, la necesidad de generar un cierto desarrollo necesario para mantener un cierto modelo social y político, entre otros. El reto del Estado será el de determinar, en primer lugar, cuáles son sus prioridades, para luego buscar un punto de equilibrio entre dos actividades que parecen necesarias: la actividad minera y la protección y cuidado del medio ambiente.

adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. El Gobierno Nacional dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la expedición de esta Ley reglamentará los criterios y procedimientos para el efecto. En todo caso, en humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la convención RAMSAR no se podrán adelantar dichas actividades.

6. DISCURSOS JURÍDICOS ALREDEDOR DE LAS COMUNIDADES IMPACTADAS POR LA ACTIVIDAD MINERA

Existe un grupo de comunidades, muy diversas y diferentes entre sí, que de forma directa se ven relacionadas con la minería, bien sea porque ellas realizan actividades mineras, porque poseen zonas de interés histórico, arqueológico o cultural en los lugares donde actualmente hay explotaciones mineras (o en zonas con gran potencial de explotación), o porque están asentadas sobre yacimientos mineros.

Atendiendo a los fines de este análisis, podemos decir que las diferencias existentes entre las diferentes comunidades implicadas relacionadas con la actividad minera son, a grandes rasgos, de dos tipos:

- **Diferencias fácticas:** dentro de este grupo, encontramos la naturaleza o la situación de la comunidad; es decir, la movilización de una identidad étnica o cultural claramente diferenciada, la forma en que se relacionan con la minería (si son explotadores o no) o la manera en que se ven impactadas por la misma.
- **Diferencias jurídicas:** Aquí hablamos de la regulación que ha hecho la norma de algunas diferencias fácticas, a partir de la forma en que la misma ha entendido la relación de esas comunidades con la minería. Este reconocimiento no ha sido en ningún momento espontáneo, por el contrario, ha sido el resultado de continuas luchas sociales y políticas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este capítulo abordaremos los discursos de las comunidades afectadas por la explotación minera, a través del estudio de tres elementos o puntos que muestran su presencia en el régimen minero y en otras normas que a su vez afectan al mismo. En primer lugar, miraremos los derechos de los grupos étnicos, que por su naturaleza tienen un trato diferenciado; ello nos

permitirá establecer diferencias entre los discursos (y la forma en que estos se presentan) sobre la protección de derechos y los mecanismos de participación garantizados que se utilizan frente a grupos étnicos y frente a comunidades que no poseen una identidad étnica clara. En segundo lugar, abordaremos las zonas reservadas y restringidas que buscan proteger los derechos de las comunidades que las habitan y que, además de los discursos al respecto, nos permiten también ver esas diferencias de participación que tienen las diversas comunidades. Por último, la minería tradicional y la exploración y explotación ilícita de minas (entendidas como esas actividades que no son desarrollada por empresas legalmente constituidas sino por individuos o miembros de la misma comunidad que ejercen minería de subsistencia, tradicional o actividades de explotación más o menos grandes sin título, y que a su vez generan impactos ambientales y sociales), esto con el objeto de evidenciar el tratamiento legal que se les ha dado y que claramente contiene una abundancia de discursos.

6.1 LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS ÉTNICOS

Una de las grandes diferenciaciones entre comunidades afectadas, tanto en el plano fáctico como normativo, es la que se ha configurado alrededor de grupos que ostentan una identidad étnica (actualmente la normatividad vigente establece a su favor una serie de prerrogativas y prelación que más adelante veremos en detalle). El desarrollo histórico de éste tratamiento legal tiene ciertas particularidades que nos obligan a tratarlo de forma separada y más detallada para una más completa comprensión del tema.

Mucho antes de la conquista española ya existía cierta actividad minera desarrollada por parte de los indígenas americanos, que, por cierto, constituía un factor importante dentro de la organización de sus sociedades. Así mismo, como vimos, durante la conquista y colonia española esa labor continuó teniendo un

gran valor para la metrópoli. Sin embargo, comenzaremos nuestro recuento un tanto más tarde con una de las primeras normas que contienen especificidades frente a los grupos étnicos en la época republicana, al ser esta época un punto de inflexión en cuanto a las regulaciones propiamente nacionales: a partir de la consolidación de la república, se fueron abandonando las normas españolas y fueron surgiendo lentamente las bases para la regulación actual.

Hacia el año de 1819, ya habían terminado las guerras civiles entre federalistas y centralistas, El Congreso reunido en Angostura (Venezuela) el 17 de diciembre de 1819 proclamaría la Ley Fundamental de la República de Colombia conformada por Venezuela y Nueva Granada, a la que posteriormente se anexaría Panamá. En ella, se dividió el territorio en tres departamentos: Venezuela, Quito y Cundinamarca, siendo sus capitales respectivas Caracas, Quito y Bogotá. En desarrollo de la misma también se promulgaron algunas leyes cuya razón de ser era la concepción de situación de atraso cultural del indígena frente a la sociedad nacional y a la necesidad estatal de “reducirlo a la vida civilizada”.

Más tarde, estas normas fueron recogidas en la Ley 89 de 1890, como el principal cuerpo legal rector de las relaciones Estado-Pueblos Indígenas, en el proceso de reglamentación de la Constitución Política de 1886. Esta Ley *“legalizaba una especie de barrera protectora alrededor de las Parcialidades Indígenas, al excluirlas del orden y disposiciones nacionales y reconocerles su derecho a gobernarse por Cabildos y según sus usos y costumbres* (Consejo Regional Indígena de Cauca (CRIC), 2005, p. 15). Así mismo, en este campo, *“son importantes los cambios logrados en normatividades sectoriales, que incluyeron la emisión de reglamentaciones específicas en salud, educación, tierras, etc.”* (CRIC. 2005, p. 15)

En adelante el recuento histórico, fue consultado generalmente del autodiagnóstico indígena minero del cauca, en tanto su naturaleza de

autodiagnóstico, de una vez nos ofrece un cierto discurso. En cuanto al tema minero, la Ley 89 de 1890 consagraba la posibilidad del uso de los recursos mineros en los territorios de las parcialidades en cabeza de las comunidades que los habitaban, y la administración de los mismos por parte de los Cabildos (Autoridades Tradicionales Indígenas reconocidas). Esta disposición se contraponía al, entonces, tradicional reconocimiento a la posesión individual en temas de minería, es decir, que el titular debía ser un sujeto específico y no la comunidad en general.

Ahora bien, es necesario resaltar que no solo los grupos indígenas tenían relación directa con la actividad minera. Durante la época de la colonia, la mano de obra esclava negra desplazó a los indígenas en la explotación material de gran parte de las minas, esto debido, por una parte, al reconocimiento de un status diferente para los Pueblos Indígenas, en tanto estaban organizados en colonias controladas por españoles, y por otra, a que los grandes propietarios mineros, dada la disminución de la población indígena, desplazaron fuerza laboral esclava y afro descendiente a la explotación minera, principalmente en el Litoral Pacífico, donde la riqueza minera era evidente.

Después de esa regulación especial, no hubo cambios en términos de la situación jurídica de los grupos étnicos en materia de minería hasta el 23 de diciembre de 1988. El Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas) estableció normas realmente novedosas y garantistas para las comunidades indígenas; así, consagró zonas mineras indígenas, zonas reservadas para explotaciones mineras indígenas⁷³,

⁷³ Artículo 123. Zonas mineras indígenas. El Ministerio señalará y delimitará, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Artículo 124. Territorio y comunidades indígenas. Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que aunque no poseídas en esa forma, constituyan ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales. Para los mismos efectos, se entiende por comunidad o parcialidad indígena el grupo o conjunto de grupos de origen

derecho de prelaciones⁷⁴, licencias especiales⁷⁵ y exención del pago de regalías e impuestos⁷⁶.

Para esa época, ya había tomado relevancia el tema de la identidad étnica, la cual se había logrado durante toda la década de los 80s, incluso desde antes con eventos como la fundación del CRIC y la “Quintinada” a través de luchas sociales y políticas de reivindicación, que claramente se vio reflejada en el Código y en la participación que lograron en la Asamblea Nacional Constituyente que daría vida a la nueva Constitución Política de 1991⁷⁷.

En el contexto internacional, durante la década de los 90, se vivía una fuerte movilización que generaba conflictos al interior de decenas de Estados alrededor del mundo. *“La idea de que la identidad cultural ancestral fuese más fuerte que el*

amerindio, con identificación con su pasado aborigen, que mantiene rasgo, usos y valores propios de su cultura tradicional y formas internas de gobierno y control social que lo distinguen de otras comunidades rurales.

Artículo 130. Áreas indígenas restringidas. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado social y religioso para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

⁷⁴ Artículo 125. Derecho de prelación. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que el Ministerio les otorgue licencia especial de exploración sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Esta licencia podrá comprender uno o varios minerales con excepción de carbón, minerales radiactivos y sales. El reglamento señalará el trámite y las formalidades de esta licencia especial.

⁷⁵ Artículo 126. Licencia especial. La licencia especial se otorgará de oficio o a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne, ciñéndose a las regulaciones que apruebe la División de Asuntos indígenas del Ministerio de Gobierno. Esta licencia no será transferible en ningún caso.

⁷⁶ Artículo 129. Regalías e impuestos. La explotación dentro de la zona minera indígena esta exonerada de toda regalía, canon e impuesto a la producción en la parte de esta que corresponda a la comunidad o grupo indígena.

⁷⁷ Algunas de las luchas por el reconocimiento de derechos tomaron las armas como medio de lucha, como es el caso del Movimiento Armado Quintín Lame. Dicho movimiento suscribió un acuerdo de paz con el Gobierno el 27 de mayo de 1991; en el éste ambas partes se comprometieron a designar y permitir un vocero permanente de esa organización ante la Asamblea Nacional Constituyente. Así, se posesionó como delegatario el indígena Alfonso Peña Chepe como representante del Movimiento Armado Quintín Lame, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1926 de 1990. A él se unieron los dos constituyentes indígenas elegidos por voto popular: Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry.

*orden estatal, de tradición clásica greco-romana, era impensable aún en el convulsionado mundo de los años 60 y 70, pero el surgimiento del conflicto hizo que se colocara en primer plano la necesidad de buscar mecanismos internacionales que reconocieran esta diferencia.*⁷⁸ (CRIC, 2005, p. 17)

En este contexto cobraba gran relevancia el derecho a la consulta previa, libre e informada. La Organización Internacional del Trabajo, en el año 1957, había adoptado el Convenio 107, que consagraba algunos derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. Las críticas no se hicieron esperar. Diversos sectores tildaban al convenio de llevar hacia la integración a la modernidad de estos pueblos, a los cuales denominaba “poblaciones”.

Como producto de la revisión del mencionado convenio, y a partir de las luchas de reivindicación y la necesidad de la autodeterminación de los pueblos, en el año 1989, la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Su importancia para la protección de los derechos de estos pueblos es capital. En palabras de Cesar Rodríguez Garavito: este es *“uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas. Es una herramienta jurídica vinculante para los 20 países que lo han ratificado desde entonces, y por tanto sus contenidos se han convertido en obligaciones jurídicas de los Estados que son parte.”* (Rodríguez, 2009, p. 16)

⁷⁸ Es importante anotar que el reconocimiento del multiculturalismo resultaba compatible, incluso afín al neoliberalismo, en tanto a través de él se reconocen los derechos de los diferentes grupos, pero al mismo tiempo se niegan los medios para que se haga efectiva y real la protección de esos derechos; es una forma de calmar y “domesticar las demandas étnicas”. (Rodríguez Garavito 2011).

Dentro de ese instrumento se consagró el derecho a la consulta previa, libre e informada⁷⁹. Éste es un derecho y un instrumento de los grupos étnicos que les permite participar en las decisiones sobre los asuntos que les conciernen y proteger su diversidad cultural y su integridad. Al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconocen los derechos de estos pueblos a la autonomía, al autogobierno, a la cultura propia y a definir sus prioridades en el proceso de desarrollo⁸⁰.

De esta forma, el Convenio 169 señala que *“las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse (...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*⁸¹. En el caso específico de los recursos naturales, el Convenio establece que se debe realizar la consulta: *“a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”*.⁸²

Esta influencia quedó recogida en la Constitución de 1991 y en la Ley 21 de 1991 en la que Colombia incorporó a la legislación nacional el convenio 169. Así mismo, debido a que el Convenio garantiza derechos humanos, éste hace parte del bloque de constitucionalidad⁸³, es decir, prevalece en el orden interno. Así mismo,

⁷⁹ Respecto a la consulta previa, es necesario precisar que el desarrollo jurisprudencial y doctrinario que se ha hecho del tema es tan profundo como extenso. Sin negar que la consulta previa es de suma importancia para la forma en que se relacionan las comunidades étnicas con los proyectos de desarrollo, nuestro estudio recae específicamente sobre la legislación minera. Por esta razón, solo nos referiremos brevemente a la consulta previa y al fallo que declaró inexecutable la Ley 1382 de 2010, esto con el fin de comprender una más de las tensiones existentes al interior de la normatividad.

⁸⁰ Convenio 169, artículos 2.b, 5, 7.1. Declaración, artículo 4.

⁸¹ Convenio 169, Artículos 6, 2.

⁸² Convenio 169, artículo 15-2

⁸³ Artículo 93 Constitución Política 1991. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

la misma Constitución contiene la figura de la consulta previa en su artículo 330⁸⁴ párrafo. En cuanto a los grupos afro-descendientes, en 1993, se expediría la Ley 70 y la Ley 99 (art. 76⁸⁵), que ampliarían su alcance a los proyectos de explotación de recursos naturales que se busquen realizar dentro de los territorios de las comunidades negras tradicionales. A partir de allí, la Corte Constitucional ha interpretado y ampliado los alcances de esta figura a través de sentencias de tutela y de constitucionalidad⁸⁶.

Así, tenemos que en Colombia, normativamente y conforme a lo establecido en el Convenio OIT 169, se debe realizar la consulta previa en casos como los siguientes: cuando se vayan a tomar medidas legislativas o administrativas

⁸⁴ Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

⁸⁵ Artículo 76. De las comunidades indígenas y negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la constitución nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

⁸⁶ Sentencias SU-039/97 (exploración de petróleo en territorio U' wa), T-880/2006 (exploración de petróleo en territorio Motilón Bari), T-769/09, (Mandé norte, sobre exploración y explotación de oro, cobre y molibdeno), T-129/2011 (Pescadito Chidima), C-418/2002 (declaratoria de zonas mineras indígenas), C-891/2002 (desestima el cargo de omisión de consulta previa respecto a Ley 685 de 2001), C-366/2011 (inexequibilidad con efecto diferido a dos años de la Ley 1382 de 2011 por omisión de consulta previa), C-395/2012 (ratifica que la consulta debe ser en la etapa de exploración) solo por citar algunas.

susceptibles de afectarles directamente; frente a los planes de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente; si se van a realizar actividades de prospección o explotación de los recursos minerales, del subsuelo, u otros existentes en las tierras de los grupos étnicos; para determinar programas de formación profesional; para la creación de sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente, para la enseñanza en la lengua propia; y finalmente, una situación importante para este caso y que analizaremos más adelante, cuando se quiera enajenar sus tierras o para la transmisión de sus derechos sobre estas fuera de su comunidad.

Los debates alrededor de la figura de la consulta previa también ha permitido el desarrollo de otra figura de gran importancia en la participación de los grupos étnicos, en particular, de las comunidades indígenas: el consentimiento libre, previo e informado⁸⁷. Éste se encuentra por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T 769/09 y, desde allí ha empezado a consolidarse en sus fallos subsiguientes (por ejemplo, sentencias T-129/11 o T-601/11).

Ahora bien, la consulta previa ha sido muy influyente en la transformación de la legislación minera en la actualidad, aunque no sin reticencias y contrapunteos. Como ya mencionamos, en sentencia C-366 de 2011, la Corte Constitucional declaró la inexecutable, con efectos diferidos a dos años, de la Ley 1382 de

⁸⁷ En este aspecto, la Declaración de los Pueblos Indígenas es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de Consulta, pues contiene el principio del consentimiento previo libre e informado. Su adopción no fue fácil, como nos lo presenta Rodríguez: *“La Declaración de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007 con 143 países a favor, cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); 34 Estados no estuvieron presentes en la votación. Posteriormente, los gobiernos de Australia y Colombia también decidieron adherirse. Colombia, sin embargo, con las siguientes salvedades: No admite que deba obtenerse el consentimiento libre, previo e informado para ninguna situación, ni la desmilitarización del territorio indígena, como tampoco la propiedad de estos pueblos sobre el subsuelo.”* (Rodríguez p. 12, 2009)

2010 (reforma al Código de Minas), luego de establecer que su trámite no garantizó el derecho fundamental a la consulta previa, el cual debió realizarse en la medida que éste es un asunto que afecta directamente derechos e intereses de pueblos indígenas y afro-descendientes. Los efectos del fallo se difirieron con el fin de evitar graves daños ambientales que podrían surgir de la inconstitucionalidad inmediata.

En los alegatos presentados por las partes y en la sentencia de la Corte Constitucional, podemos apreciar las luchas alrededor de este derecho y en relación con la materia minera. En cuanto a las comunidades étnicas, ellos, además de evidenciar los argumentos que se dirigen de forma directa a probar o sostener que se debió realizar la consulta previa o que el acto legislativo afecta a las comunidades étnicas, abren una ventana a través de la cual mirar los sentimientos y los impactos negativos⁸⁸ que la minería genera en los grupos étnicos. Es muy revelador que ante la necesidad de probar la posible afectación de la ley, que puede ser positiva o negativa (establecer el carácter benéfico o negativo del impacto social es uno de los fines de la consulta previa), expresen todos los daños que en su sentir les causa o podría hacerlo el desarrollo de actividades mineras bajo este régimen legal.

Por su parte, el Ministerio de Minas y Energía aprovecha la carga fáctica y emotiva de ese segundo tipo de cargos formulados por las comunidades para deslegitimarlos jurídicamente, al indicar que *“los demandantes, no presentan un cargo de constitucionalidad específico contra la norma demandada, sino que se restringen a emitir juicios de valor y acusaciones imprecisas, razones que no*

⁸⁸ A vía de ejemplo: por la militarización de las zonas de extracción y explotación minera: *“se les impone a los pueblos indígenas el rotulo de guerrilleros o auxiliares de la guerrilla para poder así adelantar hostigamientos armados en su contra.”* (C-366 de 2011). O *“las grandes transnacionales acreedoras de títulos mineros encuentran en la capacitación de mano de obra indígena y afro descendiente (quienes ante la ausencia de alternativas laborales se emplean en las minas) una forma de disminuir los costos de su nómina a través de la ejecución de contratos no laborales.”* (C-366 de 2011)

pueden dar lugar a un control de constitucionalidad.” (C-366 de 2011). En lo atinente al primer punto, ataca la afectación directa del acto legislativo a las comunidades indígenas, tribales y afro-descendientes, toda vez que “la reforma no modifica ni introduce normas que afecten de manera directa pueblos indígenas ni afro descendientes, no regula ni se refiere a su identidad cultural, a su organización social o económica ni a sus propias instituciones y creencias, ni a los derechos de los pueblos indígenas, a su territorio ni a su relación con él, no regula la titularidad ni la posesión de territorios colectivos (...)” (C-366 de 2011)

La Corte Constitucional en la sentencia confirma los parámetros internacionales y constitucionales, al reafirmar la consulta previa como un derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afro-descendientes que está consagrado en la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esa consulta previa debe garantizarse cuando se vayan a tomar medidas legislativas de carácter general que afecten sus derechos e intereses. La reforma al Código de Minas, al tener como objetivo “(i) regular el aprovechamiento de recursos mineros de manera competitiva; (ii) facilitar y ampliar la inversión, incluso de origen extranjero, en la actividad minera del país; (iii) formalizar las actividades mineras existentes y tecnificar las modalidades tradicionales y artesanales de explotación; (iv) incidir en el crecimiento económico y la superación de la pobreza; y (v) lograr conciliar la actividad minera con el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente” (C-366 de 2011), debió haber sido consultada previamente con los pueblos indígenas y las comunidades afro-descendientes.

En cuanto al Código de Minas en sí, este no contiene una norma específica sobre la participación de las comunidades étnicas en la toma de decisiones generales o específicas alrededor del tema minero, salvo que sea para participar de la actividad minera, a través de las zonas indígenas, afros y mixtas. Sin embargo, sí contiene disposiciones particulares que regulan sus derechos. El artículo 121, en

coherencia con las normativas internacionales, expresa: *“Integridad cultural. Todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo.”*

De este artículo se desprenden la regulación de las áreas mineras en territorios étnicos y las limitaciones que la ley consagra frente a la actividad minera en relación con esas comunidades. El siguiente acápite comienza con el análisis de este punto.

6.2 ZONAS RESTRINGIDAS⁸⁹

Con el objeto de mostrar la situación en la que se encuentran las comunidades étnicas y no-étnicas al interior de la norma, y la tenue influencia práctica que logran ejercer sobre la misma, para la defensa de su patrimonio histórico y cultural, nos centraremos aquí en dos tipos de zonas: reservadas y restringidas. Éstas se han escogido por ser las zonas en las que el Código ha establecido restricciones o reservas en razón de la comunidad que las habita, es decir, analizaremos los preceptos que tienen una clara relación con las comunidades⁹⁰.

⁸⁹ La diferencia fundamental entre estos dos tipos de zonas radica en que mientras las primeras están destinadas a proyectos especiales de explotación, se reservan por razones específicas, las zonas restringidas permiten la explotación bajo ciertas restricciones, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

⁹⁰ Las zonas excluidas de minería fueron analizadas en el capítulo precedente al estar enfocada en la protección ambiental.

En primer lugar, tenemos las zonas mineras indígenas⁹¹ como ejemplo de zonas restringidas; éstas son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una parcialidad, comunidad o grupo indígena en las que se desarrollan actividades de minería por parte dicho conglomerado. Las actividades de explotación minera dentro de estas áreas son permitidas para un tercero ajeno a la comunidad, siempre y cuando se haya respetado el derecho a la participación de la comunidad y la correspondiente autoridad comunitaria no hubiere ejercido su derecho de preferencia para obtener el título minero. En esa normatividad que rige estas zonas es fácil percibir la lucha en el campo de lo jurídico cuando se reguló la materia.

Para el Consejo Regional Indígena del Cauca, el principal logro del Movimiento Indígena Colombiano en la legislación minera fue precisamente la creación de las zonas mineras indígenas como figura legal de protección al patrimonio minero colectivo. *“Éstas se basaban en el concepto de Tierra/Territorio consagrado por el Convenio 169. Las zonas mineras indígenas ofrecían tal protección en virtud del Derecho de Prelación para que el Ministerio de Minas y Energía otorgara Licencias Especiales Mineras ó derechos de usufructo de los minerales existentes en dichas zonas, a favor de las Comunidades Indígenas titulares de las mismas.”* (CRIC. p. 17, 2005)

El derecho de prelación al que se refiere la norma y el Consejo Regional, se encuentra regulado en el artículo 124 del Código en los siguientes términos: *“Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue*

⁹¹ “Artículo 122 Código de Minas. Zonas mineras indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.”

concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.”

De esta forma, cuando un tercero solicite un título minero en un zona minera indígena⁹² para realizar actividades de exploración y explotación minera, la autoridad minera, a través del Ministerio del Interior, debe comunicarlo a las autoridades indígenas respectivas, con el fin de que en el término de 30 días hábiles ejerzan su derecho de preferencia sobre los proponentes particulares y obtengan para sí la concesión minera del territorio. Si dentro de ese lazo la comunidad no ejerce su derecho, el área quedará libre y podrá ser otorgada en concesión al particular interesado, claro está, vinculando a la comunidad mediante los mecanismos previstos en la ley.

Como se desprende de la última parte del acápite anterior, la exploración y explotación en esta zona debe ajustarse a las disposiciones especiales sobre protección y participación de las comunidades. Esto significa que las propuestas que presenten los particulares dentro de este territorio deben ser resueltas con la participación de los representantes y líderes de la comunidad, lo que implicaría la realización de la consulta previa sobre el proyecto a desarrollarse en esa zona. Es importante tener en cuenta que una vez no se ejerza el derecho de prelación, el área pasa a ser un área corriente y el proyecto se registrará por las normas generales.

Ahora bien, el discurso indígena no es el único en la regulación de las zonas mineras indígenas. La influencia de otros actores también se encuentra presente. Según se desprende de la lectura de la ley, las áreas mineras indígenas serán señaladas y delimitadas por la autoridad minera con base en estudios técnicos y sociales. En otras palabras, es el Estado utilizando su capital simbólico el que definirá desde su perspectiva y su concepción el concepto de “territorio” (el cual no

⁹² El derecho de prelación de las comunidades negras tiene el mismo trámite y se le aplican las mismas condiciones que a las zonas mineras indígenas. Sin embargo, el tratamiento de ambas zonas difiere en algunos sentidos. (INVIAS, 2012)

es un concepto pacífico ni unidimensional) o cuáles deben ser las áreas restringidas; esto, a pesar de que en ocasiones las comunidades tienen una cosmovisión diferente a la estatal y deberían ser ellas quienes determinaran la zona en la que desarrollan su actividad. Pensemos, por ejemplo, los problemas que enfrentaría esta norma frente a actividades de barequeo en las que se recoge el oro de las playas del río, sin establecerse un lugar determinado de explotación; en ese caso surgirían preguntas como: ¿cuál es la zona minera?, ¿cuáles son sus límites?, ¿cómo ejercer la prelación sobre un lugar relativamente indeterminado?

El desequilibrio entre comunidades y estado en la determinación de estas zonas fue claramente percibido por la Corte Constitucional, quien, en sentencia, C 418 de 2002, determinó que el artículo 122 era condicionalmente exequible. Es decir, continúa en el ordenamiento jurídico *“bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991”* (C 418/2002⁹³)

Por otra parte, existe una clara diferencia entre lo estipulado por el Código de Minas de 1988⁹⁴ y el Código de Minas del 2001 en lo referente a la definición del territorio indígena. En el anterior Código de Minas se contemplaba la figura de “zonas de reserva minera indígena” dentro de la categoría de “zonas restringidas para la minería”, dentro de las cuales no eran permitidas las actividades de exploración o explotación minera, salvo que se adelantaran con el concurso de las comunidades Indígenas. Los territorios que podrían cubrir estas zonas eran los de resguardos, y donde no existieren éstos legalmente constituidos, las áreas que se

⁹³ En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, un ciudadano demandó el artículo 122 de la Ley 685 de 2001 "por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones".

⁹⁴ Artículo 10. Zonas restringidas para actividades mineras. Podrán adelantarse actividades mineras en todo el territorio nacional, exceptuadas las siguientes áreas: f) En las zonas que constituyen reserva minera indígena, salvo que sin detrimento de las características y condiciones culturales y económicas de los respectivos grupos aborígenes, se puedan adelantar labores mineras por ellos mismos o con su concurso, con la autorización del Ministerio, previo concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno.

delimitaran con esa finalidad; es decir, podían hacerse extensiva a todos los territorios indígenas con o sin título.

El código de 2001 cambió la directriz al establecer que dichas zonas se constituirían y señalarían de acuerdo a “(...) *las áreas poseídas en forma regular y permanente por un Grupo, Parcialidad o Comunidad Indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991(...)*” (Artículo 123). Esta redacción ha permitido una interpretación restringida de la norma en la que se reduce el alcance de la protección de las zonas mineras a los resguardos indígenas o a los territorios con título. Este peligro ha sido percibido por los grupos indígenas, como queda claro en la siguiente larga cita:

Ya de por sí la figura de los Resguardos no cubre la totalidad de Territorios Indígenas y su existencia mayoritaria está en la región andina por su carácter de protección al desplazamiento y titulación individual de los pocos predios económicamente rentables que les quedaron luego de las nuevas leyes republicanas (incluidos las pocas posibilidades de explotación minera que les quedaban, luego de que fueran excluidas por la corona española para adjudicárselas a españoles), y ahora el concepto se reduce a las áreas de habitación permanente y “regular.” (...) “Al respecto, debe explicarse que la exigencia de títulos de Resguardo para delimitar los Territorios Indígenas resulta contraria a la norma internacional que conceptúa Tierra como el espacio de habitación social, económica, cultural, espiritual y ambiental de un Pueblo. Ello debido a que la figura de Resguardos tampoco fue erigida desde la concepción de la diferencia cultural, sino fruto de una negociación para impedir el exterminio cultural de éstos pueblos y su total desalojo por las políticas de conquista europea, por lo que protegieron los territorios a los que habían sido desplazados después de 100 años de conquista armada. Éstos, por lo general, ya constituían sólo las zonas de reserva cultural y ambiental de éstos grupos –por su fragilidad ecológica- y en los cuales debieron también hacer explotación económica (CRIC, 2005, p. 20).

Finalmente, uno de los puntos más álgidos en el análisis de las zonas mineras para grupos étnicos es el que tiene que ver con el modelo de desarrollo en el que están basadas. Dichas zonas tienen como objeto la puesta en marcha de proyectos de explotación minera, ya sea por las comunidades o por terceros. Por tanto, el grupo étnico está obligado a realizar la actividad minera para protegerse

de la llegada de terceros, o a realizarla de determinada forma. Recordemos el ejemplo que antes mencionábamos sobre una zona en la que la comunidad desarrolle actividades de barequeo a orillas de un río, ésta tendría la necesidad de indicar un territorio determinado (algo contrario a la actividad de barequeo) o realizar actividades de explotación aluvial con dragas, con el fin de ubicarse en un lugar, esto es, modificar su forma de explotación.

La posición del Consejo Indígena del Cauca es muy dicente al respecto:

Por último, al parecer es claro que las figuras legales que den un “trato preferencial” a los pueblos indígenas no parten del reconocimiento de una diferencia en la práctica minera, sino de la inclusión de principios de la lucha indígena internacional reconocidos en herramientas tan importantes como el C169-OIT. Así, en general, la práctica sigue regulada desde la concepción del libre-mercado y el fomento a la inversión en esta industria, como su tendencia al desarrollo de la gran explotación. La contradicción de fondo entre los ámbitos minero y ambiental y la competencia de sus instituciones encargadas tampoco tiene en cuenta la diferencia cultural en el ejercicio. (CRIC, p.23, 2005)

Las segundas áreas a tratar en este acápite son las de minería restringida. Aquí nos centraremos en tres: las que se encuentran en los perímetros urbanos de ciudades o poblados, las áreas ocupadas por construcciones rurales y las de especial interés arqueológico, histórico o cultural. En cuanto las primeras⁹⁵, el Código preceptúa que es posible realizar actividades mineras *“dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas”*. Esta redacción podía abrir la posibilidad de realizar minería en áreas urbanas en las que no estuviera prohibido por las

⁹⁵ Artículo 35 Código de Minas. Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

a) (condicionalmente exequible) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras.

normas municipales pero sí por las normas ambientales. Teniendo en cuenta este peligro, la Corte Constitucional, en sentencia C-339 de 2002, declaró condicionalmente exequible este artículo bajo el entendido de que las restricciones en él contenidas también incluían los condicionamientos ambientales:

La restricción de la minería en el perímetro urbano de las ciudades y poblados se encuentra sujeta a las normas ambientales y de ordenamiento territorial vigentes, agregando una exclusión de la explotación y exploración minera en aquellas áreas donde las normas territoriales lo prohíben expresamente. Para la Corte es obligatorio advertir que dentro del perímetro urbano de las ciudades y poblados, donde no estén prohibidas las actividades mineras, estas actividades solo podrán efectuarse previo cumplimiento de las normas ambientales.

Así las cosas, podemos decir que la regla general es que la minería está permitida en áreas urbanas, salvo normas especiales que lo prohíban expresamente en determinadas áreas. Sin embargo, el alcance de esta prohibición es limitado y muestra la posición en la que se encuentran las comunidades afectadas no étnicas frente a un proyecto minero⁹⁶. ¿Puede oponerse una comunidad a través del ordenamiento territorial a la realización de una actividad minera en el territorio que habitan? La profesora Ricaurte de Bejarano nos da elementos para el debate: “(...) es necesario tener en cuenta adicionalmente lo establecido en el artículo 38 del código de Minas y en el Decreto 2201 de 2003, que señala la inoponibilidad de los planes de ordenamiento territorial a las actividades de interés público, como lo es la minería de conformidad con el artículo 13 de este estatuto.” (Ricaurte, 2010, p.106).

⁹⁶ Ese tema juega un papel fundamental en las pugnas sobre el tema minero en varias regiones en el país. El caso de Jardín lo ejemplifica muy bien. Allí se celebró un cabildo abierto, realizado por solicitud de la Mesa Ambiental, para plantear al Concejo Municipal la no inclusión de la minería en el Plan de Desarrollo Municipal y en el Esquema de Ordenamiento Territorial. Al excluir esta actividad se buscaba reafirmar la vocación agrícola y turística del territorio y exigir el derecho al agua y a un ambiente sano. Esta propuesta de no a la minería fue apoyada por el Concejo Municipal, así como por el Alcalde. (CENSAT, 2012)

Las áreas ocupadas por construcciones rurales⁹⁷ son un ejemplo más de la abundante inseguridad jurídica de nuestro Código y el desinterés del Estado en comunidades no necesariamente étnicas frente al tema minero. Este último establece que se podrán realizar actividades mineras (con el lleno de los requisitos de ley) siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores. ¿Puede una persona negarse a una actividad considerada de interés público como es la minería? ¿Cómo se equilibran los derechos sobre el suelo y los derechos sobre el subsuelo? Hasta el momento, no existen especificaciones o regulaciones específicas que señalen los requisitos, formalidades y el trámite necesario para poder realizar actividades mineras en estos casos.

Finalmente, trataremos las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural⁹⁸. La autorización para desarrollar la actividad en este caso debe provenir de la autoridad competente. La pregunta aquí es ¿quién es la autoridad competente? La Corte Constitucional⁹⁹ señala que ésta comprende, en sus respectivos ámbitos de competencia, a la autoridad minera, a la autoridad ambiental y a las autoridades encargadas de cuidar del patrimonio arqueológico histórico y cultural. Sin embargo, esto no resuelve el asunto. No existe claridad sobre cuál es la autoridad específica encargada de restringir la actividad minera por considerar que se encuentra en una zona de interés arqueológico, histórico o cultural. Tampoco sabemos bajo el cumplimiento de qué tipo de requisitos, en qué momento de la actividad, o qué es un interés arqueológico, histórico o cultural.

⁹⁷ Artículo 35 Código de Minas. Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

b) En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores.

⁹⁸ Artículo 35 Código de Minas. Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente.

⁹⁹ Sentencia C-339/02.

6.3 MINERÍA TRADICIONAL Y EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE MINAS

Como tantas veces se ha expresado en este documento, con el actual modelo de desarrollo se pretende que en Colombia la minería sea un factor estratégico y determinante dentro del crecimiento económico del país, al ser considerables los suelos que dentro del territorio tienen “vocación minera” y los diversos productos de esta industria que de allí se podrían extraer. Así mismo, ha quedado claro que uno de los procesos de desarrollo que más riesgos e impactos ambientales puede generar es el minero. Aún con los controles estatales previos o concomitantes a la ejecución o explotación de un proyecto minero, no se garantiza la no generación de impactos nocivos ni que las medidas de compensación, mitigación o corrección de esos impactos sean suficientes. Sin embargo, son esos controles el medio idóneo que el Estado ha encontrado para proteger los derechos individuales y colectivos de los colombianos en el tema.

Ahora bien, el anterior planteamiento se predica de la actividad minera que se somete al sistema jurídico. Es decir, aquella que para la realización de la exploración y explotación minera cumple con los correspondientes trámites administrativos ante la autoridad minera o ambiental (título minero y plan de manejo ambiental, permisos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales y licencia ambiental, respectivamente). En esta ecuación se excluye, se criminaliza o se intenta controlar de alguna forma la minería que se aparta de la norma y rehúye a la potestad y el mandato de las autoridades estatales, en el entendido que son aún mayores los efectos perjudiciales de todo tipo que puede generar. El panorama de esta última, es decir, de la minería catalogada como “ilegal”¹⁰⁰, está

¹⁰⁰ La minería ilegal ha sido establecida en el Glosario minero como: “*Minería ilegal: Es la minería desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde*”

plagado de múltiples factores y externalidades que la rodean y alimentan. Un primer punto a tratar es el papel que ha jugado el estado en su proliferación, y que se ve evidenciado en la ausencia de control estatal, la falta de información, la carencia de ordenamiento territorial, la poca confiabilidad en el sistema legal, entre otros.

Para el Banco Interamericano de Desarrollo, en su “diagnóstico sobre la preservación y explotación de recursos naturales en América Latina”, es urgente que los Estados *“atiendan a la necesidad de formalizar la actividad minera.”* (BID. P. 8, 2009). Según el organismo, la falta de control del Estado sobre la explotación de los recursos del subsuelo contrasta con el creciente hallazgo de zonas de potencial explotación minera. Así, en la práctica, frente a la insuficiente gestión pública de los recursos, se presenta una demanda creciente por parte de los particulares, tanto nacionales como extranjeros, de los mismos. Ante esta situación, el resultado es la informalidad. En efecto, si la intervención del Estado resulta engorrosa, desactualizada, desarticulada y poco eficiente, los particulares no están incentivados para respetar la legalidad y, como es obvio, acuden a otras vías que, además, obedece en los casos de explotaciones mineras de tamaño considerable al reprochable propósito de maximizar las utilidades o evitar al máximo el control estatal.

El panorama es, entonces, el de la proliferación de la minería ilegal en los distintos países de la región. Ello, según la Organización de la Naciones Unidas, afecta el control y la administración de los recursos del Estado y, en esa medida, genera un enorme costo, toda vez que afecta los ingresos tributarios y, lo que es más grave, menoscaba la oferta ambiental, corazón de la subsistencia de una comunidad. (ONU, 2011)

la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia.” (Ministerio de Minas y Energía del Glosario Técnico Minero, 2012). Así mismo, cuando se desarrollan actividades mineras por fuera del título concedido, amparado en el mismo, se está ante una explotación ilegal y da lugar a la caducidad.

En el contexto nacional, esta descripción supranacional encaja sin mayor dificultad en tanto, las explotaciones ilegales en Colombia constituyen un inmenso porcentaje.¹⁰¹ El hecho de que el sistema legal minero, sea ambiguo y poco claro, genera que en lugar de que la minería ilegal se someta a sus parámetros y exigencias, se incentive aún más en detrimento de aquella que sí acata la normatividad vigente. La ilegalidad se constituye así como la posibilidad más cómoda ante una legalidad complicada, compleja y colmada de requisitos sin ninguna claridad. También es innegable que en muchas ocasiones las explotaciones ilegales se ubican en terrenos permeados por otros factores de desequilibrio tan complejos como el conflicto armado y el narcotráfico, los cuales generan una evidente desestabilización estatal y social.

Un segundo punto de vital trascendencia en el análisis de la minería “ilegal” es el tipo penal consignado para combatirla. El Código de Minas en su artículo 159¹⁰² considera como delito de explotación ilegal de yacimiento minero aquella actividad exploratoria o de extracción de minerales, bien sean de propiedad de la Nación o de particulares, que se desarrolla sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de la propiedad privada donde se ubique el proyecto.

Resulta claro en la exposición de motivos de la ley 685 de 2001 (Congreso de la República, 2000) que el tratamiento penal aquí consignado no era nada nuevo; por el contrario, contemplar expresamente como delito el aprovechamiento ilícito de recursos minerales era volver a la situación jurídica anterior a 1999. Otra vez se estaban regulando las modalidades que puede revestir la explotación ilícita de

¹⁰¹ En Colombia, se producen al año 53 toneladas de oro de las cuales 10 son extraídas por empresas legalmente constituidas. (Revista Semana p. 23, 2012)

¹⁰² Artículo 159. Exploración y explotación ilícita. La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.

minas: explotar sin contrato de concesión, fuera de él, o sin título válido de propiedad privada de las minas.

Ahora, como vemos, el artículo 159 cita el Código Penal. Éste, en su artículo 244, determina que será delito la conducta de aquel que sin permiso de autoridad competente o incumpliendo la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero y cuyas consecuencias se reviertan en una afectación grave del entorno ambiental, donde esa actividad se desarrolle. Se establece, como sanción penal, una pena de incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, para el responsable de la explotación ilícita, la inhabilidad por cinco años para obtener del Estado concesiones mineras¹⁰³.

A mi modo de ver, el principal cuestionamiento alrededor de la minería ilegal no ha sido el de establecer las políticas o las sanciones para combatirla, sino la incapacidad normativa de diferenciar lo legal de lo ilegal y las diferenciación que de facto existen en el rango de la ilegalidad. Es aquí donde se hace evidente la problemática de comunidades que han ejercido la minería desde hace tiempo de forma tradicional o que han encontrado en esta actividad un medio de subsistencia; si estos no cuentan con un título minero, quedan cobijados bajo la categoría de la ilegalidad. Ahora bien, aunque el legislador es consciente de la existencia de diferentes situaciones (por ejemplo, la de aquellos que han desarrollado esta actividad de forma continua en el tiempo por generaciones) y por eso establece diferenciaciones, sin embargo, por aspectos probatorios y de requisitos en la práctica, es realmente complejo acreditar la calidad de minero tradicional.

¹⁰³ Artículo 163. Inhabilidad especial. Quien haya sido condenado por aprovechamiento ilícito o por exploración o explotación ilícita de recursos minerales quedará inhabilitado para obtener concesiones mineras por un término de cinco (5) años. Esta pena accesoria será impuesta por el juez en la sentencia.

Los discursos que contiene el Código de Minas con respecto al tipo de minería que realizan estos sectores muestra la poca fuerza o capital que han tenido ellas dentro de las pugnas en el campo jurídico y el real modelo de desarrollo que en el tema minero se concibe para Colombia. Tres ejes sustentan mi afirmación: el carácter ambiguo de las definiciones que consagran estas clases de minería, la evaluación de los daños que las mismas ocasionan y los procesos estatales que han buscado su legalización. Empecemos con el primero.

El legislador, conocedor de la existencia de los pequeños mineros en el país, ha consagrado diferentes tipologías intentando de esta forma regular su labor. Sin embargo, el ordenamiento minero no ha logrado diferenciar a plenitud las diferentes clases de pequeña minería de la minería ilegal. Es más, en ocasiones, utiliza características definitorias para determinar un tipo de minería independiente, cuando muchas veces un tipo de actividad puede encajarse en varias de estas categorías de forma simultánea. Según la clasificación que utiliza la norma minera, tenemos las siguientes clases de minería:

- Minería ocasional. El artículo 152 del Código de Minas prescribe: “la extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto, que realicen los propietarios de la superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales, no requerirá de concesión del Estado”. Esta norma determina, además, que el producto de esa explotación debe ser destinado al consumo del mismo propietario y, por ende, estará prohibido su uso comercial o industrial. De este modo, aparentemente, la minería ocasional es legal, sin embargo, el tema de la transitoriedad es ambiguo. La minería ocasional es comúnmente utilizada para materiales de construcción que luego serán utilizados por el propietario del terreno para sus propias necesidades; no obstante, la norma no establece con claridad un lapso de tiempo durante el cual puedan explotarse esos recursos, hacerlo corresponderá a la autoridad minera.

- Minería de Subsistencia. Según ha sido entendida por la normatividad minera, la doctrina y la jurisprudencia, esta clase de minería no es una categoría legal propiamente definida, aunque aparece en apartes de la ley, y es mencionada en sentencias; más que ser un tipo de minería es una característica de esta actividad. Sin embargo, podríamos decir que se habla de minería de subsistencia cuando es desarrollada por métodos no técnicos que, si bien no tiene un fin comercial o industrial, representa un ingreso de subsistencia. Quienes realizan este tipo de minería lo hacen buscando satisfacer sus necesidades básicas.
- La Minería artesanal. Atendiendo a la clasificación que hace el Ministerio de Minas y Energía “se entienden contempladas dentro de esta clase de minería , las actividades realizadas por pequeños productores mineros auto empleados, que trabajan de manera individual, en forma familiar, o agrupados en diversos tipos de organización productiva, incluyendo formas asociativas , cooperativas, pequeñas y microempresas, y en algunos casos, comunidades indígenas y afro descendientes que realizan este tipo de minería como una actividad tradicional.” (Ministerio de Minas y energía, Glosario técnico 2012). Esta categoría fue establecida por la ley 141 de 1994 con fines de legalización y ha generado grandes desafíos en su caracterización. Por ejemplo, ¿cuáles son las características que configuran este tipo de minería?, ¿qué hacer con los efectos adversos que sobre el ambiente genera? O ¿cómo balancear su existencia con los nuevos paradigmas del desarrollo minero colombiano?
- La Minería de barequeo. Ésta se encuentra regulada por el Código de Minas, y se considera una “actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales”. Como dijimos anteriormente, la minería de barequeo tiene como objetivo separar y recoger metales preciosos contenidos en arenas por medios manuales, sin la utilización de maquinaria o medios mecánicos. Como actividad regulada por la legislación minera, debe cumplir los siguientes requisitos: inscripción previa a la realización de la actividad ante el alcalde del

lugar, estar el interesado domiciliado en el lugar en el que esta actividad se realice y, finalmente, autorización del propietario del predio si el barequeo se realiza en terrenos de propiedad privada. Las actividades realizadas dentro de esta categoría podrían también clasificarse como minería artesanal, realizada de forma tradicional y si no están registradas incluso ilegal (ateniéndonos a las definiciones); de este modo, se hace evidente la falta de claridad de la norma y el trato equivoco y confuso de categorías y características.

Dada esta clasificación, la situación de la pequeña minería en el país y el hecho de que no toda exploración o explotación minera no legal es indeseable para el Estado (dado su carácter de actividad productiva y productora de empleo y medios de subsistencia para quienes la desarrollan), éste ha realizado algunos procesos de legalización a través de varios estatutos mineros con el objetivo de darle solución al problema de la marginalidad legal. Lo anterior en el entendido de que la legalidad garantiza hasta cierto punto la fiscalización de la actividad y, cuanto menos, la obtención de una información más completa sobre las áreas exploradas o en explotación, quiénes las exploran o explotan o cómo lo hacen, entre otros datos.

En primer lugar, tenemos el Decreto 2655 de 1988 (antiguo Código de Minas), en su artículo 318, instituyó un proceso de legalización para explotadores de depósitos y yacimientos mineros sin título vigente. La norma estableció un término de seis meses, contados a partir de su vigencia, para que los mineros ilegales solicitaran el título, siendo favorecidos frente a otros solicitantes en relación con los minerales que ya venían explotando. Así mismo, se estableció que vencido el lapso de seis meses sin que hayan formulado las correspondientes solicitudes de legalización, deberían darse por terminadas sus obras y labores, so pena de estar incurso en delito de explotación ilícita de yacimientos mineros.

En esa época, existía una cierta visión que conectaba minería ilegal y grupos armados al margen de la ley. Esto conllevó a una percepción negativa sobre los procesos de legalización y, por consiguiente, a una exigencia de requisitos y formalismos muy elevada que buscaba “dejar por fuera” este tipo de actores armados. Sin embargo, terminó generando el efecto contrario, al no posibilitar la legalización del minero tradicional por dificultades probatorias y formalismos.

Años después, la Ley 141 de 1994 (Ley de Regalías) creó el Fondo Nacional y la Comisión Nacional de Regalías y el derecho del Estado a recibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables. El artículo 58 de este estatuto introdujo un proceso de legalización de explotaciones mineras de hecho de pequeña minería ocupadas en forma permanente hasta noviembre de 1993, y confirió seis meses, a partir de su vigencia, para que con el envío de la solicitud de la licencia, permiso o contrato para la explotación de minas a la autoridad competente, ésta legalizara dicha explotación en un plazo no mayor de un año. Luego se expidió el Decreto Reglamentario 2636 de 1994 mediante el cual se estandarizó el procedimiento y los trámites que deben seguirse para lograr la legalización de las actividades mineras de hecho. El desconocimiento de este proceso por parte del pequeño minero fue bastante notorio. En palabras de un funcionario de la Procuraduría General de la Nación explicando por qué este no funcionó: *“yo creo que más bien falta de, digamos de, de socializar el proyecto como tal, a mi parecer, o sea, muy pocos mineros conocieron que existía efectivamente ese proceso de legalización”* (Procuraduría General de la Nación, 2012).

Posteriormente, la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) introdujo una nueva oportunidad de legalización. El artículo 165¹⁰⁴ establecía que los explotadores de

¹⁰⁴Artículo 165. Ley 685/2001. Legalización. Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el registro minero nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1o) de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de

minas de propiedad estatal sin título inscrito en el registro Minero Nacional deberían solicitar, en el término de tres años contados a partir del 1 de enero de 2002, que las minas les fuesen otorgadas en concesión. Para ello, debían cumplir todos los requisitos de fondo y de forma y el área solicitada debía hallarse libre para contratar. Mientras la solicitud de legalización era decidida, no podían ejercerse las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni proseguir las acciones penales estipuladas en los artículos 159 y 160.

Sobre este proceso, según la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Sección Tercera. Expediente No. 29.975 del 8 de noviembre de 2007. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.), el legislador, consciente de la realidad de facto en cuanto a la existencia de labores ilegales de explotación de los recursos naturales no renovables que, por lo tanto, carecían de la debida supervisión y vigilancia para verificar si se estaban adelantando en debida forma y cumpliendo con los requerimientos mínimos desde el punto de vista ambiental, *“decidió darles la oportunidad a las personas dedicadas a tales labores, de legalizarlas y obtener la concesión de las normas, mediante el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales exigidos por el código de minas para ello, de tal forma que pudieran ser inscritas en el Registro Minero y con ello lograr un mejor control de estas actividades mineras y del impacto que ellas pueden tener sobre los mismo recursos naturales y sobre el medio ambiente.”*

fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este código.

Los procesos de legalización de que trata este artículo, se efectuarán de manera gratuita por parte de la autoridad minera. Adicionalmente, esta última destinará los recursos necesarios para la realización de éstos, en los términos del artículo 58 de la ley 141 de 1994.

Los títulos mineros otorgados o suscritos, pendientes de inscripción en el registro minero nacional, con anterioridad a la vigencia de este código, serán inscritos en el mismo y para su ejecución deberán cumplir con las condiciones y obligaciones ambientales pertinentes.

Tampoco habrá lugar a suspender la explotación sin título, ni a iniciar acción penal, en los casos de los trabajos de extracción que se realicen en las zonas objeto de los proyectos mineros especiales y los desarrollos comunitarios adelantados conforme a los artículos 248 y 249, mientras estén pendientes los contratos especiales de concesión objeto de dichos proyectos y desarrollos.

No obstante, el Alto Tribunal afirmó que la ley no había establecido nada concreto y se había limitado a dar pautas generales. Por esta razón, se expidió el Decreto Reglamentario 2390 de 2002, por medio del cual se reglamentó el artículo 165 de la Ley 685 de 2001. En sus considerandos se manifestó que el objeto del Decreto era no solo reglamentar el procedimiento al que se someterían los explotadores de minas de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, sino también garantizar a los interesados en la legalización, el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales del debido proceso, defensa, contradicción y presunción de buena fe en las actuaciones que adelanten las autoridades mineras delegadas.

Este proceso, si bien parecía bien intencionado, tampoco cumplió con su finalidad. La falta de control sobre el mismo, el abuso del mismo por parte de sus beneficiarios o las demoras inusitadas en la solución de las solicitudes, lo volvieron engorroso e inoperante. Inclusive su diseño poco planificado generó problemas que aún no han podido solucionarse:

... en este proceso de legalización, los estudios del PMA y el PTO los asumía el Estado, pero nunca pensó el Estado que efectivamente había tanto proceso de legalización y debido precisamente a esa falta de control y a esa falta de, de, como de requisitos, es que fue muy amplio, muy benévolo, entonces salieron más de tres mil y pico en todo el país, casi cuatro mil procesos de legalización. Un estudio de PTO y PMA baratos, son 10, son 20, son 10 y 10, son 20 millones entre el PTO y el PMA, entonces, cuando el gobierno se da cuenta, hijuemadre, no, "nunca hubo cama pa' tanta gente", ese es el dicho. Entonces, fue muy poquito la parte económica para cada departamento, muy poco se hicieron, ¿sí?, hubo unos convenios entre las corporaciones, pero realmente los estudios fueron, en muy pocas partes se hicieron esas series de estudios del PTO y el PMA y hasta el punto que hoy en día todavía está ese proceso ahí estancado en especial por, por estudios. No hay plata. (Procuraduría General de la Nación, 2012)

Finalmente, el más reciente intento de legalización de actividades de explotación minera ilícita se incluyó en la reforma al Código de Minas (Ley 1382 de 2010). En

esta norma¹⁰⁵ se establece que los explotadores ilegales podrán solicitar a la autoridad competente, en un término de dos años contados a partir de la promulgación de la ley, la concesión correspondiente, si llenan todos los requisitos de fondo y de forma para el efecto, el área solicitada se encuentra libre para contratar y se acredita que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua desde antes de la vigencia de la ley 685 de 2001.

Así pues, en este último proceso se ha considerado demasiado restrictivo ya que es necesario que, además de que el área esté libre, se acredite con pruebas idóneas que la actividad se desarrolla de forma continua desde antes de la vigencia de la ley. Para un minero que no había tenido la necesidad de legalizarse, es realmente complicado probar que ha desarrollado ininterrumpidamente la actividad en tanto, por su carácter de ilegal y de estar en riesgo de visibilizarse, posiblemente no pagaba regalías, no requería la fiscalización de higiene y seguridad. Es decir que por la necesidad de pasar desapercibidos no ha generado las pruebas que hoy son necesarias para la legalización.

Como podemos ver, aunque es cierto que han existido sucesivos y variados intentos de legalización, ha existido también un gran desconocimiento técnico de

¹⁰⁵ Artículo 165. Legalización. Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1o) de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código.

Los procesos de legalización de que trata este artículo, se efectuarán de manera gratuita por parte de la autoridad minera. Adicionalmente, esta última destinará los recursos necesarios para la realización de éstos, en los términos del artículo 58 de la Ley 141 de 1994.

Los títulos mineros otorgados o suscritos, pendientes de inscripción en el Registro Minero Nacional, con anterioridad a la vigencia de este Código, serán inscritos en el mismo y para su ejecución deberán cumplir con las condiciones y obligaciones ambientales pertinentes.

Tampoco habrá lugar a suspender la explotación sin título, ni a iniciar acción penal, en los casos de los trabajos de extracción que se realicen en las zonas objeto de los Proyectos Mineros Especiales y los Desarrollos Comunitarios adelantados conforme a los artículos 248 y 249, mientras estén pendientes los contratos especiales de concesión objeto de dichos proyectos y desarrollos.

la actividad minera, incluso de tipo jurídico, y una intención de generar agrado por parte de los funcionarios públicos y del legislador, frente a electores, empresas y ciudadanos, más que una intención sería de legalizar y formalizar. Es decir, el Estado, en este caso el legislador, se lava las manos estableciendo en sus normas formas de legalización de minería, sin embargo, luego da la espalda al proceso y poco le importa si es efectivo, o si cumple con su función. Temas como los excesivos requisitos, la falta de publicidad, la lentitud e ineficiencia de las autoridades y la masiva negación de procesos de legalización así lo demuestran.

Al mismo tiempo, es preciso resaltar que, si bien los tantos intentos de legalización del Estado han sido frustrados, en parte por los severos filtros y gran cantidad de requisitos que son incapaces de cumplir quienes tienen la intención de legalizarse, existen proyectos de formalización y legalización de minería que han resultado ser exitosos. Ese es el caso de la Corporación Oro Verde en el Chocó, que con la alianza y apoyo de otras instituciones han logrado incluso un reconocimiento internacional a su labor de minería. Así, los minerales extraídos por la comunidad se venden a un mayor precio, amparados en que son ambientalmente responsables y generan el sustento de 114 familias. (Oro Verde, 2011).

Ahora, a pesar de estos procesos de legalización, y viendo su evolución, es posible percibir una cierta intención generalizada de marginalizar la pequeña minería para favorecer la gran minería. Esta es más evidente en los discursos estatales, sociales y académicos alrededor de la minería ilegal, los cuales terminan estigmatizando a esa pequeña minería. La consigna parece ser la siguiente: si se tiene en cuenta que la minería legal no puede siempre garantizar que sus actividades no generarán efectos negativos, qué podemos decir entonces de la ilegal que priva a ese mismo Estado de poder establecer toda una serie de medidas que eviten, mitiguen, compensen, subsanen y corrijan los impactos que puedan ocurrir. De esta forma, la conclusión generalizada es que toda minería

“ilegal” genera una serie de consecuencias nocivas en el ámbito económico, social y ambiental.

En el aspecto económico, el análisis del profesor M. Woof sobre el tema arroja luces sobre los efectos perjudiciales que la minería ilegal produce desde la perspectiva tanto macroeconómica como microeconómica. Estas razones son posiblemente las que en gran parte motivan la actuación del Estado, en particular, su decidida intención de buscar la legalización o la erradicación de la minería ilegal. Según este autor, las principales consecuencias de este tipo son tres:

Primero, al carecer de un control efectivo por parte de las autoridades competentes de cada Estado, *“impide que el gasto de la oferta ambiental inherente a los proyectos de explotación minera se haga bajo la supervisión y vigilancia del Estado. Ello da lugar a comportamientos oportunistas que, ante la situación de escasez de estos recursos, busquen explotar la mayor cantidad de recursos en el menor tiempo posible, con lo cual perjudicarán el postulado del Desarrollo sostenible.”* (Woof, 2004, p. 46)

“El segundo efecto tiene que ver con la formalización de la economía. La minería ilegal, como es obvio, es una actividad que, además de ilícita, es informal desde el punto de vista económico.” (Woof, 2004, p. 46). Esta informalidad conduce a que los ingresos derivados de la actividad no sean oficialmente reportados al Estado y, en esa medida, no cumplan con los tributos legalmente previstos.

Y tercero, además de entorpecer el desarrollo económico y el desarrollo sostenible, a la par que evitar mayores ingresos para la administración, la minería ilegal desincentiva la inversión y para la legalidad.

Si se parte del supuesto de que los agentes económicos son racionales, es natural prever que cada uno de tales agentes procurará maximizar su utilidad, incrementando los niveles de producción y reduciendo los costos

asociados a la misma. El hecho de que exista una actividad informal, como es la minería ilegal, en la que se dan menores costos y mayores posibilidades de explotación -carentes de control-, implica que en el mercado existirá un escenario que, a pesar de ilícito, resulta más rentable. (Woof, 2004, p.47)

En segundo lugar, en cuanto al ámbito social la informalidad evita un control efectivo sobre las condiciones laborales en que se lleva a cabo la explotación de minas. Como bien lo indica la Organización Internacional del Trabajo (2002), la minería ilegal está asociada a fenómenos de subempleo, deficientes condiciones laborales y manifiesto incumplimiento de las garantías asociadas al contrato de trabajo (por ejemplo, las prestaciones sociales, la seguridad social y el trabajo infantil). Este escenario tiende a situaciones de explotación y maltrato sobre ciertos focos de la población.¹⁰⁶ El trabajo infantil en las actividades mineras de hecho en Colombia es abundante, la gestión de las autoridades mineras y laborales es reducida, debido principalmente a la clandestinidad de estos trabajos y a que, en estos casos, se argumenta que la competencia es de los alcaldes municipales (Defensoría del Pueblo, 2010).

Además de lo anterior, la minería ilegal se suele asociar al patrocinio de otras actividades ilícitas como es la financiación del terrorismo y de las bandas dedicadas a la criminalidad. Ello obedece a que se trata de una importante fuente de captación de recursos que carece de control efectivo por parte del Estado y que, en la actualidad, no es objeto de una represión tan significativa (como sí lo puede ser, por ejemplo, el narcotráfico). Desde esta perspectiva, la minería ilegal ofrece dos grandes ventajas: por un lado, es rentable, toda vez que genera altos ingresos con pocos costos; por otro, no llama tanto la atención, como sí lo hacen

¹⁰⁶ Los del estudio realizado por la Defensoría del Pueblo (2010) sobre minería de hecho muestra que resultados indican un ambiente laboral precario y falta de conocimiento del riesgo ecológico. A pesar de la abundancia normativa, en el sector minero existe un alto grado de informalidad de explotaciones que, dadas las condiciones culturales y socioeconómicas en que se realizan, no cumplen con ningún tipo de normas: mineras, ambientales, laborales y fiscales. Esa situación evidencia la falta de capacidad administrativa y técnica de las entidades ambientales y mineras para exigir y controlar el cumplimiento de la normativa ambiental y minera, y establecer procedimientos ágiles para el licenciamiento ambiental y el otorgamiento de permisos.

otras actividades que, hoy en día, por su figuración en los medios y los escándalos políticos tejidos alrededor de las mismas, están en la mira del control estatal.

Finalmente, desde la perspectiva social, además de la pobreza, la violencia y el patrocinio a la criminalidad, los problemas de la minería ilegal se reflejan también en las funestas condiciones de seguridad a las que está sujeta esta actividad y que, por lo general, se materializan en un grado mayor de accidentes. En efecto, aunque la minería es una actividad típicamente riesgosa, explotar una mina ilícitamente implica un control nulo en las condiciones de seguridad y, en consecuencia, incrementa el riesgo de desastres.

En el campo ambiental, la falta de control respecto de la explotación de los recursos del Estado, en el contexto de una economía capitalista y de mercado, tiene por efecto un gran menoscabo de la integridad medioambiental, el cual será de mayor envergadura si recordamos lo que ya se ha expresado sobre el desarrollo sostenible, los problemas conceptuales y definitorios que existen frente a esa figura y la aparente imposibilidad de aplicar dicho concepto a la minería. Estos problemas que se encuentran en las diferentes manifestaciones de las explotaciones mineras, adquieren especial dimensión cuando están acompañadas de la ilicitud. El Profesor Jorge Iván Hurtado Mora (2010), citando al profesor A.G.N. Kitula, advierte que los problemas asociados con una actividad minera carente de control genera efectos en varios planos:

En el daño de la superficie terrestre, como quiera que la minería carente de control implica un significativo riesgo de erosión que, por lo demás;

...podría llegar a afectar más del 2% de la superficie, que es el que tiene aptitud para la explotación en esta materia. La erosión y el efecto nocivo sobre el suelo, se traduce en menor productividad, menoscabo de la biodiversidad y problemas asociados con los ciclos naturales.

En la liberación de sustancias tóxicas. La explotación de minas, como es obvio, suele orientarse a la extracción de metales, minerales y, en general, elementos orgánicos terrestres o subterráneos. Varios de tales elementos

resultan nocivos y altamente tóxicos cuando superan ciertos porcentajes de concentración en el medioambiente, perjudicando la subsistencia de especies animales y vegetales, así como la salubridad humana. Una falta de control en la gestión de estas sustancias, puede ocasionar un grave deterioro ambiental, sin contar con los problemas higiénicos y sociales que acarrea (un buen ejemplo de ellos lo constituyen el plomo, el bromo y el monóxido de carbono).

En el drenaje ácido de minas, particularmente de los líquidos derivados de la explotación, como son, el ácido sulfúrico y los óxidos de hierro, requieren de un manejo especial por su potencial lesividad frente al entorno cercano. (Kitula, Hurtado, 2010, p. 120)

Por estos motivos, el Estado y algunos doctrinantes han establecido que para que se dé el desarrollo sostenible, es necesario, por un lado, empoderar al estado en el control del aprovechamiento y la explotación de recursos y, por otro, responsabilizar a los particulares por los abusos que cometan en esta materia.

Sin negar que este discurso y sus soportes teóricos reflejan la realidad en la que se desarrolla la minería en Colombia, ellos dejan por fuera el hecho de que no toda explotación minera no formal es ilícita y generadora de grandes daños. Olvidar o no tener en cuenta este “matiz” en el campo jurídico ha conllevado a una criminalización de todo tipo de minería de hecho y a negar los ciertos efectos positivos que la misma también genera.

En el plano económico y social, basta con nombrar lo dicho por la profesora Cristina Echavarría en el plano internacional:

... la pequeña minería es la gran minería en cuanto a empleo, produce de 20 a 30 millones de empleos directos en el mundo y más de 120 millones de empleos indirectos¹⁰⁷ (Echavarría 2011). En el plano nacional, “la minería

¹⁰⁷ Como lo demuestra la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), los efectos de la pequeña minería son ambivalentes: *“la pequeña minería se caracteriza por: intensa utilización de mano de obra, precarias condiciones de seguridad e higiene, ocurrencia universal, bajo desarrollo tecnológico, conflictividad social y legal, generación de encadenamientos productivos locales, abastecimiento de mercados locales, bajos costos de producción, potenciador de desarrollos geopolíticos, amplia gama de productos, multiplicidad de actores, potenciador de proyectos mayores, deterioro ambiental, variabilidad de volúmenes y tamaño por mineral y por región, explorador de nuevos yacimientos, alternativa laboral para sectores afectados por la*

en pequeña escala debe considerarse desde el punto de vista más amplio del desarrollo socioeconómico y la erradicación de la pobreza para un gran número de personas que participan en la minería artesanal en todo el mundo, las actividades de minería constituyen una red de seguridad ya que proporcionan ingresos durante épocas económicas difíciles. Dado que la mayoría de esas actividades se realizan en zonas rurales, la minería artesanal es un arma eficaz contra la pobreza rural y la migración de las zonas rurales a las urbanas y, como tal, debe recibir apoyo. (Defensoría del Pueblo, 2010, p. 20)

Así mismo, en lo ambiental, es importante resaltar que no siempre la minería catalogada como ilegal genera grandes daños. No tener en cuenta este hecho invisibiliza categorías como la minería informal, la minería de subsistencia o el barequeo cuyas características pueden llegar a ser muy distintas.

Para terminar, quisiera referirme a los efectos en la construcción del derecho que tiene esta manera de aproximarse a la problemática. Cuando la minería “ilegal” es vista como un todo que hay que regular o acabar porque genera efectos negativos, el énfasis en el campo jurídico está puesto en la eficacia (en la exigibilidad) y en un sujeto racional que infringe las normas para obtener siempre un mayor beneficio. De esta forma, por una parte, hablamos de un derecho formal que no tiene efectos en lo material; por otra, de un sujeto que no tiene ningún incentivo de cumplir los mandatos por su cuenta por lo que prefiere sumarse a la situación de incumplimiento, ya sea por desconfianza o viveza. Sin negar la importancia de lo anterior, dejar imperar solamente este discurso en lo jurídico, deja por fuera de la discusión los derechos de los mineros artesanales, sus diferentes visiones o cosmovisiones sobre esa actividad (que es a su vez un modelo de vida) los problemas de todo tipo que enfrentan (tales como que la minería sea la única actividad rentable en el territorio en el que habitan, o a la que tienen acceso) y el modelo económico que alrededor de la minería se quiere construir.

pobreza, dinamizador de las economías locales y amplia distribución geográfica.” (CEPAL, Chaparro, 2000, p.25)

Lo anterior es predicable en todos los discursos alrededor de las comunidades afectadas o implicadas en la minería que hemos visto en este capítulo. El discurso estatal, sustentado solamente en la minería como empresa, no aprehende en su totalidad otras formas de habitar el territorio o de explotar, estigmatizándolas, sin consideración a lo que muchas veces constituye la no minería, la minería ancestral, la de subsistencia o la tradicional, para las comunidades. Y cuando parece comprender la importancia de proteger esas otras visiones podemos ver cómo se queda en derechos restringidos, títulos y en letra muerta, El ejemplo de los pequeños explotadores con un proceso de legalización lo resume muy bien: acompaña las leyes o normas de legalización de extensas formalidades y los encarga a entidades muchas veces ineficientes.

7. DISCURSOS JURÍDICOS DE LA EMPRESA MINERA Y FRENTE A LA MISMA

Dadas las políticas de desarrollo instauradas por el gobierno colombiano, según las cuales la minería será una de las “locomotoras de desarrollo” en el que las empresas mineras nacionales y extranjeras son claramente las impulsadoras de ese desarrollo, en este último capítulo abordaremos los discursos alrededor de las mismas. Entenderemos por empresas mineras aquellas que realizan actividades de minería de forma legal y que se constituyen como corporaciones con capital extranjero o destinadas a recibirlo (empresas junior¹⁰⁸). Dejamos a un lado las pequeñas empresas carentes de capital extranjero y que no tienen como fin el mercado internacional, sino el desarrollo de la actividad de explotación minera, en tanto, como expresamos, no son a los ojos del gobierno quienes generarán el avance.

Estos discursos se encuentran de diferentes formas en el código. Desde principios generales de la norma (tales como la responsabilidad social empresarial (RSE), la utilidad pública, la inversión), pasando por las formas de llevar a cabo la minería (contratos, sostenibilidad, expropiación) hasta las forma de regular el territorio. En este trabajo sólo nos centraremos en aquellos que nos permiten mostrar de mejor forma los intereses de la misma y su discurso frente a los diferentes actores: el estado, la comunidad y el medio ambiente.

Es por esta razón que el presente capítulo estará dividido en tres partes: la primera parte, “el contrato de concesión”, tendrá como fin sentar las bases para la comprensión de los discursos estatales y de la empresa. Como bien sabemos actualmente el único título minero que consagra la ley es el contrato de concesión,

¹⁰⁸ Son empresas, relativamente pequeñas que no tienen como fin inmediato o principal la explotación sino la adquisición del título y licencias con el fin de hacer atractivo un proyecto y luego venderlo a una empresa de un mayor tamaño que este interesada en la actividad de explotación.

esta es la única forma en la que una empresa puede adquirir un nuevo título y, por ende, es la principal forma en la que la empresa minera se relaciona con el Estado. En segundo lugar, analizaremos desde su origen conceptual la RSE, para luego analizar su presencia en el Código y lo que subyace tanto en su formulación normativa como frente a los proyectos de explotación. Finalmente, nos referiremos a las zonas de reserva especial, en tanto son lugares que el Estado destinará para proyectos de explotación de gran envergadura e importancia nacional; ellas, además de tener un régimen de adjudicación distinto, están dirigidas a las empresas mineras.

7.1 CONTRATO DE CONCESIÓN

Para comenzar, es necesario entender algunos elementos del significado, el alcance y las características propias del contrato de concesión minera, en tanto, como ya expresamos, es la única forma de titulación minera legalmente existente (salvo los títulos adquiridos con anterioridad al 2001 y que se configuren como derechos adquiridos). El Código de Minas, en su artículo 45, define el contrato de concesión como aquel:

... que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.

El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.

Dicha definición tiene como uno de sus fines reafirmar que se trata de un verdadero acto contractual, en el sentido de ser un acuerdo de voluntades celebrado entre el Estado y un particular. Así lo establece la exposición de motivos

de la ley 685 de 2001 “(...) se busca desechar con el valor de verdad legal, algunas tendencias que aun hoy se reiteran, según las cuales, esta clase de concesiones no son verdaderos contratos, sino sólo permisos autorizaciones que el Estado unilateralmente da o concede para explotar recursos naturales que son suyos.” (Congreso de la Republica, 2000).

Así mismo, la definición se adopta con el criterio de identificar el objeto del contrato, cual es el de realizar los estudios, labores y obras que tienen un exclusivo fin: explotar el suelo o el subsuelo minero por cuenta y riesgo del contratista. Además, esta última connotación excluye como elemento del contrato el ejecutarlo, en todo o en parte, con inversión estatal.¹⁰⁹ En otras palabras, la exploración y explotación minera es una actividad netamente privada.¹¹⁰

A renglón seguido de la definición del contrato, se hace una distinción expresa y necesaria que afirma categóricamente que la concesión minera es distinta del contrato de concesión de servicios públicos o del contrato de obra pública, pues si

¹⁰⁹ La Ley 1 de 1986, enmarcada en la necesidad de racionalizar la administración pública, creó la Dirección General de Minas, con el fin de dotar a esa dependencia con la facultad de ser el ente rector de la actividad minera. Entre otras funciones, esta entidad dirigiría las acciones de las empresas industriales y comerciales del estado que estuvieran dentro del ramo. Algunos de los entes adscritos al Ministerio de Minas eran Procarbon de Occidente, Carbones del Norte, Ecominas, Carbolcol, Colurano, Corelca o Ecopetrol. Posteriormente, se suprimió la Dirección General de Minas y sus funciones pasaron a Minercol Ltda. Esta empresa actuaba como particular y a la vez ejercía funciones públicas. Como bien sostiene Vargas: “*Debía ser objetiva en los trámites de otorgamiento, registro y fiscalización de los títulos mineros, de acuerdo con los términos de ley, pero también subjetiva y hábil negociadora en la contratación que había recibido bajo la modalidad de aporte minero, dando forma a un verdadero monumento a la incoherencia.*” (Vargas p.18, 2005). En el año 2003 (período presidencial de Álvaro Uribe) se liquidó Minercol con el fin de pasar sus funciones de ente público a Ingeominas y eliminar la explotación por parte del Estado.

¹¹⁰ La profesora Svampa nos explica claramente el cambio que ocurrió en los últimos años en el rol del Estado en la economía en algunos países de América Latina y algunas consecuencias del hecho: “*Ciertamente, la entrada a nuevo tipo societario implicó el desencastamiento de los marcos de regulación colectiva desarrollados en la época fordista, que suponían la centralidad del rol del estado, y una afirmación de la primacía del mercado como mecanismo de inclusión, en función de las nuevas exigencias del capitalismo. Ello trajo como consecuencia una modificación importante en los patrones de inclusión y exclusión social, reflejado en el aumento de las desigualdades y en los procesos de dualización y fragmentación social. Al mismo tiempo, estos procesos conllevaron un debilitamiento del estado nacional como agente regulador de las relaciones económicas, así como el surgimiento de nuevas fronteras y, en el límite, de nuevas formas de soberanía, más allá de lo nacional-estatal.*” (Svampa, 2005, p.6)

bien es una actividad de utilidad pública, no es ni lo uno ni lo otro. Así, se crea una categoría diferente, que es coherente con la actividad minera, toda vez que los recursos naturales no renovables pertenecen al Estado y este adjudica a un tercero la explotación de esos recursos; actividad que sigue interesando al Estado por su naturaleza de utilidad pública.

Ahora, si como hemos dicho la minería en Colombia es una actividad de carácter público, el contrato en mención es de concesión de demanio público. El Consejo de Estado en su Sala de lo Contencioso administrativo en el año 2010, estableció las principales notas distintivas de este negocio jurídico de la siguiente forma:

1. Es un negocio jurídico celebrado entre el Estado y un particular para efectuar, a cuenta y riesgo de este, las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y el cierre o abandono de los trabajos u obras correspondientes.” Por ende, se trata de un acuerdo de voluntades y no de una manifestación unilateral de voluntad como puede ocurrir en algunos bienes de uso público.
2. Este negocio jurídico se encuentra supeditado al principio de temporalidad, su duración en el derecho Colombiano es por el término que solicite el proponente y hasta un máximo de 30 años, los cuales se cuentan desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional.”
3. La concesión minera no otorga al particular derecho de propiedad alguno, pero sí derechos de contenido patrimonial oponibles frente a terceros y transmisibles de acuerdo con la ley” (Artículo 15; ley 685 de 2001).¹¹¹
4. A diferencia de lo que ocurre con otros bienes de propiedad pública y con otros títulos habilitantes, la concesión minera no se soporta en el criterio de la “precariedad de los derechos otorgados¹¹²”, lo cual tiene una implicación directa con la posibilidad de variación unilateral de las condiciones del contrato; en otras palabras, el llamado por la doctrina *ius variandi* de la administración se encuentra limitado. En efecto, el Código de Minas establece que, salvo lo dispuesto para la declaratoria de

¹¹¹ Artículo 15. Naturaleza del derecho del beneficiario. El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.

¹¹² Aunque no se aclara el alcance, esto implica que a diferencia de cuando se otorgan derechos sobre bienes del Estado, que están cobijados por una precariedad que implica la posibilidad estatal de suprimir su concesión, el contrato de concesión y los derechos que de él se derivan no son derechos precarios.

caducidad, el contrato de concesión no puede ser modificado, terminado o interpretado de forma unilateral por parte de la entidad concedente. Si surgiera un conflicto entre las partes, debe acudirse ante un juez.

5. El contrato de concesión minera da nacimiento a unas obligaciones de carácter legal que son propias de este tipo de contratos: “el contenido del negocio jurídico (tanto de los derechos como de las obligaciones de cada una de las partes) se encuentra previamente establecido en el Código de Minas, por ende, los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario, son los expresamente señalados en este cuerpo normativo”. Este carácter se ve también reiterado por la categorización del contrato de concesión minera como un contrato de adhesión, puesto que su celebración no da lugar a pre-negociar sus términos, condiciones y modalidades.
6. A pesar de no tener la característica de *ius variandi* por parte de la administración, este negocio es un contrato administrativo: “por expreso mandato de la ley, contiene cláusulas exorbitantes: la posibilidad de declarar la caducidad del contrato y la reversión una vez este ha finalizado. De igual forma, se reconoce a la autoridad competente la facultad de conminación mediante la imposición de multas en caso de presentarse alguna infracción de las obligaciones que recaen sobre el contratista. (Tomado de Ricaurte pp. 126-127, 2010)

El contrato de concesión, claramente, debería estar en marcado por su función de utilidad pública. Si bien es cierto que algunas particularidades del contrato pueden provenir de su carácter de interés general, en ningún momento esa naturaleza pareciera dirigirse hacia el beneficio de la comunidad sobre la que se realiza la explotación. Es decir, el contrato de concesión, hasta cierto punto, ha sido regulado a través de pugnas que tienen en cuenta una serie de elementos: algunos supremamente importantes para las empresas, otros para la comunidad; pero en el balance de esos intereses, parece estarse olvidando cuestiones tan fundamentales como su función en beneficio de esta última. En una frase, pareciera que la utilidad pública se predica de la importancia y necesidad de que se realice la actividad, y no de que la actividad minera se realice buscando la mayor utilidad pública.

7.2 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Al igual que en el acápite anterior, antes de cualquier análisis normativo de la regulación de la responsabilidad social empresarial en el Código de Minas, es necesario comprender el desarrollo, los alcances y los límites del concepto para así dilucidar en forma adecuada la cuestión que nos ocupa.

Con el fin de evidenciar algunos de los pilares fundamentales de la RSE, haremos un breve recorrido cronológico y conceptual por la formación de este concepto desde los años 50 del siglo pasado hasta nuestros días. Para ello, utilizaremos el material bibliográfico, las citas transcritas de diferentes autores y parte del análisis hecho por María del Pilar García Pachón (2011) en su libro “Minería, Energía y Medio Ambiente”. En los años 50, Bowen (1953) aseguraba que la RSE *“se refiere a las obligaciones de los empresarios para aplicar políticas, tomar esas decisiones, o seguir líneas de acción que son deseables en términos de los objetivos y valores de nuestra sociedad”* (Bowen, 1953, citado por García Pachón, p.235, 2010).

En su obra “Social Responsibilities of the Businessman”, este autor afirma que la RSE parte de la necesidad de fundar los compromisos que convenientemente deben atender los hombres de negocios y que se puede lograr mediante cambios organizacionales. Es decir, además de cumplir con sus obligaciones normativas, los empresarios podían libremente adquirir mayores compromisos que beneficiaran a la sociedad. Es importante resaltar que en esta definición no se busca que la empresa tome el lugar del Estado en la satisfacción de las necesidades sociales, sino que el empresario tome decisiones que procuren el bienestar de la sociedad bajo su propia perspectiva.

Más tarde, en los sesenta, autores como Joseph McGuire (1963) pensaban que la RSE debía abarcar más que las obligaciones económicas y jurídicas y expandir sus fronteras de actuación por fuera de la coerción. De este modo, se introducía una nueva mirada, en tanto, el concepto daba por hecho el cumplimiento del

mínimo normativo aplicable por parte de la empresa que se califique como responsable. Así, la responsabilidad excede el precepto normativo y engloba todos los escenarios en donde la empresa desarrolla sus actividades y que necesariamente no están regulados.

En la década de los setenta, el profesor de pensamiento liberal Milton Friedman (1970) planteaba la idea de que la viabilidad financiera de la empresa hace posible emprender acciones de responsabilidad social, y que la RSE hace posible que la empresa sea rentable, constituyéndose así un círculo virtuoso. Así las cosas, para él solo hay una forma de responsabilidad social de las empresas: utilizar sus recursos y participar en las actividades destinadas a incrementar sus beneficios mientras cumple las reglas del negocio, es decir, participa en una competencia abierta, libre y sin fraude.

Como podemos ver, según Friedman, existe una estrecha relación entre la rentabilidad y la responsabilidad de los empresarios, enmarcada claramente en su liberalismo y que no corresponde con un pensamiento altruista. Sin embargo, su posición parece haber sido determinante en cómo ha sido y es entendida la RSE. Esta postura implica la apreciación de RSE como una parte más del negocio, como otro factor a través del cual la empresa debe obtener utilidades.

En los ochenta, Jones (1980, citado por García Pachón, p. 289, 2010) afirmó que la RSE *“es una forma de autocontrol de la empresa, un proceso en el cual la organización reconoce obligaciones con los “stakeholders”¹¹³ más allá de lo determinado por la ley.* Al igual que los textos de las décadas precedentes, Jones entendía que estas obligaciones se asumían voluntariamente; es decir, que la empresa estaba obligada solo por la ley y lo que establezcan sus propios estatutos. Sin embargo, su definición va un poco más allá, al permitir el

¹¹³ El término agrupa a trabajadores, organizaciones sociales, accionistas y proveedores, entre muchos otros actores que se ven afectados por las decisiones de una empresa. Generar confianza con estos es fundamental para el desarrollo de una organización.

reconocimiento de obligaciones con sus clientes potenciales o actuales. Esto permite que actualmente y a futuro la empresa mejore su imagen o “good will”.

En los años 90, la RSE como pilar en la búsqueda de beneficios parecía estar completamente cimentado. De esta forma, para Carroll (1999), el concepto de RSE, debía enmarcar toda la gama de responsabilidades: las económicas, las legales, las éticas y las filantrópicas; siendo la base de su concepción piramidal las económicas.

Siguiendo con este lineamiento, en épocas recientes, Porter y Kramer (2006) han destacado que la RSE puede ser mucho más que un costo, restricción o acto de beneficencia; planteada estratégicamente, crea oportunidades, motiva la innovación y genera una ventaja competitiva para las empresas, al resolver los apremiantes problemas sociales. Desde esa perspectiva, la RSE es vista como una estrategia, por lo que debe ser pensada en términos que produzcan beneficios para la empresa. Por su parte, Welch y Welch (p. 290 2009), retomando a Friedman, resaltan que la mayor responsabilidad de una empresa es la de ser exitosa, ya que *“primero tienes que hacer dinero para regalarlo”*.

Compendiando todas las definiciones anteriores, creó que Beatriz Encinas Duval nos regalara una descripción bastante completa de lo que hoy se entiende por RSE:

(...) hay que tener en cuenta que la responsabilidad social empresarial no es un conjunto de actividades altruistas o filantrópicas destinadas a ser mero argumento de marketing de la empresa que las desarrolla. El ámbito de actuación en este sentido ya está definido para otro tipo de instituciones, y no tiene que ver con la responsabilidad social empresarial. No debemos olvidar que la empresa es necesaria como tal en la sociedad, y que su objetivo (y razón de su existencia) es obtener beneficios, o de lo contrario desaparecerá. Es necesario integrar la RSE en la estrategia global de la empresa, de manera que los beneficios se hagan patentes a nivel económico y social, garantizando la competitividad a largo plazo de la empresa y su desarrollo sostenible en el tiempo. (Encinas, 2005, p.3)

De acuerdo con la nueva estructura económica global, el mundo de los negocios se ha orientado, entre otras cosas, a definir una nueva concepción de empresa, cuya finalidad exclusiva había sido entendida como la de maximizar el beneficio para sus accionistas. Este concepto de empresa convencional, cuestionada por unas nuevas relaciones con los clientes y por las mayores exigencias del mercado, fue reemplazada por la denominada “empresa socialmente responsable”, cuyo fin último sigue siendo el de maximizar el beneficio para los accionistas, pero devolviendo una parte a la sociedad en la que desarrolla sus actividades, para compensar parcialmente las externalidades negativas que produce con su operación.

En palabras de Álvaro Osorio Sierra, *“bien puede calificarse la gestión de la denominada “empresa tradicional” como “reactiva”, consecuencia de la generación de beneficios en favor de los titulares de la propiedad; la de la empresa socialmente responsable como “proactiva”, en consideración de la asunción de compensaciones que generan algunos beneficios sociales y disminuyen ciertas prestaciones para los dueños del capital.* (Osorio, 2011, p. 276)

Sin embargo, como apunta Encinas (2005), no debemos caer en el error de pensar la RSE como una actividad altruista o filantrópica de la empresa hacia la sociedad. Es fundamental distinguir los alcances de estos dos instrumentos de intervención social, pues en ocasiones se tienden a confundir. La filantropía implica un acto de donación o de favorecimiento a personas o grupos de personas con fines humanitarios o altruistas, que no persiguen contraprestación o efecto retributivo; mientras tanto, la RSE busca una ventaja para las empresas que la desarrollan y que puede significar efectos positivos, como la preferencia de la comunidad por los bienes que producen o comercializan, o la aceptación de sus actividades. Citando a Caravedo:

Responde a una estrategia destinada a mejorar la reputación o imagen de la empresa. No es un acto vinculado a un impulso meramente altruista o humanitario. Implica un análisis previo de la situación que se pretende abordar y de los efectos que podría producir a favor de la empresa y a favor del lugar en el que se ejecuta la acción. Por ejemplo, se podrían destinar recursos para evitar el deterioro ambiental o instalar servicios de salud o educativos, o respaldar la creatividad cultural de la localidad, para ganar una reputación, imagen y confianza entre los miembros de la comunidad o evitar su pérdida. A diferencia de la acción filantrópica, la acción de inversión social está íntimamente ligada al proceso de la empresa. (Caravedo, 2011, p. 33)

Ahora, como ya hemos afirmado, muchas necesidades básicas no pueden satisfacerse sin recurrir a los minerales; así mismo, si la industria minera solo responde a la demanda de productos, no podrá satisfacer lo que la sociedad espera de ella y seguirá generando el recelo con el que hoy se mira. Atendiendo a este discurso, de forma progresiva, el sector de la empresa minera ha venido interesándose cada vez más en la responsabilidad empresarial desde esta perspectiva economicista que acabamos de ver. Los autores Walker y Howard (2001), en cita recogida por García Pachón (2011 p. 294) han identificado algunas razones que han motivado el interés del sector en la RSE:

- Pobre opinión pública sobre el sector: el sentir del común de las gentes sobre la actividad extractiva es desfavorable, opinión que usualmente está influenciada por razones medio ambientales, sociales y laborales.
- Presión de ciertos grupos en contra de la legitimidad de la industria: algunos grupos de presión tales como grupos indígenas comunitarios han puesto en entredicho la legitimidad de los grandes grupos transnacionales de realizar explotación de minerales en ciertas zonas, por múltiples motivos, en donde resaltan el inadecuado balance entre beneficio empresarial y retorno para las comunidades.
- Barreras en el sector financiero: el sector financiero exige especiales garantías desde las perspectivas del manejo del riesgo y de la responsabilidad social.
- Dificultades con el mantenimiento de los permisos de operación.

Por otro lado, el Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM por su sigla en inglés), que es una organización liderada por directores ejecutivos de la industria

minera y dedicada al desarrollo sustentable, fue creada con el fin de mejorar el rendimiento en el desarrollo sustentable y la producción responsable de los recursos de minerales y metales que necesita la sociedad. Dicha organización, por medio de un acuerdo voluntario, creó “el Marco de Desarrollo Sustentable del ICMM”. Este se compone de algunos elementos, entre los cuales nos interesa un conjunto de 10 principios, conocidos como “Los diez principios del International Council on Mining and Metals”. Estos principios son:

1. Implementar y mantener practicas éticas en los negocios y sistemas de gobierno corporativo.
2. Integrar consideraciones de desarrollo sostenible en el proceso de decisiones de las empresas.
3. Defender los derechos humanos y respetar las culturas, costumbres y valores en las relaciones con los empleados y con cualquiera que pudiese verse afectado por las actividades industriales.
4. Implementar estrategias de manejo del riesgo basadas en datos relevantes y en datos científicos.
5. Buscar el mejoramiento continuo en asuntos relacionados con salud y seguridad.
6. Buscar el mejoramiento continuo en el desempeño ambiental.
7. Contribuir a la conservación de la biodiversidad y utilizar herramientas de manejo integrado del suelo.
8. Facilitar y promover prácticas de responsabilidad en el diseño de productos, re-uso, reciclaje, y eliminación adecuadamente.
9. Contribuir al desarrollo social, económico e institucional de las comunidades donde opera la industria.
10. Implementar el compromiso de manera efectiva y transparente, comunicando los acuerdos con los actores involucrados, permitiendo una verificación independiente”. (International Council on Mining and Metals, 2012)

Cabe aclarar que dichos principios no tienen ninguna fuerza vinculante, son un mecanismo de autorregulación y de cumplimiento voluntario por parte de la industria minera, por lo que no podría exigirse su cumplimiento. No obstante, lo que reflejan es una preocupación por parte de la agremiación minera por cambiar su imagen ante la comunidad a través de comprometerse y responsabilizarse del medio ambiente y la sociedad.

No obstante estos y otros esfuerzos, la forma de entender empresa y la RSE por parte de la industria minera sigue afectando los reales alcances de este último instrumento. Como sabemos, en muchos casos, la empresa necesita de la licencia social para desarrollar sus proyectos, incluso en casos específicos en los que la comunidad moviliza una identidad étnica, sin la consulta previa a la misma, no es posible su puesta en marcha. Si tenemos en cuenta los recursos económicos, culturales, sociales o simbólicos (en términos de Bourdieu (1987), los capitales) desiguales que tienen, por un lado, las empresas, y por otro, las poblaciones implicadas, y las relaciones asimétricas de poder que se entretajan entre estos dos polos, la RSE puede ser utilizada como instrumento para manipular a las comunidades. En otras palabras, la RSE es muchas veces una herramienta estratégica a través de la cual la empresa lava sus manos y busca obtener la aceptación de un proyecto, obra o actividad por parte de comunidades que real o potencialmente puedan formular oposiciones o reparos a su construcción y desarrollo.

Por otra parte, para algunos doctrinantes¹¹⁴, las acciones de RSE pueden generar problemas al desencadenar acciones paternalistas y de dependencia entre los “benefactores” y los beneficiarios. En el corto plazo, producen efectos positivos a ambos intereses, pero en un término mayor tienden a condicionarlos a la concesión de nuevos beneficios. Además, en el supuesto de interrumpirse o romperse ese vínculo, se podría deteriorar gravemente la relación entre ambos actores y perderse beneficios antes obtenidos y a los que la comunidad se encuentre acostumbrada.

¿Cómo ha afectado la construcción de este discurso de las empresas alrededor de la RSE el campo de lo jurídico en materia minera? Como es de esperarse, este

¹¹⁴ Ver: Osorio 2011 o Pachón 2011.

marco fáctico y conceptual no podía ser ignorado por el legislador¹¹⁵. Según la profesora García Pachón (2011), los asuntos relacionados con la RSE no hacían parte del proyecto de ley que dio vida a la Ley 1382/10 y fueron incluidos en la ponencia para segundo debate. El resultado de estas gestiones permitió que el Código de Minas incluyera la obligación para las empresas mineras de promover y efectuar actividades de responsabilidad social en un marco de “desarrollo humano sostenible”. Estas actividades, según esta ley, deben propender a la *“promoción de comportamientos voluntarios, socialmente responsables, a partir del diseño, desarrollo y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos que permitan el logro de objetivos sociales de mejoramiento en la calidad de vida de la población y la prevención y reparación de los daños ambientales en las regiones, subregiones y/o zonas de influencia.”*(Artículo 27, Ley 1382 de 2010)¹¹⁶

¿A qué se debe este cambio? Varias pueden ser las explicaciones. Una idea común durante las discusiones de la reforma del Código (Ley 1382 de 2010) fue que su objetivo era el de actualizar y armonizar la industria minera buscando una institucionalidad moderna y competitiva, así como lograr la consolidación de los pequeños y medianos mineros en empresarios que pudieran aprovechar y consolidar las oportunidades del progreso económico y social. Lo que apreciamos en la intención del legislador es la confirmación de una de las ideas que he planteado a lo largo de este texto y es la intención de buscar la unión de todos los factores deseables (competitividad y desarrollo humano, inversión extranjera y prelacones a algunos nacionales, gran minería y minería artesanal, Colombia país minero, biodiverso y multicultural) creando así una serie de contradicciones incompatibles unas con otras.

¹¹⁵ El Código de Minas Ley 685 de 2001 no estipulaba la obligación de la RSE y no hacía ninguna mención del concepto.

¹¹⁶ Este artículo, fue el que introdujo la Responsabilidad Social Empresarial al estatuto minero, pues, como ya dijimos, la ley 685 de 2001 no mencionaba nada en relación con el tema. Es posible que esta modificación tenga razón de ser en la creencia del legislador de la necesidad de la RSE en materia de minería por las serias afectaciones sociales que esta puede traer. También es posible que sea una expresión de la intención de generar un cambio en la forma en que son vistas las empresas.

De igual forma, y en ese mismo sentido, con la inclusión de artículos como el de la RSE se buscaba dar solución a los graves conflictos sociales y ambientales que la minería había generado en el país, “en un marco de competitividad y desarrollo humano sostenible”, los cuales fueron considerados pilares fundamentales de la reforma. En las discusiones que dieron lugar a la reforma del Código, se argumentaba que los países con Códigos de Minas y que no reconocieran el riesgo implícito que generaba el sector minero y las posibilidades de un acuerdo de “desarrollo humano sostenible”, en un marco de RSE, serían incapaces de atraer la inversión minera en el mercado globalizado actual. Para lograr esto, los congresistas exigieron una ley minera que incluyera esos conceptos (Ricaurte 2011). Sin embargo, este solo es un lado de la historia. Incluso desde la definición de RSE podemos percatarnos que su objetivo no es el de resolver problemas de fondo, sino generar una reacción amigable de la comunidad hacia la empresa para maximizar sus beneficios.

¿Cómo ha visto el sector empresarial esta inclusión de la RSE en el Código? Atendiendo a ese punto de vista de la empresa, la profesora Pachón (2011) sostiene que dicha obligación no es muy coherente con lo que se ha entendido por RSE y que por ende vulnera el sentido lógico de ella. A grandes rasgos se pueden dividir las críticas que subyacen en este discurso en 3: el contrasentido existente en la exigibilidad de la RSE, cuando conceptualmente ha sido construida como una conducta voluntaria; la libertad que debería tener la empresa para decidir la forma como lleva a cabo las actividades de RSE y, finalmente, la falta de instrumentos jurídicos que permitan a la administración hacer seguimiento de estas políticas.

Desde esta perspectiva, en primer lugar, estas voces precisan que si bien es cierto que la RSE es una forma de acción empresarial que permite mejoras sociales, en la medida en que permite reconocer a los actores involucrados parte del beneficio

empresarial, no debe ser exigible adelantar esas prácticas. Si lo que se desea es definir obligaciones para las empresas, estas deberían estar claramente identificadas en una norma específica, ya sea de tipo societario, laboral, ambiental, etc. Es más, afirman que la norma no es clara en la medida en que aunque da la orden de promover y efectuar actividades de RSE, luego establece que dichas actividades deben ser comportamientos voluntarios, lo cual atenta contra toda lógica jurídica. No tiene sentido obligar a asumir comportamientos voluntarios.

En segundo lugar, consideran que la norma no debe limitar el contenido de acciones que se adelantan en el marco de la RSE al establecer que ésta se desarrolla mediante políticas, planes, programas y proyectos que permitan el logro de objetivos sociales y con la prevención y reparación de los daños ambientales en la zona de influencia empresarial. Según esta tesis, no se debe obligar a la empresa a tener unas políticas de RSE porque esto implica un contrasentido. De acuerdo con la definición dada de RSE, en cada caso la empresa debería tener la libertad de identificar el actor involucrado que debe ser objeto de sus acciones. Así las cosas, la empresa podría perfectamente realizar sus movidas estratégicas para beneficiar a quien más le convenga y no a quien más lo necesite.

Por último, esta visión argumenta que si lo que se desea es que el sector minero desarrolle actividades dentro de un marco legal más exigente, con valores de equidad y conciencia social, sería labor del legislador crear aquellos instrumentos jurídicos que hagan falta y tarea de la administración exigir el cumplimiento de las normas. No se puede entregar a las empresas la labor de generar un orden más justo, que dentro de su lógica no es su finalidad. Es labor del Estado generar el equilibrio

7.3 ZONAS DE RESERVA ESPECIAL

El último punto a tratar en este acápite son las reservas especiales destinadas a realizar un proceso de selección objetiva¹¹⁷. Éstas son aquellas delimitadas por la autoridad minera sobre las cuales, de conformidad con la información geológica existente, se pueda adelantar un proyecto minero de gran importancia para el país. El objetivo es otorgar dichas áreas en contrato de concesión a través de un proceso de selección objetiva o licitación a quien ofrezca mejores condiciones técnicas, económicas y sociales. De esta forma, de acuerdo con la información del Ministerio de Minas y Energía, desde la expedición del Código de Minas Ley 685 de 2001, se habían declarado 28 áreas de reserva especial, que equivalían a 25.166 hectáreas aproximadamente (Pardo, 2012)

Luego de la declaración de inexecutable de la ley 1382 de 2010, la implementación de estas reservas han seguido contando con un interés marcado de parte del Estado para su implementación. En el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1450 de 2011) se redactó el siguiente artículo que, como vemos, prescribía lo mismo que el de la ley 1382 de 2010:

Artículo 108. La autoridad minera determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales podrá delimitar áreas especiales en áreas que se encuentren libres, sobre las cuales no se recibirán nuevas propuestas ni suscribirán contratos de concesión minera. Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas en contrato de concesión especial a través de un proceso de selección objetiva, en el cual la autoridad minera establecerá en los términos de referencia, las contraprestaciones mínimas de las regalías que los interesados deban ofrecer.

¹¹⁷ Artículo 31, Reservas Especiales según redacción de la Ley 1382 de 2010. La Autoridad Minera también podrá delimitar otras áreas especiales que se encuentren libres, sobre las cuales, de conformidad con la información geológica existente, se puede adelantar un proyecto minero de gran importancia para el país, con el objeto de otorgarlas en contrato de concesión a través de un proceso de selección objetiva, a quien ofrezca mejores condiciones técnicas, económicas, sociales y ambientales para el aprovechamiento del recurso. Dentro de estos procesos la Autoridad Minera establecerá las contraprestaciones económicas, además de las regalías previstas por la ley, que los proponentes deban ofrecer. Las áreas que no hubieren sido otorgadas dentro del término de tres (3) años contados a partir de la delimitación del área, quedarán libres para ser otorgadas bajo el régimen de concesión regulado por este Código. La Autoridad Minera señalará el procedimiento general, así como las condiciones y requisitos para escoger al titular minero en cada caso.

En desarrollo de lo anterior, en febrero de 2012, se expidió la Resolución 18 0241, por medio de la cual se declaran y delimitan unas Áreas Estratégicas Mineras (AEM), en el entendido de que al gobierno nacional le interesa *“buscar el desarrollo sostenible del sector bajo un concepto de responsabilidad técnica, ambiental y social, haciendo un aprovechamiento racional de los minerales estratégicos, con los mejores estándares de operación y de seguridad e higiene, para garantizar las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades”* (Ministerio de Minas y Energía, 2010). Estas áreas se entregaran bajo licitación, lo que claramente las ubica como zonas de reserva especial.

La forma de regular este tema claramente muestra las expectativas y dificultades técnicas del gobierno y del Estado en general en su búsqueda de un desarrollo de la industria minera, pero también los intereses de las grandes compañías en el campo del derecho. Una norma como ésta evidentemente las favorece al ser zonas de uso exclusivo para ellas. Además, facilita la corrupción en el sentido de que se puede otorgar un área especial basándose en cualquier criterio, como por ejemplo el poder económico o técnico de la empresa, sin saber cuáles son las características más adecuadas para esa explotación, en tanto no se conoce las características del yacimiento¹¹⁸. Como bien dice Ricaurte de Bejarano:

(...) introduce un sistema de selección del concesionario minero que no se rige por el principio general consagrado en el artículo 16 del Código de primero en el tiempo, primero en el derecho, sino mediante licitación o concurso, sistemas que en son propios de la contratación de recursos naturales o renovables, especialmente cuando no se tiene información de las condiciones geológicas del área a licitar. El sistema de selección del contratista mediante licitación o concurso es útil cuando lo que se persigue es la selección del mejor postor para la adquisición de un bien o realización de una obra, caso que no sucede con la minería, pues si no se ha realizado exploración técnica, poco se sabe sobre las características y dimensiones del yacimiento, o de las eventuales utilidades. (...) (Ricaurte, 2010, p.91)

¹¹⁸ El contrato de concesión o título minero se entrega al interesado antes de realizar estudios de factibilidad y exploración; el título es el primer paso para que el contratista inicie actividades tendientes a conocer las características propias del yacimiento y luego lo explote.

Después del recorrido por estos tres elementos, podemos concluir que es lógico y predecible que las diferentes empresas mineras, al igual que los actores que antes mencionamos en capítulos previos, busquen hacer prevalecer sus intereses en la legislación minera; no obstante, no podemos olvidar que las primeras van a manejar un mayor capital (económico, social, cultural o simbólico) en esa pugna. En términos generales, la empresa es considerada como uno de los ejes fundamentales para desarrollar el modelo económico que ciertos sectores desean para el país; por esta razón, el Estado busca proteger un actor que produce dinero, genera empleo, y tiene un gran poder de influencia. Cuando se trata de empresas extranjeras, esta relación es aún mayor debido a que el tipo de inversión que generan ha estado asociado a la percepción de desarrollo y crecimiento económico actual, siendo esta otra razón más para obtener protección y concesiones especiales reforzadas por parte del Estado. Es por ello también que al momento de regular su actuación y ordenársele responder por los impactos socio-ambientales se generan reticencias (como lo vimos con la RSE).

La empresa como actor en el campo del derecho minero ha tenido durante muchos años una especial relación con el Estado colombiano, y a pesar de que recientemente por razones y actores que mencionamos antes se ven enfrentadas a diferentes discursos contrapuestos (incluso dentro del mismo estado), son claramente el actor al que se le ha encargado jalonar el desarrollo del país; la locomotora minera en el discurso del gobierno no tiene otras ruedas que no sean las de la empresa.

8. CONCLUSIONES

A partir del análisis de los discursos y tensiones presentes en el Código de Minas, podemos decir que, evidentemente, como nos planteaban los autores en el marco teórico, nos encontramos en un campo social más, el campo jurídico, donde se decide que normas deben regir la actividad minera. Existen unos actores que tal vez no pueden ser diferenciados muy claramente pero que constituyen discursos diferenciados y que afectan en mayor o menor medida las formulaciones normativas a partir de la utilización de sus distintos capitales, bien sea a través de la utilización de normas ya establecidas, de movilizaciones sociales, de reivindicaciones étnicas y culturales, de lobby político, de poderío económico, de instrumentos internacionales, de la publicidad, de medios de comunicación masivos, entre muchos otros.

Finalmente, además de constatar lo anterior, queremos presentar ciertas conclusiones con las cuales pretendemos, de forma muy concisa, recoger sintetizados los ejes centrales que emergieron a lo largo de este trabajo:

- La actividad minera es absolutamente necesaria para el desarrollo y mantenimiento de una sociedad y una vida con las características actuales. Nuestro país por su parte, ha tenido actividades de extracción de minerales desde tiempos inmemoriales; luego, las minas fueron determinantes en la consolidación de la república colombiana y de la nación que hoy conocemos. Así pues, la discusión no debe centrarse en el asunto de si se deben o no realizar actividades de explotación minera, sino, más bien, en preguntas relacionadas con la realización de la actividad, tales como: ¿qué clase de minería queremos como país?, ¿en qué lugares queremos hacerla?, ¿qué destinación queremos darle a los ingresos que ésta genera?, ¿qué tipo de proyectos mineros estamos dispuestos a aceptar?, ¿queremos que sea una de

las locomotoras de desarrollo?, ¿en qué lugar de las prioridades nacionales queremos que este ubicada?, ¿queremos dar prelación a inversiones extranjeras o a pequeños proyectos de minería nacionales?, entre muchas otras. Estas cuestiones enriquecerían la discusión y la centrarían en los aspectos más relevantes, alejándola de la polarización y desconocimiento que hoy revela una discusión apasionada, retirada de la realidad y realmente dañina para el país.

- Los diferentes intereses de los actores afectan e influyen los discursos y la forma de comprender los conceptos fundamentales sobre los que se generan las tensiones. Conceptos centrales como “desarrollo”, “sostenibilidad”, “calidad de vida”, “utilidad pública”, “interés general” y “progreso” pueden tener contenidos opuestos a los ojos de cada actor que deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar el tema minero en Colombia. A modo de ejemplo, podemos decir que para un minero artesanal la sostenibilidad implica que su actividad, por ser en pequeña proporción, permitirá que las siguientes generaciones puedan disfrutar de los recursos que él explota; por su parte, una gran empresa podría expresar que la sostenibilidad implica un equilibrio entre el aspecto social, el ambiental y el económico; y un ambientalista podría argumentar que es imposible la sostenibilidad en el desarrollo de una actividad como la minera, en tanto, explota recursos no renovables.
- Como se desprende de la idea anterior, gran parte de los conceptos que contiene la legislación minera han tenido un pobre desarrollo en la norma, no se han fijado sus límites ni sus alcances; claramente estamos en un campo social donde se lucha por establecer que es Derecho, da lugar a que los actores se apropien de los mismos a partir de su cosmovisión e intenten impregnarlos con sus propios intereses. El hecho de que no se definan con claridad las ideas que subyacen a la norma, produce una discusión alejada en los puntos de partida en la que se intentan imponer siempre la visión y los intereses de unos sobre otros. Es decir que si no establecemos convenciones

sobre que entendemos por “sostenibilidad” “desarrollo” “interés general” etc., los actores podrían discrepar interminablemente sobre si la actividad minera genera o no desarrollo y si está siendo o no coherente con el interés general, toda vez que no existe claridad sobre la forma y los contenidos que deben tener cada concepto.

- Tanto el Estado en general, como los gobiernos de turno que lo representan, son un agente más en la pugna que se libra en el campo jurídico. Así mismo, el campo estatal es un espacio en construcción, hecho que se denota en la inexistencia de una priorización de actividades e intereses por parte del Estado. En cuanto al Estado, en su Constitución Política contiene gran cantidad de derechos, deberes y garantías de protección al medio ambiente; la “Constitución Ecológica” nos hace pensar que el medio ambiente tiene un lugar privilegiado. Igualmente, la Carta Política también expresa que Colombia es un Estado pluriétnico y multicultural, por ello, contiene normas que facilitan la participación y la toma en cuenta de la perspectiva de las comunidades para proyectos y actos legislativos que los afecten; es claro entonces que el tema étnico es central. Finalmente, también consagra un modelo de desarrollo y de crecimiento económico que privilegia el desarrollo de actividades como la minería. ¿Estas categorías son excluyentes? En ocasiones lo son, y es ahí donde el Estado, para saber cuál categoría es más importante para él y está por encima de las otras, toma decisiones influenciado por los otros actores implicados y las circunstancias que se presentan en un momento dado. En cuanto a los gobiernos de turno les ocurre lo mismo: tienen una intención de desarrollar varios frentes, que algunas veces son opuestos, a través de unas locomotoras, sin percatarse que si no se precisa cuál debe ir primero o a qué se está respondiendo, colisionan.
- Son abundantes en la legislación minera las normas que parecen obedecer a la satisfacción de los diferentes intereses, pero que solo lo hacen en apariencia; son normas que apaciguan los ánimos de los actores a través de

preceptos aparentes e inútiles a los intereses reales de los mismos. Por ejemplo, cuando el Código consagra en sus primeros artículos la sostenibilidad como eje rector del acontecer minero, pareciera que lo que busca el Estado es simplemente contener conceptos importantes y necesarios para los ambientalistas, sin importar que sea anti técnico, incluso en ocasiones imposible. Tenemos como ejemplo también las legalizaciones de mineros sin título, que no han sido más que intentos fallidos, algunas veces por aspectos realmente predecibles. Pensemos en la dificultad probatoria de los mineros para acreditar el desarrollo de su actividad, otra vez pareciera que hay una intención de mostrar la apertura del Estado a este tipo de mineros artesanales, pero, en el fondo, al no hacerse seguimiento de los programas y exigirse requisitos desmedidos, no parece una intención seria.

- La norma minera se ve fuertemente jalonada por la intención gubernamental de desarrollar la actividad a como dé lugar de forma cortoplacista, es más la ansiedad de generar un crecimiento inmediato a hacerlo de forma organizada, adecuada, responsable, equitativa y eficiente. Por esta razón, los actores que se ven excluidos o afectados en sus intereses, generan mecanismos de influencia y defensa frente a la legislación.
- Desde nuestro descubrimiento como continente, el oro la plata y demás minerales han sido supremamente estimulantes para el Estado; sin embargo ha sido más fuerte la voluntad de enriquecimiento, que la verdadera planeación, distribución y análisis de posibilidades. Como vimos, Vasco Núñez de Balboa, pocos años después del descubrimiento de América, ya prometía al Rey el gran porvenir minero de nuestra tierra; decenas de presidentes lo auguraron luego; hoy Juan Manuel Santos no es la excepción. No obstante, mientras no se formule una discusión transparente, realista, abierta, concienzuda, técnica, no se logrará tan anhelado plan, y más importante aún, no conoceremos nuestras verdaderas posibilidades, que por cierto, no dependen exclusivamente de la cantidad de minerales. Si somos coherentes

con la Constitución Política, existe la posibilidad de que Colombia no sea un país minero, a pesar de sus abundantes riquezas minerales, esto por su inmensa riqueza étnica y cultural así como de biodiversidad y ecológica. Sin embargo reitero, no lo sabremos hasta que pongamos de forma transparente todas las cartas sobre la mesa.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ, 2011, Gloria Lucia. Las áreas protegidas en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

AMAYA, 2011, Ángela María. Minería, Energía y Medio Ambiente, las zonas reservadas, excluidas y restringidas de la minería en Colombia. Universidad Externado, Bogotá.

AMAYA, 2002, Oscar Darío. La Constitución ecológica de Colombia. Universidad Externado, Bogotá.

BOURDIEU, 1987, Pierre. The force of law: Towards a Sociology of the juridical Field. University of California.

BOYLE, 1992, James. Critical Legal Studies, the international library of essays in law and legal theory, schools 4. Dartmouth publishing co., Aldershot, U.K.

BURGOS, 2011, Manuel Santiago. El manejo del riesgo: una asignatura pendiente, Lecturas Sobre el Medio Ambiente, Universidad Externado, Bogotá.

CARAVEDO, 2011, Baltazar, Responsabilidad social: voces de la sociedad peruana por una nueva ética. Universidad del Pacífico, Lima.

CARRIZOSA, 1992, Julio. La Viabilidad del Desarrollo Sustentable en Colombia: Una contrapuesta, En Guhl, Ernesto, Bogotá

ENGLE, GRIFFITHS, TAMANAHA, 2007, Sally Merry, John, Brian Z. Pluralismo jurídico estudio preliminar. Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Bogotá.

FOUCAULT, 1988, Michel. El Sujeto y El Poder, Revista Mexicana de Sociología, Vol. 50, No. 3. Universidad Nacional autónoma de México.

GARAY, 2004, Luis Jorge. Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996. Biblioteca Virtual del Banco de la República.

GONZALEZ, 1973, Enrique. Estudio de la Minería en Colombia, Codesarrollo, Medellín.

HILLON VEGA, 2011, Yulieth Teresa. El Caracol en su laberinto. Migración y transformación social de los migrantes Colombianos en Aragón.

HURTADO, 2011, Jorge Iván. Minería, Energía y Medio Ambiente, Breves consideraciones sobre la minería ilegal en Colombia. Universidad Externado, Bogotá.

JIMENEZ DE PARGA, 2001, Pedro. El principio de precaución en el derecho internacional del medio ambiente, La Ley, Madrid.

JIMENEZ, 2010, Ivonne del Pilar. Temas de derecho minero, análisis de la reglamentación a la ley 1382 de 2010. Universidad Externado, Bogotá.

MELO, 1986, Jorge Orlando. Núñez y Caro en 1886. Banco de la República. Bogotá: Biblioteca Virtual del Banco de la República.

MOLEÓN, 1999, Pedro. El oro y la plata de las Indias en la época de los Austrias: La Exposición, Fundación ICO, España.

MORALES DE SETIÉN, 2000, Carlos. La fuerza del Derecho, Pierre Bourdieu, Gunther Teubner, Estudio Preliminar. Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

OSORIO, 2011, Alvaro, Servicios públicos domiciliarios y responsabilidad social empresarial, Universidad Externado, Bogotá.

PACHÓN, 2011, María del Pilar. Minería, Energía y Medio Ambiente, la responsabilidad social empresarial en el sector minero Colombiano. Universidad Externado, Bogotá.

POVEDA, 2005, Gabriel. La minería colonial y republicana. Cinco siglos de variantes y desarrollos. Biblioteca Virtual del Banco de la República.

QUEREJAZU, 1999, Pedro. Potosí. Un campamento minero en torno a un cerro de plata, El oro y la plata de las Indias en la época de los Austrias, Fundación ICO, España.

REED, 2002, Darryl. Recourse Extraction industries in Developing Countries, Journal of Business Ethics: Vol 39 No 3.

RICAURTE, 2010, Margarita. Código de Minas comentado. 2da edición, Universidad Externado, Bogotá.

RODRIGUEZ, 2011, César. Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minifields, Indiana Journal of Global Legal Studies Vol. 18, No. 1

SAFFORD, 2002, Marco y PALACIOS, Frank. Colombia. País fragmentado, sociedad dividida. Norma, Bogotá.

SVAMPA, 2005, Maristella Ciudadanía, estado y globalización: Una mirada desde la Argentina contemporánea, en línea.

TEUBNER, 2000, Gunther. Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno, estudio preliminar y traducción de Carlos Morales. Siglo del Hombre editores, Bogotá.

TRAZEGNIES, 1995, Fernando. Ciriaco de Urtecho: Litigante por amor. Tercera Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú.

VARGAS PIMIENTO, 2005, Elkin. Gotas de aceite, lágrimas de oro, apuntes históricos, jurídicos y políticos sobre el sector minero Colombiano. Gobernación de Antioquia, Medellín.

WEST, 1952, Robert. Folk Mining in Colombia, Economic Geography: Vol 28 No 4

WOOF, 2004, the dangers of ilegal mining. World Mining equipment, no. 3.

ZAPATA, 2006, Jose Vicente. Viabilidad Jurídica del Desarrollo Sostenible, 15 años de la Constitución Política de Colombia. Universidad Externado, Bogotá.

NORMATIVIDAD:

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL ESTADO SOBERANO DE ANTIOQUIA. Ley 38 de 1887 (4, diciembre, 1887). Que adiciona y reforma el código de minas y la ley 292 de 1875.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 60 de 1967. (12, diciembre, 1967). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre transformación, adjudicación y contratación de minerales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1967.

----- Ley 20 de 1969. (29, diciembre, 1969). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos. Diario Oficial. Bogotá, D.C., No 32.964.

----- Ley 165 de 1994. (9, noviembre, 1994). Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Diario Oficial. Bogotá, D.C. 1994. Nro. 41589.

----- Ley 685 de 2001 (15, agosto, 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2001. No. 44545.

----- Ley 1382 de 2010. (9, febrero, 2010). Por la cual se modifica la Ley 685 Código de Minas. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. No. 47618.

COLOMBIA. Constitución Política de 1991.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto-Ley Ley 2811 de 1974 (18, diciembre, 1974). Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1974. No. 34243.

----- Decreto 622 de 1977. (16, marzo, 1977). Por el cual se reglamentan parcialmente el capítulo V, título II, parte XIII, libro II del Decreto- Ley número 2811

de 1974 sobre «sistema de parques nacionales»; la Ley 23 de 1973 y la Ley 2a de 1959. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1977.

----- . Decreto-Ley 2655 de 1988 (23, diciembre, 1988). Por el cual se expide el Código de Minas. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1988. No. 38.626

----- . Decreto 216 de 2003 (3, febrero, 2003). “Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2003. Nro. 45.086.

----- . Decreto 2855 de 2005. (25, agosto, 2005). Por el cual se modifica el Decreto 1974 de 1989. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2006. Nro. 46371.

----- . Decreto 2372 de 2010. (1, julio, 2010). Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto-ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. Nro. 47757.

OIT. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

JURISPRUDENCIA:

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias:

T-02 de 1992

T-411 de 1992

C-221 de 1997

C-320 de 1998

C-674 de 1998

T-453 de 1998
C-794 de 2000
C-891 de 2002
C-339 de 2002
C 418 de 2002
C-620 de 2003
T-955 de 2003
T-769 de 2009
T-203 de 2010
C-595 de 2010
T-745 de 2010
C-366 de 2011

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera. (3 de febrero de 2010). Expediente 33187. MP. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Acuerdo n. 52, Corte Plena. MP. Marcelino Pulido.

EN LÍNEA:

BANCO DE LA REPUBLICA. Biblioteca virtual. Disponible en:
<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/indice>

CONGRESO DE LA REPUBLICA, 2000, Exposición de motivos ley 685 de 2001, disponible en:
<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>

CRIC, 2005, Autodiagnóstico Minero Indígena del Cauca, Colombia.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2010. Disponible en:
<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/mineriaColombia.pdf>

DUQUE, 2011. María Victoria. Minería en el Páramo de Santurbán: ¡No viable!.
Disponible en:
<http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/1717-mineria-en-el-paramo-de-santurban-ino-viable.html>

EL ESPECTADOR, 2012. El no rotundo de los nasas a la minería. Disponible en:
<http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/vivir/articulo-381034-el-no-rotundo-de-los-nasas-mineria>

ENCINAS, 2005, Beatriz, Marco conceptual de la Responsabilidad Social de las Empresas. La dimensión social de la empresa. Disponible en:

FRASER INSTITUTE REPORT 2009. Disponible en:
<http://www.fraserinstitute.org/>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Disponible en:
http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf

OUR COMMON FUTURE REPORT, 2012, World Commission on Environment and Development, Disponible en:
<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>

PARDO, 2012, Maria del Pilar, Áreas de reserva minera: importancia estratégica y confusión general. Disponible en:
http://desdeelsurtecontamos.blogspot.com/2012_07_01_archive.html

RAZON PUBLICA, 2011. PÁRAMO DE SANTURBÁN: EL AGUA O EL ORO

Disponible en:

<http://www.razonpublica.com/index.php/regiones-temas-31/1648-paramo-de-santurban-el-agua-o-el-oro.html>