

LA REGULACIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL DE LA MINERÍA EN COLOMBIA: COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE MINAS

SEBASTIÁN RUBIANO GALVIS

RESUMEN

La normatividad minera en un país megadiverso como Colombia debería ser coherente con esa realidad. No obstante, la regulación actual de la minería no lo es. El Gobierno ha elaborado un proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Este documento contiene un análisis crítico de algunos aspectos de dicha propuesta, especialmente de aquellos relacionados con la regulación ambiental y social de la actividad minera. El análisis muestra que el proyecto, tal y como está planteado, no está acorde con los estándares nacionales e internacionales de protección ambiental y no contribuye a superar el desbalance que hay entre la intención minera y el estado de avance del ordenamiento ambiental del territorio nacional. En este documento se ofrecen alternativas de regulación y se propone una moratoria minera indefinida hasta tanto no se avance sustantivamente en el ordenamiento territorial ambiental, con el fin de que no se sigan perpetuando los perversos impactos ambientales y sociales de una minería sin controles rigurosos.

INTRODUCCIÓN

En el año 2010 entró en vigencia la Ley 1382, la cual reformó el Código de Minas (Ley 685 de 2001) en distintos aspectos. Los propósitos de esta Ley eran la modernización de la industria minera, la promoción de la inversión y la agilización de los trámites de obtención de títulos mineros. Esta Ley también introdujo la prohibición de la actividad minera en zonas como los páramos y los humedales Ramsar, las cuales no estaban excluidas de la minería en la regulación del Código de Minas de 2001. No obstante, la norma no fue consultada con los grupos étnicos del país. Por ello, fue demandada ante la Corte Constitucional, pues la consulta previa es un derecho fundamental de

dichos grupos que no fue respetado al regular una actividad como la minería, la cual afecta directamente sus intereses y territorios.

El 11 de mayo de 2011, la Corte Constitucional declaró que la Ley 1382 de 2010 era inexecutable por haber omitido la consulta previa.¹ Sin embargo, la Corte ordenó que la Ley permaneciera vigente transitoriamente por dos años para no causar efectos nocivos al medio ambiente, pues dicha Ley contenía normas más garantistas en materia ambiental que las que había en el Código de Minas; por ello, sacarla del ordenamiento podría dejar sin protección ecosistemas estratégicos excluidos de la minería como los páramos o humedales

1 Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011.

Ramsar.² El plazo de dos años dispuesto por la Corte vence el 11 de mayo de 2013. Ese día, la Ley 1382 quedará sin efecto alguno. Ante este panorama, el Gobierno tiene dos opciones: presentar al Congreso una nueva ley de reforma al Código de Minas de 2001 –esta vez sí consultada con los grupos étnicos– o no presentar ningún proyecto y dejar que la minería quede regulada solamente por la Ley 685 de 2001. El Gobierno ha optado por la primera opción y ha elaborado un proyecto de ley de reforma al Código de Minas.

En este documento se discuten algunos aspectos de dicho proyecto de ley, el cual ha circulado entre organizaciones e instituciones del Estado y todo parece indicar que será el que se consultará con los grupos étnicos. El trámite de esta iniciativa es una oportunidad “de oro” que tiene el Gobierno para promover una regulación rigurosa de la industria minera en materia ambiental y social. En la medida en que es muy probable que el proyecto sea modificado durante

la consulta previa y durante el trámite legislativo, más que comentar exhaustiva y detalladamente el articulado, en este documento se discutirá una selección de aspectos claves del proyecto con especial énfasis en aquellos que tienen que ver con la regulación ambiental y social de la minería.³ En cada aspecto se comentará la conveniencia de la propuesta y además se propondrá una regulación alternativa que propenda por un control más estricto de la minería en lo relativo a sus impactos ambientales.

1. LA NECESIDAD DE FORTALECER LA REGULACIÓN AMBIENTAL DE LA MINERÍA

Es absolutamente urgente aumentar sustantivamente los estándares de protección ambiental frente a la industria minera en el país. En primer lugar, ya existe suficiente evidencia

de los impactos nocivos que esta actividad ha causado y de los que podría causar.⁴ En segundo lugar, se han expedido numerosos títulos mineros en zonas de especial importancia ecológica. Como se ha documentado, entre 2002 y 2010 la expedición de títulos se disparó exponencialmente, lo cual incluyó la concesión de los mismos en páramos, humedales, parques naturales, manglares, entre otras zonas, lo cual fue abiertamente contrario a las normas de protección de estos ecosistemas.⁵ En tercer lugar, los procesos de licenciamiento ambiental son profundamente débiles. Como lo reportaron Toro et al. (2010) con base en un informe de la Contraloría (2006), entre 1994 y 2005 apenas se negaron el 3% de todas las solicitudes de licencias ambientales. Esto revela que las autoridades ambientales –sobre todo las corporaciones autónomas regionales, aunque no solamente– no han hecho un trabajo riguroso. Por ello, antes de que la minería siga causando profundos daños, es necesario que el Gobierno y el Congreso intervengan aumentando los estándares normativos de protección.

Claudia Jiménez, directora ejecutiva de la Asociación del Sector de la Minería a Gran Escala (SMGE) y exfuncionaria del Ministerio de Minas, ha manifestado en distintos espacios que “los problemas del sector mineros no son legales, son de eficiencia administrativa”. Jiménez ha destacado el principio constitucional de la sostenibilidad fiscal, la creación del Viceministerio de Minas y de las agencias nacionales de minería y de licencias ambientales son avances importantes “porque el problema no es de leyes sino de institucionalidad”.⁶ Es cierto que ha habido problemas de ineficacia e ineficiencia institucional. Pero como se mostrará en este documento, también es cierto que la regulación legal de la minería, desde el punto de vista de la protección ambiental, *también*

2 Cuando se expidió esta sentencia, no había sido aprobada la Ley 1450 de 2011, cuyo Art. 202 reiteró la exclusión de páramos y humedales de la minería. En todo caso, jurisprudencia previa y múltiples instrumentos ambientales internacionales ya garantizaban dicha exclusión.

3 Para un análisis de las implicaciones económicas, fiscales y tributarias del proyecto y de la normatividad minera actual, ver estudios de Guillermo Rudas y Álvaro Pardo en la web de *Colombia Punto Medio*.

4 Impactos tales como pérdida de biodiversidad, contaminación de aguas superficiales y acuíferos, sedimentación de cuerpos en agua, aumento de la fragilidad y vulnerabilidad de ecosistemas sensibles al cambio climático como los bosques andinos, los humedales y los páramos, erosión, disminución de la acidez y fertilidad de los suelos, producción de partículas atmosféricas contaminantes, alteración del paisaje, entre otros. Ver Fierro (2011); IDEAM (2010).

5 Rudas (2010); Fierro (2010); *La Silla Vacía* (2011, 11 de agosto). “La escandalosa adjudicación de títulos mineros en parques naturales”.

6 Jiménez, Claudia (2010, septiembre 24). “Lo bueno y lo malo que ha pasado con la locomotora minera”. *El Tiempo*.

El trámite de esta iniciativa es una oportunidad “de oro” que tiene el Gobierno para promover una regulación rigurosa de la industria minera en materia ambiental y social

tiene serios vacíos y deficiencias estructurales. Por esto, es muy importante contar con una regulación sólida y estricta de la industria minera en sus dimensiones ambientales y sociales. Es fundamental que la normatividad minera sea coherente con los deberes constitucionales e internacionales del Estado y los particulares de protección del ambiente sano, los recursos naturales y la biodiversidad.

Vale la pena aclarar que no todos los temas que se comentan en este documento deberían ser objeto de una ley minera. El ordenamiento de los páramos, por ejemplo, es una tarea que se le encomendó a las CAR en 2004 pero que hasta ahora no han cumplido. Que en el marco de una ley minera discutamos aspectos ambientales tiene que ver con este tipo de ineficacias institucionales, pero también con el hecho de que la Corte Constitucional señaló que el Código de Minas y la Ley 99 de 1993 tienen la misma jerarquía normativa por ser ambas leyes ordinarias por lo cual no es inconstitucional que una ley minera reforme una ambiental.⁷ Adicionalmente, si bien las propuestas normativas que se presentan en este documento serían útiles para fortalecer la regulación ambiental y social de la minería, es claro que no necesariamente todas deberían incluirse en una ley que reforma el Código de Minas, pero dado que esta iniciativa se discutirá pronto, es en todo caso una buena oportunidad para ponerlas sobre la mesa.

2. COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley que el Gobierno ha circulado pretende adicionar, modificar y derogar múltiples aspectos del Código de Minas (Ley 685 de 2001). El trámite de este proyecto es una gran oportunidad para: (i) rescatar los puntos positivos en materia de protección al ambiente que estaban en la Ley 1382 de 2010 y que dejarán de tener validez en mayo de 2013; (ii) adicionar aspectos que no estaban incluidos ni en la Ley 685 ni en la Ley 1382 y que son fundamentales para lograr una regulación ambiental y social estricta de la minería; (iii) poner sobre la mesa propuestas que aunque no necesariamente se deberían regular en la normatividad minera, sí serían necesarias para fortalecer la regulación ambiental y social de esta industria.

7 Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002.

TEMAS POSITIVOS

El proyecto de ley contiene algunos aspectos positivos que vale la pena destacar. En primer lugar, se conserva la disposición de la Ley 1382 relativa a la exclusión de la minería de zonas como los ecosistemas de páramo y los humedales incluidos en la lista de la Convención de Ramsar (Art. 7 PL). Múltiples instrumentos de normatividad nacional e internacional exigen excluir estas áreas de la minería⁸, por lo cual es importante que se conserve esta disposición, ya que ésta no estaba prevista en la Ley 685 de 2001.⁹

En segundo lugar, siguiendo el ejemplo de la legislación minera peruana,¹⁰ el proyecto instaura el sistema de cuadrículas para el otorgamiento de títulos mineros (Art. 10 PL). Las Normas Técnicas para Planos y Mapas para Minería que aprobó el Decreto 3290 de 2003 ya establecían que los planos topográficos se hicieran de acuerdo a un esquema de grillas, pero el problema es que éstas nunca se estandarizaron en un sistema centralizado. Por lo anterior, en el sistema actual, las solicitudes de títulos mineros se hacen simplemente con las coordenadas geográficas y con la presentación de un plano topográfico. Adoptar el sistema de cuadrículas permitiría una mejor organización y fiscalización de las solicitudes y los títulos mineros, evitando así la concesión de títulos con polígonos irregulares –i.e. casos absurdos de títulos mineros de 800 m de largo por 30 cm de ancho, como lo denunció el exministro de Minas Carlos Rodado¹¹–, y restringiría la abusiva práctica del fraccionamiento de títulos

(...)si bien las propuestas normativas que se presentan en este documento serían útiles para fortalecer la regulación ambiental y social de la minería, es claro que no necesariamente todas deberían incluirse en una ley que reforma el Código de Minas, pero dado que esta iniciativa se discutirá pronto, es en todo caso una buena oportunidad para ponerlas sobre la mesa.

8 Arts. 8, 58, 79, 80, 333 y 334 de la Constitución Política; Corte Constitucional, sentencias C-339 de 2002 y C-443 de 2009; Convenio de Diversidad Biológica; Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático; Convenio Ramsar.

9 Sin embargo, el Art. 202 de la Ley 1450 de 2011 había reiterado ya la exclusión de páramos y humedales de la minería.

10 Ley General de Minería del Perú, Decreto Supremo N° 014-92 EM.

11 Rodado, Carlos (2011). "Minería para la prosperidad. Reforma institucional y política minera". Bogotá, agosto 5 de 2011. Presentación del Ministerio de Minas y Energía.



LA REGULACIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL DE LA MINERÍA EN COLOMBIA: COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE MINAS

mineros para eludir el pago del canon superficial por exploración.¹²

En tercer lugar, el proyecto mantiene la derogatoria del artículo 213 del Código de Minas que se había establecido en la Ley 1382. Dicho artículo fijaba unas causales taxativas para la negación de licencias ambientales para explotación minera y señalaba que en ningún caso podía negarse una licencia por razones formales o procedimentales. Esta norma era problemática, ya que implicaba una invasión a la órbita de competencia de las autoridades

ambientales para decidir cuándo negar u otorgar licencias ambientales, decisión que además obedece a criterios técnicos. Aunque la Corte Constitucional declaró que esta norma no era inconstitucional ya que remitía a otras regulaciones de rango no legal sobre evaluación de impactos ambientales –como la Resolución 1552 de 2005–,¹³ en la Ley 1382 se decidió eliminar dicho artículo. Es positivo que el proyecto reitere dicha derogatoria, pues así se evitan equívocos en licenciamiento de casos concretos.

Pese a los aspectos positivos, el Proyecto es bastante débil en materia de regulación ambiental de la minería. Tal y como está planteada, la iniciativa no es suficiente para armonizar la legislación minera con los estándares nacionales e internacionales de protección al ambiente.

TEMAS CRÍTICOS Y PROPUESTAS DE REGULACIÓN

Pese a los aspectos positivos, el proyecto es bastante débil en materia de regulación ambiental de la minería. Tal y como está planteada, la iniciativa no es suficiente para armonizar la legislación minera con los estándares nacionales e internacionales de protección al ambiente. En esta sección se comentan algunos aspectos críticos del proyecto en temas ambientales y sociales.

ASPECTOS AMBIENTALES

1. REGULACIÓN DE LA FASE DE EXPLORACIÓN MINERA

En el proyecto hay un punto muy problemático en lo relativo a la fase de exploración de la superficie y del subsuelo y es que la regulación

términos de protección al ambiente de dicha fase es muy débil.¹⁴ Esto se evidencia de dos formas. En primer lugar, el único estándar de regulación para la fase de exploración sigue siendo la *Guía Minero Ambiental para la exploración minera*.¹⁵ Según el artículo 81 del Código de Minas, el concesionario minero está obligado a adelantar la exploración siguiendo las Guías Ambientales para minería, incluyendo la de exploración. Esta guía fue la respuesta del Gobierno a la eliminación del requisito de solicitar licencia ambiental para la fase de exploración minera, la cual ahora sólo se requiere para la fase de explotación.¹⁶ Esta decisión fue muy problemática, pues una guía voluntaria y con débiles estándares no compensa la ausencia de una regulación estricta.¹⁷ Además, no se hicieron estudios técnicos, ambientales y sociales que justificaran la exclusión de la exploración del requisito de licenciamiento ambiental, simplemente fue una decisión de política de inversión para impulsar el entonces recién expedido Código de Minas.

De acuerdo con la Resolución 1023 de 2005, las Guías Ambientales son meros documentos técnicos de “consulta y orientación conceptual y metodológica para apoyar la gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades”; es decir, son instrumentos de autorregulación que no son jurídicamente vinculantes. En ese sentido, hay un vacío de regulación que subsiste desde 2002 y que la Ley 1382 no subsanó. Como lo han propuesto Gloria A. Rodríguez (2011) y otros, es fundamental volver a considerar la exploración minera como actividad sujeta a licenciamiento. Los argumentos para la exclusión tienen sustento económico –como la necesidad promover la inversión extranjera o

14 Sobre los impactos de la fase de exploración minera, ver IDEAM (2010) y Contraloría (2008).

15 Los proyectos de exploración que requieran construcción de vías, requieren licencia ambiental (Art. 13 Ley 1382), pero esto se debe a que la construcción de vías sí requiere licencia según el Decreto 2820 de 2010, por lo cual no es la exploración como tal lo que evalúa la autoridad ambiental, sino la construcción vial.

16 El Decreto 1728 de 2002 eliminó el requisito de licencia ambiental para la fase de exploración minera. Este requisito existía en el Art. 7 num. 2 del derogado Decreto 1753 de 1994. Sobre este progresivo debilitamiento de las licencias ambientales ver Rodríguez (2011).

17 Aunque la Guía Minero Ambiental de exploración minera contiene unos estándares ambientales mínimos para la exploración y para la elaboración del Plan de Trabajos y Obras (PTO), éstos no son muy rigurosos.

12 Fierro, Julio (2012). “Fraccionamiento de títulos mineros: detrimento patrimonial y dudas sobre la minería “responsable””. *Razón Pública*, domingo 5 de febrero de 2012.

13 Corte Constitucional, sentencia C-813 de 2009.

de flexibilizar la regulación de la minería— pero no son compatibles con los deberes constitucionales de protección del ambiente y con el principio de precaución ambiental. El proyecto de ley bien puede incluir una disposición que reforme el Decreto 2380 de 2010 y restablezca la necesidad de solicitar licencia ambiental para la fase de exploración.

En segundo lugar, el proyecto establece que cuando se pretenda hacer minería en áreas de reserva forestal de Ley 2 de 1959 o en reservas forestales regionales, ya no será necesario iniciar el procedimiento de sustracción de dichas áreas antes de la exploración como lo establecía el artículo 3 de la Ley 1382 de 2010, sino que ahora podrá hacerse una vez se hayan iniciado estas actividades (inciso 4 Art. 7 PL)¹⁸. Esta propuesta ignora que existe un procedimiento de sustracción temporal de áreas de reserva forestal para la fase de exploración¹⁹ y que ese procedimiento se fundamenta en el principio de prevención ambiental.²⁰ Si una zona explorada para minería no será explotada, no tiene por qué dejar de ser reserva forestal. Esto es coherente con el deber de protección de estas zonas establecido en el Código de Recursos Naturales. Con la disposición propuesta en el proyecto, esta decisión de protección forestal mediante sustracciones temporales se vuelve irrelevante, ya que la exploración se podría llevar a cabo en zona de reserva forestal con independencia de que se haya hecho la sustracción o no.

Desmontar la necesidad de sustraer la reserva forestal para la fase de exploración es una propuesta que sigue la misma lógica que guió la eliminación de la necesidad de solicitar licencia

ambiental para la fase de exploración y que además tiene los mismos problemas: no está debidamente justificada por estudios y vulnera el principio de precaución ambiental. Lo más recomendable es mantener la disposición que existía en el Art. 3 inc. 5 de la Ley 1382 de 2010 en cuanto a la necesidad de solicitar sustracción de reserva antes de la fase de exploración.

2. ELIMINACIÓN DE MERCURIO

El Art. 1 del proyecto incorpora una medida positiva pero de forma restrictiva y casi etérea. El artículo dice que el Gobierno adoptará una política de eliminación gradual del uso del mercurio de la minería. Esta discusión era urgente. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) han declarado que la contaminación con mercurio es un grave problema para el ambiente y la salud humana. Asimismo, el Proyecto Global Mercurio de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) ha establecido la meta global de reducir el uso de mercurio en un 20% para el 2012 hasta llegar a una reducción del 50% en el 2015. Esta es una meta loable, pero hay que tener en cuenta que es un estándar *mínimo*, que debemos superar con creces. El sur de Bolívar y el suroeste antioqueño son regiones en las que se han reportado concentraciones de mercurio muy por encima de los estándares aceptables, llegando a ser dos de las zonas más contaminadas por esta sustancia en el mundo entero (Veiga 2010).²¹

En las últimas semanas se conoció que el representante a la Cámara, Augusto Posada, presentó por tercera vez en el Congreso un proyecto de ley que pretende también promover la eliminación gradual del mercurio en la minería y otras actividades. Con independencia de si esta medida se aprueba en ese proyecto o en el de reforma al Código de Minas, es importante que esa iniciativa sea aprobada. Sin embargo, vale la pena hacer tres anotaciones.

Desmontar la necesidad de sustraer la reserva forestal para la fase de exploración es una propuesta que sigue la misma lógica que guió la eliminación de la necesidad de solicitar licencia ambiental para la fase de exploración y que además tiene los mismos problemas: no está debidamente justificada por estudios y vulnera el principio de precaución ambiental.

18 En dicho inciso dice que “no se podrán iniciar actividades de explotación hasta tanto la Autoridad Ambiental no haya sustraído el área [de reserva forestal]”.

19 La Resolución 918 de 2011 del Ministerio de Ambiente establece que los trabajos y obras inherentes a la exploración minera necesarios para establecer la geometría del depósito o depósitos y la construcción de accesos y facilidades para la exploración, que se pretendan realizar en las áreas de reserva forestal requieren previa sustracción temporal. Si tras realizar las actividades, por alguna razón no se continúa a la fase de explotación —inviabilidad o negación de licencia ambiental— la zona sustraída temporalmente automáticamente se reintegra al área de la reserva forestal.

20 Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la Convención de Diversidad Biológica y la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático

21 *El Espectador* (2012, 8 de septiembre). “Bolívar entre mercurio”.

En el proyecto, áreas protegidas como los parques naturales municipales, las reservas naturales de la sociedad civil y los distritos de conservación de suelos, no quedan excluidas de la minería. Otras categorías de protección como las Reservas de Biósfera tampoco están excluidas. De igual forma, las zonas de amortiguación de las áreas del sistema de parques nacionales no están protegidas contra la minería. No sólo no existen obstáculos jurídicos para incluir todas estas áreas en el conjunto de zonas excluibles, sino que además no existe justificación técnica para no hacerlo.

La primera es que para el caso de la minería, la eliminación del mercurio debería ser inmediata y no gradual. Como lo reconoció Claudia Jiménez en un debate reciente en “Hora 20” de *Caracol*, hay empresas que aún usan esta sustancia en sus actividades legales. Es imperativo que esto se prohíba de inmediato.

La segunda es que además del mercurio, se deberían prohibir también el uso de cianuro, arsénico, plomo, cadmio y otras sustancias tóxicas para las cuales no hay medidas de control y manejo (UPME 2007). Y la tercera es que la política debería contemplar como fin el desarrollo de técnicas de minería amigables con el ambiente. Una propuesta que el proyecto podría acoger sería la creación de un Fondo de Apoyo y Promoción a la Investigación de Métodos Mineros sin Sustancias Peligrosas. Es importante destacar que ya existen proyectos que ya han desarrollado, por ejemplo, técnicas de minería de oro sin mercurio. Tecnologías como la de la flotación espumante, desarrollada en la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia en Medellín²², deberían apoyarse con recursos y apoyo para que sean adoptadas sobre todo por la minería artesanal y de pequeña escala.

3. ÁREAS EXCLUIBLES

Uno de los aspectos más polémicos del proyecto tiene que ver con la regulación de las áreas excluibles de la minería. En este tema hay al menos cuatro puntos problemáticos. El primero es que el proyecto solamente excluye de la minería algunas áreas protegidas. En su artículo 3 el proyecto establece que no se podrá hacer minería en las áreas del sistema de parques nacionales naturales, los parques regionales naturales, las zonas de reserva forestal protectora, ecosistemas de páramo y humedales incluidos en la lista de la Convención Ramsar. Esta disposición es idéntica a la que existía en el Art. 3 de la Ley 1382 de 2010 y que reformaba el Art. 34 del Código de Minas. En principio, cualquier

área de conservación de cualquier categoría cuyo plan de manejo excluya la minería como uso permitido, es un área excluible de la minería. Es por eso que la Corte Constitucional ha dicho que “además de las zonas de exclusión previstas en [el artículo 34 de] esta Ley, pueden existir otras, ya declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental.”²³ Es decir, la lista del Art. 34 es meramente enunciativa.

Sin embargo, para que la exclusión de la minería tenga efectos a partir de un plan de manejo, se debe esperar a que la autoridad ambiental competente niegue la solicitud de licencia ambiental para explotación minera con este fundamento. Es bien sabido que las autoridades ambientales han sido muy laxas en materia de licencias ambientales para minería. Por eso, y para evitar los desastres de la fase de exploración minera –la cual puede durar hasta 11 años–, vale la pena fortalecer la lista de áreas excluibles para que en ellas no se permita ni siquiera la concesión de títulos mineros. En el proyecto, áreas protegidas de menor categoría como los parques naturales municipales, las reservas naturales de la sociedad civil y los distritos de conservación de suelos, no quedan excluidas de la minería. Asimismo, otras categorías de protección como las Reservas de Biósfera tampoco están excluidas. De igual forma, las zonas de amortiguación de las áreas del sistema de parques nacionales no están protegidas contra la minería.²⁴ No sólo no existen obstáculos jurídicos para incluir todas estas áreas en el conjunto de zonas excluibles, sino que además no existe justificación técnica para no hacerlo.

El segundo punto es que el inciso 2 del Art. 3 del proyecto dice que para que las zonas excluibles de la minería produzcan dicho efecto, éstas deberán estar delimitadas geográficamente por las autoridades ambientales con base en estudios técnicos. Es decir, si se solicita un título minero en un páramo o arrecife de coral²⁵ –que son áreas excluibles de la minería– si éstos no han sido delimitados geográficamente, el título podrá concederse y no operará allí la prohibición de minería. Esta

23 Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002.

24 Más que una exclusión tajante, para las zonas amortiguadoras puede pensarse en una *restricción* a la minería, condicionada a un análisis de cada caso entre las autoridades ambiental y minera.

25 Los arrecifes de coral, manglares y pastos marinos fueron excluidos de la minería por el Art. 207 de la Ley 1450 de 2011.

22 *UN Periódico* (2011. 12 de noviembre). “Extraen oro sin mercurio”.

disposición también viene calcada de la que existía en el Art. 3 de la Ley 1382. La Corte Constitucional ha dicho que esta norma no es inconstitucional, sino que es “una manifestación del principio de desarrollo sostenible en la medida que implica un deber de colaboración entre la autoridad minera y la autoridad ambiental” (C-443 de 2009). No obstante, la Corte ha dicho que “este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión” (C-339 de 2002).²⁶

Pese a que esta norma no es inconstitucional, en la práctica ha resultado inconveniente para la protección ambiental. Por un lado, porque existe un desbalance entre el procedimiento de otorgamiento de títulos mineros y el de la delimitación de áreas de protección de recursos naturales: el primero es sencillo y expedito, mientras que el segundo requiere la realización de estudios técnicos, sociales y ambientales que implican discusión, participación ciudadana y que pueden tardar años. Y por el otro, es muy problemático simplificar la complejidad de los ecosistemas a través de meras delimitaciones geográficas. La conectividad ecosistémica y la continuidad de los procesos ecológicos son fenómenos que trascienden la simpleza de una frontera jurídica (Andrade 2009), por lo cual la regulación de la naturaleza y los límites que imaginamos de ella siempre tenderán a no captar dicha complejidad. El caso reciente del debate por la delimitación de los páramos ilustra bien los retos y restricciones de la delimitación legal por exclusión (Instituto Humboldt 2010).

El tercer punto es la facultad que el proyecto otorga al Ministerio de Minas y Energía para que rinda un concepto previo no vinculante para la declaratoria de zonas de exclusión de la minería, el cual deberá presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la solicitud de la autoridad ambiental que quiera declara el área excluible. No hay objeción jurí-

dica para que esta norma exista; de hecho, su fundamento es el deber de colaboración entre autoridades minera y ambiental que ha resaltado la Corte.²⁷ Sin embargo, como lo ha mostrado la práctica, esta disposición tiene el riesgo de diluir los procesos de declaratoria de áreas excluibles. Por ejemplo, aunque el plazo es de 6 meses, el Ministerio ya lleva más de un año sin rendir el concepto para la declaratoria de la Estrella Fluvial del Inírida como sitio de la lista Ramsar. El mismo tiempo se tardó en entregar a la CDMB el concepto para la declaratoria del Parque Regional Santurbán. Algo similar ha ocurrido con el proyecto de parque nacional natural que se piensa declarar en la Serranía de San Lucas y en los Montes de María. El proyecto debería establecer entonces que si la autoridad minera no ha expedido el concepto en los 6 meses establecidos, el proceso de declaratoria seguirá su curso y el área podrá declararse sin necesidad de contar con el concepto. Esto impulsaría al Ministerio de Minas a cumplir diligentemente con su deber.

El cuarto punto crítico se encuentra en el párrafo 2 del Art. 3 del Proyecto, el cual señala que los títulos mineros que cuenten con licencia ambiental y que estén en áreas que anteriormente no estaban excluidas de la minería, serán respetados hasta la culminación de sus actividades, pero no tendrán derecho a prórroga o cambio de modalidad. Este sería el caso de un proyecto minero en un arrecife de coral o en un páramo que haya obtenido licencia ambiental con anterioridad a la expedición de la Ley 1382 de 2010 y a la expedición de la Ley que surgiría del proyecto que aquí se comenta

La conectividad ecosistémica y la continuidad de los procesos ecológicos son fenómenos que trascienden la simpleza de una frontera jurídica, por lo cual la regulación de la naturaleza y los límites que imaginamos de ella siempre tenderán a no captar dicha complejidad. El caso reciente del debate por la delimitación de los páramos ilustra bien los retos y restricciones de la delimitación legal por exclusión.

26 AIDA (2011a), basándose en la sentencia C-339, ha promovido la siguiente interpretación: “en lo que tiene que ver con este requisito de la delimitación, se considera que éste debe entenderse en el sentido de que sean áreas identificables, es decir, con posibilidad de ser delimitadas y diferenciadas en la práctica del resto del territorio, y no en el sentido que si no existen límites formal y administrativamente establecidos las áreas en cuestión no gocen de protección constitucional”. Esta interpretación es interesante, pero no ha tenido acogida y es de difícil aplicación.

27 Adicionalmente, el hecho de que el Ministerio de Minas deba emitir este concepto no tiene una justificación suficiente aparte del deber de colaboración entre la autoridad minera y la ambiental. Pero el concepto previo es una forma inconveniente de concretar dicho principio, pues si éste se tomara en serio, debería entonces instaurarse la rendición de conceptos previos por parte de los Ministerios de Agricultura, Transporte y Vivienda, lo cual resultaría absurdo. En definitiva, esta norma es una prerrogativa con la que no cuenta ninguna industria aparte de la minera, por lo cual es inaceptable que se dilate su ejecución.

En materia de áreas excluibles de la minería, lo más recomendable es seguir la propuesta que en varios escenarios ha lanzado el ex ministro Manuel Rodríguez: declarar una moratoria minera de todo el territorio colombiano, mientras se avanza sustantivamente en el ordenamiento ambiental del territorio, lo cual incluiría, como mínimo, la delimitación de las áreas excluibles de la minería.

en caso de que llegase a aprobarse. El fundamento de esta disposición es la garantía de la seguridad jurídica, la confianza legítima en la administración y el respeto por los derechos de explotación legítimamente adquiridos.²⁸

Pese a la importancia de estos principios, hay una realidad que no se puede desconocer y es que dado el contexto actual de adaptación al cambio climático y de tasas crecientes de pérdida de biodiversidad, como país megadiverso

no podemos darnos el lujo de tolerar afectaciones profundas a ecosistemas tan estratégicos y vulnerables como los páramos.²⁹

El hecho de que existan títulos mineros en estos ecosistemas revela que la autoridad minera no ha tenido ninguna consideración ambiental. Pero lo que más preocupa es el hecho de que algunos de esos títulos *también* tengan licencia ambiental, esto es, el derecho a explotar. Esto revela también que funcionarios de las autoridades ambientales no han hecho bien su trabajo al evaluar los estudios de impacto ambiental de dichos proyectos.

En esa medida, y teniendo en cuenta lo indispensables que resultan los páramos para el país (Instituto Humboldt 2008), una propuesta es que el proyecto contemple mecanismos para renegociar las concesiones mineras en páramos que cuentan con licencia ambiental con el fin de llegar a acuerdos de conciliación o sustitución de proyectos en otras zonas. Si se hiciera una cuantificación de cuánto tendría que pagar el Estado a las empresas por terminar sus contratos mineros que tienen licencia y que están en ecosistemas estratégicos y vulnerables, esa suma jamás superaría el valor que tienen los bienes y servicios ambientales que nos prestan, por ejemplo, los páramos. Por ello, sería reco-

mendable que el proyecto estableciera la posibilidad de negociar con cada inversionista para explorar la posibilidad de una renegociación o terminación de los contratos con una indemnización o compensación sin necesidad de acudir a un tribunal de arbitramento o al CIADI del Banco Mundial.³⁰ Esto garantizaría el derecho de audiencia y defensa de los inversionistas y sería un mecanismo que reduciría los impactos actuales de la minería en ecosistemas sensibles. Por polémica que pueda parecer, esta propuesta de renegociar esos contratos no tiene ningún impedimento jurídico.³¹

En términos generales, los cuatro puntos críticos discutidos muestran la enorme contradicción que hay entre la intención minera que impulsa el Código de Minas y la necesidad de avanzar en el ordenamiento ambiental del territorio colombiano. Por todo lo anterior, en materia de áreas excluibles de la minería, lo más recomendable es seguir la propuesta que en varios escenarios ha lanzado el ex ministro Manuel Rodríguez: declarar una moratoria minera de todo el territorio colombiano, mientras se avanza sustantivamente en el ordenamiento ambiental del territorio, lo cual incluiría, como mínimo, la delimitación de las áreas excluibles de la minería.

Sin embargo, teniendo en cuenta el estatus de locomotora de desarrollo que el Gobierno le ha dado a la minería y la inmensa cantidad de solicitudes y títulos mineros en el territorio nacional, también es importante pensar en los distintos escenarios jurídicos en los que se encontrarían los proyectos mineros actuales de cara a un régimen de transición tras un proceso de ordenamiento territorial ambiental. Lo anterior

30 Terminar unilateralmente y a través de una ley un contrato de concesión minera con licencia ambiental puede ser considerado una violación a la estabilidad jurídica de los inversionistas (i.e. contratos de la Ley 963 de 2005), una medida de expropiación indirecta, una práctica restrictiva del comercio internacional y, si sólo se hace con algunos inversionistas, una violación al principio de nación más favorecida. Por ello, la conciliación y negociación con los inversionistas –que son medidas permitidas en el derecho internacional de la inversión extranjera–, es una posibilidad más viable. Los tratados bilaterales de inversión suelen contemplar esa alternativa. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá incluyó un capítulo sobre resolución de controversias en el cual se permite la conciliación entre Estado e inversionista.

31 Dada la naturaleza del título minero, este no genera derechos absolutos y es en esencia revocable por parte del Estado. Corte Constitucional, sentencia C-183 de 2003.

28 Corte Constitucional, sentencias SU-601 de 1999 y C-983 de 2010.

29 El ex ministro de Ambiente, Manuel Rodríguez Berra, ha señalado que las autoridades mineras han entregado títulos mineros en 65.176 hectáreas de páramos, estando en curso solicitudes en otras 402.628 hectáreas, lo que equivale al 36% del área total de estos ecosistemas en el país (citado en G.A. Rodríguez 2011). Esta situación, además de reiterar la insuficiencia del modelo de excluibilidad por delimitación, nos pone a pensar en lo problemática que es la propuesta del Proyecto de respetar dichos títulos.

**TABLA 1. ÁREAS EXCLUIBLES QUE HAN SIDO DELIMITADAS POR AUTORIDAD AMBIENTAL
(ESCENARIO TRAS MORATORIA Y ORDENAMIENTO AMBIENTAL DEL TERRITORIO)**

Situación	Ejemplo	Ley 685 de 2001	Ley 1382 de 2010	Proyecto de ley	Propuesta
Solicitud de título minero en área excluible de minería.	Solicitud de título en RFP Cerros Orientales de Bogotá.	Negación inmediata.	Negación inmediata.	Negación inmediata.	Negación inmediata.
Título minero sin licencia ambiental en área excluible de minería.	Títulos en área del PNN Yaiguajé-Apaporis.	Situación contraria a la ley. Si llega a ocurrir, se espera que autoridad ambiental niegue licencia	Situación contraria a la ley. Si llega a ocurrir, se espera que autoridad ambiental niegue licencia.	Situación contraria a la ley. Si llega a ocurrir, se espera que autoridad ambiental niegue licencia.	Terminación inmediata de contrato de concesión sin ninguna contraprestación. Acción de repetición contra funcionarios de autoridad minera.
Título minero con licencia ambiental en área excluible de minería.	Título minero con licencia ambiental en páramo de Guerrero.	Situación contraria a la ley. Si llega a ocurrir, se debe declarar caducidad del contrato o nulidad de la licencia.	Se respeta derecho adquirido de explotación. No obstante, no habrá opción de prórroga.	Se respeta derecho adquirido de explotación. No obstante, no habrá opción de prórroga ni cambio de modalidad.	Mecanismo para negociar terminación inmediata de contrato de concesión con medidas de compensación al inversionista. Acción de repetición contra funcionarios de autoridades minera y ambiental.

como una garantía de la seguridad jurídica y de los derechos legítimamente adquiridos de los concesionarios mineros y como una concreción del principio de desarrollo sostenible.

Una propuesta de este corte puede consistir en pensar en una regulación diferenciada para cada una de las situaciones particulares de solicitudes y títulos mineros con y sin licencia ambiental en áreas de especial importancia ecológica que estén delimitadas geográficamente o que razonablemente se espere que lo estén en el futuro. Como se mencionaba antes, cuando se habla de áreas excluibles de la minería, necesariamente estamos pensando en términos de límites geográficos. Por ende, uno de los temas cruciales de este régimen de transición tendría que ver con la disyuntiva que enfrentaría todo proyecto minero en cualquiera de sus fases, y es que tras la moratoria y el posterior proceso de ordenamiento ambiental del territorio, sus operaciones quedarían *dentro o fuera* de un área excluible de la minería. Teniendo en cuenta estas posibilidades, las siguientes tablas sintetizan lo dicho anteriormente.

La tabla 1 muestra distintas hipótesis de proyectos mineros ante un área excluible de la minería que ha sido delimitada previamente a la solicitud del título minero. Este sería el panorama

general del país si se adoptara la propuesta de declarar una moratoria y luego un riguroso proceso de ordenamiento ambiental.

Sin negar el hecho de que el territorio es cambiante y dinámico, y que las autoridades ambientales seguirían con competencia para declarar áreas de exclusión, este escenario sería el más ideal dada la situación actual. Una moratoria minera tendría como fundamento el deber constitucional de planificación y protección de los recursos naturales, así como el principio de precaución ambiental.³²

Sería ideal, por ejemplo, que como mínimo se declarara moratoria minera hasta que:

- i. Se adopten todos los instrumentos de planificación y ordenamiento ambiental del territorio tales como Planes de Manejo de Macrocuencas y Microcuencas, Planes de Ordenamiento y Manejo de Cuencas (Decreto 1640 de 2012), Planes de Manejo de

32 No hay obstáculos jurídicos para una moratoria. El Consejo de Estado ha dicho que cuando de extracción y aprovechamiento de recursos naturales se trata, “la Nación puede establecer vedas periódicas o temporales o prohibiciones permanentes cuando las conveniencias nacionales así lo exijan”. Consejo de Estado, sentencia del 13 de marzo de 1980, Exp. 2970.

Acuíferos, Planes de Zonificación de Manglares, entre otros.

- ii. Todas las autoridades ambientales delimiten los páramos de acuerdo con lo ordenado por los Art. 202 de la Ley 1450 de 2011 y 3 de la Ley 1382 de 2010;
- iii. Las autoridades ambientales reordenen, zonifiquen y reclasifiquen las reservas forestales, incluyendo las de la Ley 2 de 1959;
- iv. El Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreis” realice los Atlas de Áreas Coralinas y de Pastos Marinos en Colombia ordenados por el Art. 207 de la Ley 1450 de 2011;
- v. Las autoridades ambientales culminen satisfactoriamente el proceso de reclasificación de áreas protegidas ordenado por el Decreto 2372 de 2010;
- vi. El Ministerio de Minas culmine el Plan Nacional de Ordenamiento Minero ordenado por el Art. 109 el cual deberá formularse en un plazo de 3 años y con la colaboración del Ministerio de Ambiente.

Por otra parte, la tabla 2 muestra distintas hipótesis de proyectos mineros ante un área excluyente de la minería que no ha sido delimitada previamente a la solicitud del título minero, como por ejemplo, ecosistemas de páramo. En términos generales, esta tabla refleja una buena parte de la realidad actual, en virtud de la cual la titulación minera coexiste con el proceso de ordenamiento ambiental del territorio:

Como se ve en la tabla 1, hacer una moratoria minera y un posterior ordenamiento del territorio, sería lo más conveniente; habría casos emblemáticos actuales con los que habría que lidiar, pero con las propuestas allí enunciadas se garantizarían reglas de juego más claras tanto para el sector minero como para la efectiva protección del ambiente. Por el contrario, seguir en el escenario actual (tabla 2), esto es, permitiendo la minería mientras se hace el ordenamiento del territorio, nos condena a un estado de conflictividad constante por declaratorias de áreas excluyentes y a mayores riesgos para la seguridad jurídica y sobre todo para las áreas de especial importancia ecológica.

TABLA 2. ÁREAS EXCLUIBLES QUE NO HAN SIDO DELIMITADAS POR AUTORIDAD AMBIENTAL PERO TIENEN EL POTENCIAL DE SER DELIMITADAS (ESCENARIO SIN MORATORIA Y CON ORDENAMIENTO AMBIENTAL DEL TERRITORIO SIMULTÁNEO A LA ACTIVIDAD MINERA)

Situación	Ejemplo	Ley 685 de 2001	Ley 1382 de 2010	Proyecto de ley	Propuesta
Solicitud de título minero en área excluyente de minería.	Solicitud de título en Estrella Fluvial de Inírida.	Se acepta y se tramita solicitud.	Se acepta y se tramita solicitud.	Se acepta y se tramita solicitud.	Concepto previo de autoridad ambiental para la concesión de título.
Título minero sin licencia ambiental en área excluyente de minería.	Títulos que solicitan licencia ambiental en páramo de Santurbán.	Se respeta derecho adquirido de exploración.	Se respeta derecho adquirido de exploración.	Se respeta derecho adquirido de exploración.	1. Si título queda por fuera de AE tras delimitación, proyecto continúa. 2. Si título queda por dentro de AE tras delimitación, mecanismo para negociar terminación de contrato con compensación al inversionista.
Título minero con licencia ambiental en área excluyente de minería.	Título minero con licencia ambiental en futuro Parque Natural en la Serranía de San Lucas.	Se respeta derecho adquirido de explotación.	Se respeta derecho adquirido de explotación. No obstante, no habrá opción de prórroga.	Se respeta derecho adquirido de explotación. No obstante, no habrá opción de prórroga ni cambio de modalidad.	Suspensión de explotación hasta delimitación. 1. Si título queda por fuera de AE tras delimitación, proyecto continúa. 2. Si título queda por dentro de AE tras delimitación, negociación para conciliar terminación de contrato (concesión en otro lugar, indemnización, etc.).

Más allá de las anteriores consideraciones, es importante destacar una idea que se ha promovido desde el Instituto Humboldt a propósito del proceso de delimitación de los páramos, y es que la discusión sobre minería y ambiente no debería girar solamente en torno a cuáles son los límites de las áreas de especial importancia ecológica, sino más bien en torno a cuáles deben ser los límites de la minería en un país megadiverso.

4. ÁREAS ESTRATÉGICAS MINERAS

En su Art. 4, el proyecto establece la figura de las áreas especiales estratégicas para minería. Esta figura no existía ni en el Código de Minas ni en la Ley 1382, sino que fue creada por el Art. 108 de la Ley 1450 de 2011. En virtud de esta norma, el Ejecutivo en cabeza de la autoridad minera queda facultado para determinar cuáles son los “minerales estratégicos”³³ para el país, respecto de los cuales podrá delimitar áreas especiales en las cuales se otorgará contrato de concesión especial a través de un proceso de selección objetiva. Es decir, en esas zonas no operará el principio de *primero en el tiempo, primero en el derecho*, sino que la concesión minera se otorgará a quien ofrezca las mejores condiciones. La disposición del proyecto no contempla modificaciones sustantivas a la regulación de las áreas especiales estratégicas para minería.

Ya que el proyecto pretende dejar la misma regulación de estas áreas, es pertinente traer a colación los casos de las áreas estratégicas mineras declaradas recientemente,³⁴ sobre todo aquella declarada en el Chocó biogeográfico y el nororiente de la Amazonia mediante Resolución 0045 de 2012 del Ministerio de Minas.³⁵ La discusión pública sobre la inconveniencia de esta figura en dichas zonas ha sido amplia y prolífica,³⁶ e in-

cluso generó protestas, campañas y pronunciamientos por parte de activistas y organizaciones como WWF y Patrimonio Natural.³⁷ Esta reserva minera no fue consultada con las comunidades indígenas, afrocolombianas y campesinas de la región pese a que sus territorios se verían afectados por la misma. Tampoco hubo concertación con el Ministerio de Ambiente, y como lo reportó la *Silla Vacía*, no estuvo precedida de estudios que la sustentaran.³⁸ Por ello, y como reacción a la Resolución 0045, hace pocas semanas el Ministerio de Ambiente expidió la Resolución 1518 de 2012, en virtud de la cual se suspenden las solicitudes de sustracción de la reserva forestal de la Amazonia para actividades mineras hasta tanto no se zonifique y reordene dicha reserva.

El caso de la Resolución 0045 deja varias lecciones que el proyecto debería considerar. Una de ellas es que la declaratoria de áreas mineras estratégicas debería tomar como precedente la Resolución 1518 de 2012 del Ministerio de Ambiente, la cual se fundamentó en el principio de precaución ambiental: hasta tanto no se sepa que la minería en la Amazonia no causará impactos profundos, no se permitirá sustracción de reserva forestal para esta actividad. Esta debería ser la lógica de todas estas áreas. En ese sentido, el proyecto debería incorporar un artículo que ordene la suspensión de declaratorias de áreas estratégicas mineras en el país hasta tanto la institucionalidad ambiental no lleve a cabo los procesos de ordenamiento ambiental del territorio mencionados anteriormente. Por otro lado, en aras de la garantía de la seguridad jurídica y del respeto de los principios de prevención y precaución ambiental, el proyecto debería establecer que se requiera concepto previo del Ministerio de Ambiente y de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para la declaratoria de este tipo de áreas.

La discusión sobre minería y ambiente no debería girar solamente en torno a cuáles son los límites de las áreas de especial importancia ecológica, sino más bien en torno a cuáles deben ser los límites de la minería en un país megadiverso.

33 La Resolución 180102 del 30 de enero de 2012 del Ministerio de Minas y Energía estableció cuáles serían los minerales estratégicos para el país: oro, platino, cobre, minerales de fosfato, minerales de potasio, minerales de magnesio, carbón metalúrgico, uranio, hierro y minerales de coltán.

34 La Resolución 180241 del 24 de febrero de 2012 del Ministerio de Minas y Energía declaró un área estratégica minera (AEM) de 2,9 millones de hectáreas en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guajira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima y Valle del Cauca.

35 Sobre la inconveniencia e ilegalidad de dicha Resolución, ver Rubiano (2012).

36 Manuel Rodríguez Becerra y Juan Pablo Ruiz publicaron varias columnas de opinión al respecto; Manuel

Rodríguez y Rodrigo Hurtado participaron en un debate en “Hora 20” de *Caracol* sobre el tema criticando la medida.

37 Estas dos organizaciones enviaron una carta al Presidente de la República. La organización Avaaz también emprendió una campaña por internet contra la Resolución 0045.

38 *La Silla Vacía* (2010, 5 de agosto). “La reserva minera de la Amazonia que el Ministro de Ambiente aprobó sin estudiar”.

ASPECTOS SOCIALES

1. LA MINERÍA INFORMAL

El proyecto contempla varias medidas para la formalización de la minería sin título. Entre ellas, está la creación de la figura de las Áreas Especiales de Formalización Minera (Art. 4 PL), la creación de un Fondo de Formalización Minera y de Apoyo a la Pequeña Minería (Art. 6 PL) y la concesión de beneficios tales como exención temporal de pago de canon

superficial y luego pago con aumentos progresivos, acceso a beneficios de formalización laboral establecidos en las Leyes 905 de 2004 y 1429 de 2010, entre otros (Art. 5 PL). Esta regulación en sí misma merecería un análisis detallado y autónomo pues alude a un tema complejo que remite a preguntas duras como la distinción entre minería informal y minería con vínculos con grupos armados al margen de la ley. No obstante, hay cuatro comentarios que vale la pena mencionar.

Por un lado, el Parágrafo 1 del artículo 5 señala que será el Ministerio de Minas el que establecerá las características de las comunidades que

podrán acceder a las medidas de formalización minera, para lo cual tendrá en cuenta su "situación social y la pertenencia de sus integrantes a la respectiva comunidad" y "lo relativo a la acreditación de las calidades exigibles a sus integrantes". Resulta problemático que la autoridad minera también quede facultada para determinar con exclusividad quién puede o no acceder a la formalización; esto se puede prestar para abusos y arbitrariedades. Esta debería ser una decisión en la que haya participación del Ministerio del Interior y sus respectivas direcciones y grupos cuando se trate de comunidades étnicas, de las autoridades ambientales y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH, como mínimo.

Por otro lado, el mismo Art. 5 establece que los contratos especiales de concesión minera que se deriven de la figura de las Áreas Especiales de Formalización Minera del Art. 4 sólo podrán cederse hasta en un 25% a partir el año 5 del contrato y hasta un 75% desde el año 10. La posibilidad de ceder títulos mineros obtenidos a través de procesos de formalización es riesgosa: abre la puerta a que empre-

sas mineras coopten a los pequeños mineros formalizados y se apoderen de sus proyectos y zonas tradicionales de explotación. No es gratuito que la posibilidad de cesión de contratos mineros sea uno de los 5 puntos de un marco legal minero exitoso de acuerdo con el Banco Mundial. La cesión de títulos mineros obtenidos mediante formalización es una medida que merece mayor discusión. Adicionalmente, hay que considerar ceder estos títulos podría suponer un decaimiento del acto administrativo que otorga el Contrato Especial de Concesión, ya que el fundamento de este contrato fue la formalización de mineros sin título y cederlo a una empresa desvirtúa su fundamento.

En tercer lugar, es importante que el proyecto contemple la importancia de coordinar la declaratoria de Áreas Especiales de Formalización Minera con las áreas estratégicas mineras del Art. 108 de la Ley 1450 de 2011 y del Art. 4 del proyecto. Si como dice el Gobierno, la minería es prosperidad para todos, se debe asegurar que los pequeños mineros puedan participar de sus beneficios. En el proyecto se debe establecer que una solicitud de formalización minera que se haga antes de una declaratoria de área estratégica minera, debe ser respetada. Casos como el de la Asociación de Mineros del Vaupés -Asomiva, bajo lo cual están agrupados los pequeños mineros del municipio de Taraira, no deben repetirse: esta asociación venía reclamando desde el año 1993 la legalización de sus actividades de pequeña minería, pero ésta fue negada pues de manera posterior, el Estado decidió declarar la zona solicitada como de interés estratégico en 2003 y luego en 2012 (Defensoría del Pueblo 2010: 518).

Finalmente, vale la pena debatir la conveniencia de emprender un nuevo proceso de legalización minera. Si el proyecto se aprueba, este sería el cuarto proceso de formalización en veinte años. Cada uno de estos procesos ha fijado plazos y condiciones de legalización cada vez más favorables. Si los mineros ilegales no han accedido a estos procesos, vale la pena preguntarse si no es más conveniente perseguirlos sancionatoria y penalmente.

2. MINERÍA EN TERRITORIOS ÉTNICOS

La minería en territorios étnicos es un tema muy delicado. Como lo han reportado los Autos 004 y 005 de la Corte Constitucional, el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, la presión minera sobre

El caso de la Resolución 0045 deja varias lecciones que el Proyecto debería considerar. Una de ellas es que la declaratoria de áreas mineras estratégicas debería tomar como precedente la Resolución 1518 de 2012 del Ministerio de Ambiente, la cual se fundamentó en el principio de precaución ambiental (...) Esta debería ser la lógica de todas estas áreas.

estos territorios es creciente y es un factor que genera desplazamientos, desintegración social y violación a derechos humanos. En Colombia, cualquier territorio étnico puede ser objeto de titulación minera. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han consagrado y consolidado el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas cuando se pretenda explorar o explotar recursos en sus territorios, así como la exigencia de obtener el consentimiento previo, libre e informado de dichas comunidades cuando el proyecto extractivo ponga en riesgo la existencia física y cultural de la comunidad.³⁹ Sin embargo, como lo han denunciado la ONIC y otras organizaciones, y como lo ha constatado la misma Corte Constitucional,⁴⁰ la presión de la minería sobre estos territorios sigue ignorando estos estándares.⁴¹

La legislación minera ha contemplado una figura un tanto problemática para la realización de minería en territorios étnicos. El Código de Minas en sus Arts. 121 establece la figura de las Zonas Mineras Indígenas y Afrocolombianas, en virtud de las cuales las comunidades étnicas pueden constituir parte de su territorio bajo esa figura, obteniendo así un derecho de preferencia de 10 años para explotar los minerales que allí se encuentren; en caso de no ejercer ese derecho, el territorio podrá ser titulado para minería. La Corte Constitucional ha dicho que las normas del Código de Minas que regulan estas figuras deben interpretarse de acuerdo a los estándares constitucionales e internacionales sobre consulta previa; es decir, ninguna de estas zonas podrá declararse sin ser consultada.⁴²

Pero lo anterior no es una garantía suficiente. Por ejemplo, muchas comunidades indígenas del país están comenzando a dividirse internamente, pues algunos de sus miembros están viendo en la minería una alternativa de subsistencia.⁴³ Teniendo en cuenta que la minería es un factor que rompe el tejido social comunita-

rio y que amenaza la conservación de la cultura local, una disposición consecuente con los estándares constitucionales e internacionales de protección a los pueblos indígenas sería prohibir la declaratoria de zonas mineras étnicas en territorios de pueblos indígenas que estén en riesgo de extinción física y cultural de acuerdo con el Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional y, en general, en los territorios de los sujetos étnicos colectivos que se constituyan como víctimas del conflicto armado en los términos de los Decretos ley de reparaciones para grupos étnicos víctimas del conflicto.⁴⁴

3. ACCESO A LA INFORMACIÓN

Ninguna propuesta de reforma a la legislación minera tiene sentido si no existe un buen sistema de información. El acceso a la información no es sólo un derecho constitucional de los ciudadanos, sino que debe ser un principio guía de la función pública⁴⁵ y es además una meta del Plan de Desarrollo del actual Gobierno.⁴⁶ A finales de 2011 el entonces Ministro de Minas, Carlos Rodado, hizo una presentación en la que mostraba algunos problemas estructurales del sector minero. Uno de los más preocupantes era la información deficiente que tiene la propia institucionalidad minera. El Catastro Minero —decía Rodado— es un sistema ineficaz y poco veraz que no cuenta con información sobre la geología existente, la infraestructura y las áreas restringidas. Estas fallas llevan a que el sistema no rechace automáticamente las solicitudes de títulos sobre áreas excluidas y áreas ya tituladas, y que no haya ningún control sobre los proponentes, pues no se verifica la información de los mismos ni se tiene en cuenta su capacidad operativa. Esto dificulta también la fiscalización y seguimiento de los títulos.⁴⁷

(...) una disposición consecuente con los estándares constitucionales e internacionales de protección a los pueblos indígenas sería prohibir la declaratoria de zonas mineras étnicas en territorios de pueblos indígenas que estén en riesgo de extinción física y cultural (...) y, en general, en los territorios de los sujetos étnicos colectivos que se constituyan como víctimas del conflicto armado

39 Ver Convenio 169 de la OIT; Declaración Universal de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; Corte Constitucional, sentencias T-769 de 2009, T-1045^a de 2010, T-129 de 2011.

40 Corte Constitucional, sentencia T-129 de 2011.

41 Se sigue ignorando, por ejemplo, que la consulta previa es obligatoria en la fase de exploración minera, y no en la fase de explotación como lo han atendido las agencias del gobierno. Ver Corte Constitucional, sentencia C-395 de 2012.

42 Corte Constitucional, sentencia C-418 de 2002.

43 Recientemente estuve en Amazonas y Vaupés realizando trabajo de campo y constaté que este es un

fenómeno cada vez más extendido entre muchas comunidades indígenas.

44 Decretos ley 4633, 4634 y 4635 de 2011 expedidos en virtud del Art. 205 de la Ley de Víctimas (Ley 1444 de 2011).

45 Constitución Política, artículos 20 y 40. Corte Constitucional, sentencias T-609 de 1992 y T-047 de 1993.

46 Ley 1450 de 2011, artículo 227.

47 Ver los informes de *Colombia Punto Medio*.

Una gran limitación que enfrenta la propuesta es el desbalance y la asimetría que hay entre la intención minera del Gobierno y el estado de avance del ordenamiento ambiental del territorio nacional. Si ese problema estructural no se atiende, el Proyecto no será útil para que no se sigan perpetuando los perversos impactos de una minería sin controles.

Como lo ha denunciado Guillermo Rudas en su *blog* en *La Silla Vacía*, esta falta de información, no permite establecer el estado actual de cada título, lo que se ha pagado y lo que se debe pagar o está en mora. De igual forma, estos vacíos no permiten establecer qué se debe hacer en los casos en los que no se paga el correspondiente canon superficiario ni brindan suficientes elementos para adelantar los procesos disciplinarios y penales correspondientes contra los funcionarios estén incurriendo en irregularidades, pues no existe un procedimiento claro ni una práctica por parte de las autoridades que hagan un efectivo seguimiento de los títulos y licencias existentes. En ese sentido, es indispensable que el proyecto incorpore algún fondo o mecanismo que apunte a modernizar sustantivamente los sistemas de información de la institucionalidad minera. De lo contrario, el resto del proyecto tendrá un alto riesgo de quedarse como letra muerta.

3. CONCLUSIONES Y SÍNTESIS DE PROPUESTAS

En términos generales, el proyecto es débil pues no fortalece la regulación de los aspectos ambientales y sociales de la minería. Es necesario abrir espacios de participación y debate para discutir la conveniencia de las medidas que propone el proyecto. Una gran limitación que enfrenta la propuesta es el desbalance y la asimetría que hay entre la intención minera del Gobierno y el estado de avance del ordenamiento ambiental del territorio nacional. Si ese problema estructural no se atiende, el proyecto no será útil para que no se sigan perpetuando los perversos impactos de una minería sin controles. En ese sentido, sea este el espacio para reiterar una de las propuestas contenidas en este documento y que, como se mencionaba antes, ha sido impulsada por Manuel Rodríguez, Álvaro Pardo, Guillermo Rudas, Julio Fierro y otros⁴⁸: declarar una moratoria minera de todo el territorio colombia-

no, mientras se avanza sustantivamente en el ordenamiento ambiental del territorio. La planificación y ordenamiento del territorio serían el mejor encarrilador posible para una locomotora que está desbordada.

Además de la moratoria minera y el subsecuente ordenamiento ambiental territorial, se sugiere adoptar las siguientes medidas para establecer los controles mínimos que debería tener la minería en Colombia:

- Reformar Decreto 2380 de 2010 para restablecer la necesidad de solicitar licencia ambiental para la fase de exploración minera
- Mantener la obligación de solicitar sustracción de reserva forestal antes de la fase de exploración.
- Prohibir y eliminar uso del mercurio de forma inmediata y absoluta. También se deberían prohibir sustancias como cianuro, arsénico, plomo y cadmio.
- Crear un Fondo de Apoyo y Promoción a la Investigación de Métodos Mineros sin Sustancias Peligrosas.
- A las zonas de exclusión absoluta de la minería, agregar: parques naturales municipales, reservas naturales de la sociedad civil, distritos de conservación de suelos, distritos de manejo integrado y Reservas de Biósfera.
- Establecer una restricción o exclusión condicionada de la minería en las zonas amortiguadoras de las áreas del sistema de parques nacionales.
- Establecer que si la autoridad minera no expide concepto previo para declaratoria de áreas excluibles en los 6 meses establecidos, la declaratoria seguirá su curso y el área podrá declararse sin necesidad de contar con el concepto.
- Terminar o renegociar contratos de concesión minera en páramos y otras zonas de especial importancia ecológica.
- Permitir mayor participación ciudadana e institucional en la declaratoria de áreas estratégicas mineras, incluyendo concepto previo de la autoridad ambiental.
- Permitir que decisión sobre qué comunidades pueden acceder a formalización minera sea interinstitucional y no sólo de la autoridad minera.
- Establecer mayores restricciones la posibilidad de cesión de títulos mineros obtenidos mediante legalización.

48 Carta de Álvaro Pardo, Guillermo Rudas, Julio Fierro, Mauricio Cabrera, Gustavo Wilches, María Victoria Duque, Amilkar Acosta y Jorge Espitia al Ministro de Minas y Energía. Bogotá, 24 de Septiembre de 2012.

- Prohibir la declaratoria de zonas mineras étnicas en territorios de pueblos indígenas que estén en riesgo de extinción física y cultural de acuerdo con el Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional y, en general, en los territorios de los sujetos étnicos colectivos que se constituyan como víctimas del conflicto armado.
- Crear de fondo o mecanismo para modernizar sistemas de información de la institucionalidad minera.

De no adoptar la propuesta de la moratoria ni ninguna de las mencionadas anteriormente, el escenario futuro de la minería muy seguramente consistirá en una locomotora cada vez más desbordada que seguirá dejando impactos graves e irreversibles sobre la biodiversidad del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade, Germán. 2009. "¿El fin de la frontera? Reflexiones desde el caso colombiano para una nueva construcción social de la naturaleza protegida". *Revista de Estudios Sociales* 32: 4859.
- Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente -AIDA. 2011. *Protección jurídica de páramos frente a actividades mineras*. Bogotá: AIDA.
- Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente -AIDA. 2011a. *Interés público de minería vs interés público de protección ambiental: un debate constitucional*. Bogotá: AIDA.
- Contraloría General de la República. 2008. *Estado de los recursos naturales y del ambiente, 2007-2008*. Bogotá: CGR.
- Fierro, Julio. 2012. *Políticas mineras en Colombia*. Bogotá: ILSA.
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales -IDEAM. 2010. *Segunda Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Bogotá: IDEAM.
- Instituto de Investigaciones y Recursos Biológicos, Alexander von Humboldt. 2010. *Definición de criterios para la delimitación de páramos del país y de lineamientos para su conservación*. Bogotá: Instituto Humboldt-Ministerio de Ambiente y Vivienda y Desarrollo Territorial. Parte I.
- Instituto de Investigaciones y Recursos Biológicos "Alexander von Humboldt". 2008. *Atlas de Páramos de Colombia*. Bogotá: Instituto Humboldt-Ministerio de Ambiente y Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Márquez, Germán. 2003. *Ecosistemas estratégicos de Colombia*. Bogotá: Sociedad de Geografía de Colombia.
- Pardo, Álvaro, Guillermo Rudas, Julio Fierro, Mauricio Cabrera, Gustavo Wilches, María Victoria Duque, Amilkar Acosta y Jorge Espitia. 2012. Carta al Ministro de Minas y Energía. Disponible en web en: <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/NuestrosDocumentos/Carta%20Ministro%20Minas%20008.pdf>.
- Rodado, Carlos. 2011. "Minería para la prosperidad. Reforma institucional y política minera". Bogotá, agosto 5 de 2011. Presentación del Ministerio de Minas y Energía. Disponible en web en: <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/archivosEventos/7655.pptx>
- Rodríguez, Gloria Amparo. 2011. Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia. Bogotá: Documento de *Análisis N° 1*, Foro Nacional Ambiental.
- Rubiano, Sebastián. 2012. Comentarios preliminares a la Resolución N° 0045 de junio 20 de 2012 de la Agencia Nacional de Minería. Documento sin publicar.
- Rudas, Guillermo. 2010. *Política Ambiental del Presidente Uribe, 2002-2010. Niveles de prioridad y retos futuros*. Bogotá.
- Toro, Javier et al. (2010). Environmental impact assessment (EIA) in Colombia: critical analysis and proposals for improvement. *Environmental Impact Assessment Review* 30, 247–261.
- Unidad de Planeación Minero Energética – UPME 2007. Producción más limpia en la minería del oro en Colombia Mercurio, cianuro y otras sustancias. Bogotá, UPME. Disponible en web en: http://www.upme.gov.co/Docs/Mineria_lim-pia.pdf
- Veiga, M. 2010. *Antioquia, Colombia: El lugar más contaminado con mercurio en el mundo: impresiones de dos visitas de campo*. Medellín: ONUDI.

SEMINARIO
ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO
Y LAS LOCOMOTORAS DE DESARROLLO
IDEAS BÁSICAS PARA EL DEBATE

1. LAS POLÍTICAS DE PROSPERIDAD ECONÓMICA
Y LA ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO
¿CHOQUE DE LOCOMOTORAS?

MANUEL RODRÍGUEZ BECERRA, JASON GARCÍA*

Síntesis

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, plantea como visión alcanzar una "prosperidad para todos", que se lograría mediante cinco estrategias denominadas locomotoras del desarrollo: la minería, la agricultura, la vivienda, la infraestructura y la innovación tecnológica. Al mismo tiempo, el Plan reconoce que "una barrera que se puso al frente del país y que obligó a modificar la visión de Gobierno y a adaptar, reformular y reforzar componentes esenciales del Plan Nacional de Desarrollo, es la fuerte ola invernal que azotó a gran parte del territorio desde la segunda mitad de 2010, y que ha dejado consecuencias devastadoras sobre la población y las actividades económicas". Además formula una ambiciosa política "para que las consecuencias del cambio climático, y

el riesgo de desastres, en los próximos años y para las próximas generaciones se puedan prevenir, mitigar, o al menos reducir". Este documento se propone mostrar cómo la alta vulnerabilidad natural del territorio continental de Colombia al clima cambiante —como consecuencia de su localización en la zona intertropical, reforzada por su geología y topografía caracterizada, entre otras, por su sistema de cordilleras— anula de formación relativamente nueva— se ha incrementado en forma sustantiva como consecuencia de la actividad humana. En síntesis, se plan-

1 DNP. 2011. Hacia la prosperidad democrática. Visión 2010-2014. Cap. 1. DNP 2011. Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. "Prosperidad para Todos", pág. 20.

UN BARRIL, UN ÁRBOL

SIEMBRA DE CULTIVOS FORESTALES Y SISTEMAS AGROFORESTALES COMO
UNA FORMA DE PROYECTAR ECONÓMICA Y AMBIENTALMENTE
LA EXPLOTACIÓN PETROLERA*

ARTURO GARCÍA, GUILLERMO LUNA Y ÓSCAR BARRIGA

1. INTRODUCCIÓN

La producción petrolera en el país ha aumentado en los últimos años como consecuencia de nuevos hallazgos y especialmente del desarrollo de los descubrimientos existentes. Lo anterior ha dado lugar a que hoy en día la producción nacional alcance los 500 mil barriles diarios¹ y se espera que oscile entre millón doscientos y millón y medio de barriles al día para el año 2015². Esto permite que el país se mantenga como exportador neto de petróleo, posición que en el pasado reciente se vio amenazada por la dificultad para aumentar, o al menos mantener constante, el nivel de reservas debido a que los hallazgos han tendido

a ser esporádicos o de poca magnitud³ ya que adicionalmente la extracción de esas reservas se hace a un ritmo alto para los estándares internacionales⁴.

El volumen actual de reservas de Colombia no permite desarrollar una industria de magnitud alrededor del petróleo, por lo que el país está obligado a exportar este recurso natural no renovable con pocas transformaciones que generen valor agregado. Tiempo permite mayores encadenamientos, dado que la garantía de mantener volúmenes importantes de producción solo se da a corto plazo y es incierta hacia el mediano y largo plazo⁵ (ver gráfica 1).

* Este documento se concentra en la explotación petrolera, pero el argumento que presenta es válido para la explotación de otros productos no renovables como el carbón.

1 Portafolio, abril 4 de 2012, p. 11.

2 ANH y Asociación Colombiana de Petróleo 2010. Avance para la Inversión Petrolera en Colombia 2010.

3 Juan Carlos Echeverry et al (2009). "Oil in Colombia: History, Regulation and Macroeconomic Impact". Documentos CIDE.

4 Alicia Pujana y Joyce Dargay (1996). Competitividad del Petróleo Colombiano: una revisión de factores externos.

5 ANH y CIBI (2009). "La Cadena de Hidrocarburos, Una Oportunidad para la Industria Colombiana".

políticas públicas 37

El Foro Nacional Ambiental es una alianza entre Ecofondo, la Fundación Alejandro Ángel Escobar, la Friedrich Ebert Stiftung en Colombia -Fescol, la Fundación Natura, Tropenbos Internacional Colombia, la WWF Colombia, la Facultad de Administración de la Universidad de los Andes y la Universidad del Rosario, que inició sus actividades en 1997, como una instancia de carácter permanente. El Foro es un espacio para la reflexión que busca la integración de la dimensión ambiental a las políticas de desarrollo en Colombia.

Consejo directivo: Ximena Barrera, Martha Cárdenas, Elsa Matilde Escobar, Laura Jaramillo, Gloria Amparo Rodríguez, Carlos Rodríguez y Manuel Rodríguez Becerra (presidente).

Las ideas expresadas en este documento no comprometen a las instituciones que hacen parte de este proyecto.

Sebastián Rubiano Galvis es investigador del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) y profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (correo: srubianog@gmail.com).

www.foronacionalambiental.org.co