

IMPLEMENTACIÓN Y CRISIS DEL ACTUAL SISTEMA DE GOBERNABILIDAD MINERA EN COLOMBIA: EL MODELO DE ENCLAVE EXPORTADOR*

Carlos Duarte**

RESUMEN

Este trabajo se sustenta en una revisión de las transformaciones contemporáneas de la legislación colombiana, buscando caracterizar cuál es el modelo de gobernabilidad minera a partir de la Constitución de 1991. Para tal fin se desarrolla un ejercicio comparativo entre el sistema legislativo inmediatamente precedente (el Código minero de 1988), continuando con la legislación que gravita alrededor de la Ley 685 (Código minero vigente), para finalizar con los discusiones jurídicas y sociales que llevarían a declarar inexecutable la última de las reformas legislativas (Ley 1382 del 2010). Este ejercicio busca delinear la administración de los recursos mineros bajo la tensión entre las políticas de apertura económica y los derechos sociales consagrados en la nueva constitución. A modo de conclusión se problematiza el actual sistema de gobernanza minera frente a anteriores modelos, también de gobernanza minera implementados en el país. Luego se realiza un paralelo entre la legislación colombiana y los principales elementos que vienen transformándose en la legislación minera chilena. Finalmente, se plantea hasta qué punto una administración del subsuelo que busca a toda costa ofrecer las mejores garantías para que la explotación minera se realice de acuerdo con los intereses multinacionales, puede convertirse en herramienta de despojo hacia la pequeña minería y numerosos territorios habitados por poblaciones étnicas.

Palabras claves: Gobernabilidad minera, neoliberalismo, antropología del Estado, historia legislativa colombiana.

IMPLEMENTATION AND CRISIS OF THE CURRENT MINING GOVERNANCE SYSTEM IN COLOMBIA: THE MODEL OF EXPORT ENCLAVE

[3]

SUMMARY

This work is based on a review of contemporary transformations of Colombian law, seeking to characterize the mining governance model from the 1991 Constitution until now. To this end, a comparison is developed between the immediately preceding legal system (the Mining Code of 1988), followed by the Law 685 (current Mining Code), to arrive at the legal and social discussions that would lead to declare unconstitutional the latest legislative changes (Act 1382 of 2010). This exercise intends to delineate the management of mineral resources under the tension between policies of economic liberalization and social rights recognized in the new constitution. As a conclusion, it questions the current governance system compared to previous mining governance models implemented in the country. Then, a parallel between the Colombian legislation and the main elements that are changing in the Chilean mining legislation is done. Then, it analyzes how an administration that seeks, at all costs, to provide the best guarantee that the mining is done in accordance with multinational interests, can become an accessory of dispossession against the small miners in territories inhabited by many ethnic populations.

Keywords: Governance mining, neoliberalism, state anthropology, Colombian legislative history.

Fecha de recepción: 16/10/2011

Fecha de aprobación: 12/11/2011

*Este trabajo se gestó en el marco del Seminario de *Conflicto, territorio y gobernabilidad*, de la Universidad ICESI en Cali, continuó bajo el auspicio del Proyecto de Investigación *Intersecciones entre espacio, desarrollo y diferencia social* del Departamento de Estudios Sociales y el Centro de Investigación CIES de la misma Universidad, y pudo terminarse gracias al apoyo y discusión colegiada en el Centro de Pensamiento RAIZAL.

**Antropólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor del Departamento de Estudios Sociales de la Universidad ICESI y miembro del Centro de Investigaciones Sociales – CIES, de la misma Universidad y el Centro de Pensamiento Latinoamericano RAIZAL.

LA GOBERNABILIDAD MINERA

La “governabilidad” es un término bastante versátil en su utilización contemporánea, especialmente porque permite abordar a través de sus múltiples aristas una serie de fenómenos políticos (en tanto ejercicio del poder elegido democráticamente); económicos (en la medida que se relaciona con la administración de los recursos productivos en un territorio particular); y socio-antropológicos (en cuanto tiene que ver con la posibilidad de instaurar esquemas de legitimidad y de participación de las poblaciones en las decisiones que los afectan).

Históricamente existen diferentes aproximaciones para comprender y utilizar el concepto de “governabilidad”; por lo general se ha entendiendo este término como sinónimo de “Gobierno”, conforme a su raíz etimológica *kubernân* que se refiere al control de un buque, y que ya Platón habría utilizado por primera vez, para referirse metafóricamente al gobierno de los hombres. La acepción contemporánea del concepto especialmente utilizada por organismos multilaterales y ONGs, tiene que ver con la capacidad del gobierno para legitimar sus decisiones con base en un desempeño eficaz de sus funciones. En términos más amplios, “[...] la gobernabilidad también puede definirse como la cualidad propia de una comunidad política según la cual sus instituciones de gobierno actúan eficazmente dentro de su espacio de un modo considerado legítimo por la ciudadanía, permitiendo así el libre ejercicio de la voluntad política y del poder ejecutivo mediante la obediencia cívica del pueblo” (Acosta, 2001).

[4]

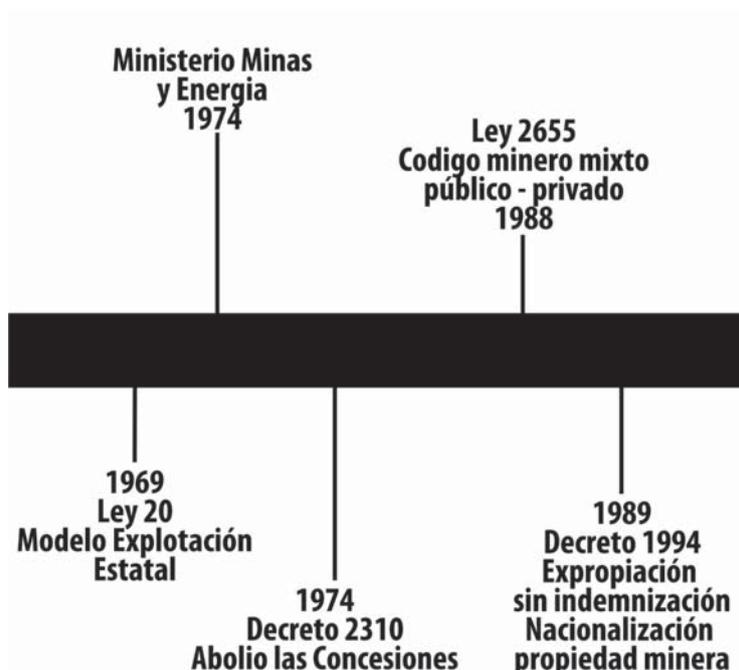
Sin embargo, es importante señalar que en este texto la utilización del concepto de “governabilidad minera” se guiará bajo las siguientes consideraciones: primero, la “governabilidad” en tanto concepto, no se restringirá a los procesos de toma de decisiones, sino que desde una perspectiva más amplia apuntará a establecer el conjunto de condiciones favorables o desfavorables para el ejercicio del gobierno. Segundo, cuando se hable de la “governabilidad minera”, se buscará subrayar la connotación política del concepto, la cual presupone la soberanía de las esferas organizativas del estado en la toma de decisiones: y tercero, es imposible soslayar que la explotación de los recursos mineros a lo largo de la historia colombiana, se ha estructurado en contextos de economías de enclave productivo.

En un trabajo anterior (Duarte, 2012.), se identificaron ocho periodos de gobernabilidad minera a lo largo de la historia nacional.¹ Sin embargo, este texto se concentrará en el sistema de gobierno del subsuelo minero a lo largo de los últimos 20 años. Se tomará como punto de referencia cronológico la reforma constitucional de 1991, ya que para el caso colombiano, es el momento en el que se intenta consolidar un estado social de derecho multicultural, al tiempo que se profundiza un modelo económico claramente neoliberal. Para tal efecto, se tomarán como referencia metodológica las principales transformaciones y debates legislativos que a este respecto se produjeron en el lapso de tiempo señalado. Este ejercicio de organización cronológica busca caracterizar el modelo de explotación de los recursos mineros bajo una gubernamentalidad claramente favorable al neoliberalismo; pero no por ello, a salvo de debates y resistencias, que

¹ i) La posesión precaria y el sistema de ocupación neogranadino; ii) La minería bajo el Principio de “Accesión” en la época Republicana; iii) El sistema de Ocupación bajo el principio “*res nullius*”; iv) El modelo de concesión en la primera mitad del siglo XX; v) La ley 20 de 1969: y el Contrato de Asociación y la nacionalización de la explotación; iv) La legislación mixta (pública – privada): el Código de Minas del Decreto 2655 de 1988; vii) La administración minera bajo el modelo neoliberal de enclave exportador y viii) Crisis e Inexequibilidad del Código Minero Vigente. Para consultar en detalle cada una de las cronologías mencionadas, consultar el trabajo *Governabilidad Minera: Cronologías legislativas del subsuelo en Colombia*, el cual es accesible en la dirección Web: <http://www.raizal.com/#!textos-de-raizal/vstc1=mineria>

como podrá apreciarse, llevaron este modelo a un punto de crisis en el 2011. Siguiendo las huellas del devenir jurídico, se pretende ofrecer algunos elementos básicos para que este último ejercicio de gobierno minero pueda ser evaluado, observando sus fundamentos, transformaciones, así como sus aspectos favorables y problemáticos.

1. LA GOVERNABILIDAD MIXTA DEL CÓDIGO DE 1988: ANTECEDENTE DEL MODELO NEOLIBERAL



[5]

La gobernabilidad minera antes de la reforma constitucional de 1991 tomó forma bajo el Código de Minas de 1988 correspondiente al Decreto 2655. Dicho Código sería el esfuerzo más riguroso del estado colombiano para organizar una gobernabilidad minera mixta, que resolviera el histórico conflicto entre la propiedad pública y privada de los recursos mineros. Amparado bajo la orientación política de la Ley 20 de 1969² que es cuando se termina con los principios de *Accesión*³ y de *Res Nullius*⁴, el Código de 1988 reguló las relaciones entre las entidades del

² La Ley 20 de 1969 estableció el principio de propiedad absoluta por parte de la Nación de las minas y yacimientos de hidrocarburos. Dicha Ley declararía el carácter de utilidad pública y de interés social de la industria minera en cada una de sus ramas. Esto trajo como consecuencia que el gobierno pudiera decretar de oficio o a petición de parte, la expropiación de la propiedad cuando la economía nacional requiera de la explotación inicial o ampliación de la existente respecto de ciertas minas o yacimientos. Claro esta, lo anterior no eximia al Estado de indemnizar a los particulares afectados en lo relativo a las inversiones que hubieren realizado en la zona y los intereses legales causados.

³ De acuerdo con el "*Principio de Accesión*" el dueño del suelo lo era también del subsuelo. Este principio fue implementado luego de las guerras de independencia con la Ley de Minas de 1823 "sobre arrendamiento de minas", la cual autorizó al poder ejecutivo para que diera en arrendamiento todas las minas pertenecientes a la República, salvo las de platino, dando origen a la figura del "*arrendamiento minero*". La aplicación más famosa del Principio de Accesión fue el Código de minas del Estado Federal de Antioquia en 1867.

⁴ Conforme a este principio, [...] las minas pertenecen al primer ocupante o descubridor, fundándose en que las minas son bienes vacantes o *res nullius* (cosa de nadie), y en que quien las trabaja es su verdadero dueño. Turgot en la Asamblea Constituyente Francesa defendió este sistema para estimular y amparar el trabajo y para acabar con el antiguo régimen de atribuir todas las minas del Estado quienes a su vez constituían sobre ellas privilegios que llevaban al monopolio de la explotación a favor de las castas dominantes". (Molina 1952:19). *Las negrillas son mías*. En consecuencia, bajo este sistema no se entrega estrictamente la propiedad de las minas ni al estado ni a los particulares, sin embargo es el estado quien detenta la facultad de adjudicar o otorgar el yacimiento minero a favor de quien ofrezca mayores garantías y a la vez una situación económicamente viable que permita su explotación. Este

Estado y los particulares. Es muy importante anotar que por primera vez el estado diferenciaría claramente la explotación y exploración minera en virtud de su magnitud y tecnificación. Bajo dicha prerrogativa se distinguieron tres clases de minería: pequeña, mediana y gran minería. Vale la pena remarcar que dicha diferenciación no sería retórica sino que exigiría condiciones y requisitos diferenciados de acuerdo al tipo de minería.

De igual modo el Decreto 2655 estableció que las actividades mineras de exploración y explotación de carbón que fueran propiedad de la nación, solamente se podían implementar mediante el sistema de “Aporte Minero”⁵ otorgado a empresas industriales y comerciales del Estado que estén vinculadas al Ministerio de Minas y Energía. Los aportes de carbón debían otorgarse a la Empresa Nacional Minera Ltda. MINERCOL⁶. Bajo este modelo era necesario organizar un sistema de seguimiento detallado de la exploración y explotación minera en el país, por tal razón el Código de 1988 implemento con rigurosidad el *Registro Minero*. En este contexto, la inscripción de Títulos en el Registro Minero estaba compuesta por tres partes: el Registro, la Identificación física de las áreas de los títulos, y el Archivo⁷.

Igualmente relevante fue el esfuerzo por racionalizar el impacto ambiental de la actividad minera. En esta dirección el Decreto 501 de 1996 estableció que la ejecución de trabajos autorizados por las licencias de explotación en contratos de concesión requieran de “*Licencia Ambiental*”, como requisito para la inscripción en el Registro Minero. De acuerdo con el Decreto 1481 de 1996, los Aportes se inscribirán en el Registro Minero Nacional. De esta manera quedó institucionalizado que para cada una de las actividades de exploración y de explotación se debía obtener la respectiva Licencia Ambiental.

[6] Bajo esta misma línea de gobernanza minera, es muy dicente el esfuerzo del Código de 1988 para señalar y delimitar las zonas mineras dentro de los territorios de las comunidades indígenas y negras. El Código delegaba dicha responsabilidad en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, quien debía velar para que –en dichos casos- la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables se implementara bajo condiciones especiales buscando la protección y participación de estas comunidades. Otros aspectos que permiten observar la intención gubernamental para racionalizar la explotación minera como un recurso público fueron los siguientes:

i) *La diferenciación de hecho entre la pequeña y la gran minería*: quizás el ejemplo más remarcable en este ámbito fue que las *Licencias e Informes de Explotación* requeridos por el Ministerio de Minas y

principio se implementaría con la Ley 38 de la Constitución de 1886. A partir de ese momento, los propietarios de tierras tendrían un año a partir de la entrada en vigencia de la Ley, para buscar y denunciar las minas que se encontraran en su propiedad y hacerse así acreedores al derecho de dominio sobre los hallazgos; pasado ese tiempo el derecho lo obtendría, cualquier persona que buscando en tierras ajenas o propias encontrara una mina susceptible de ser apropiada.

⁵ En los términos del artículo 48 del Decreto 2655 de 1988 el Aporte minero es el acto por el cual el Ministerio otorga a sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la minería, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos y yacimientos de uno o varios minerales que puedan existir en un área determinada? Dicha actividad minera podía ser contratada con terceros bajo las reglas generales consagradas en dicha legislación.

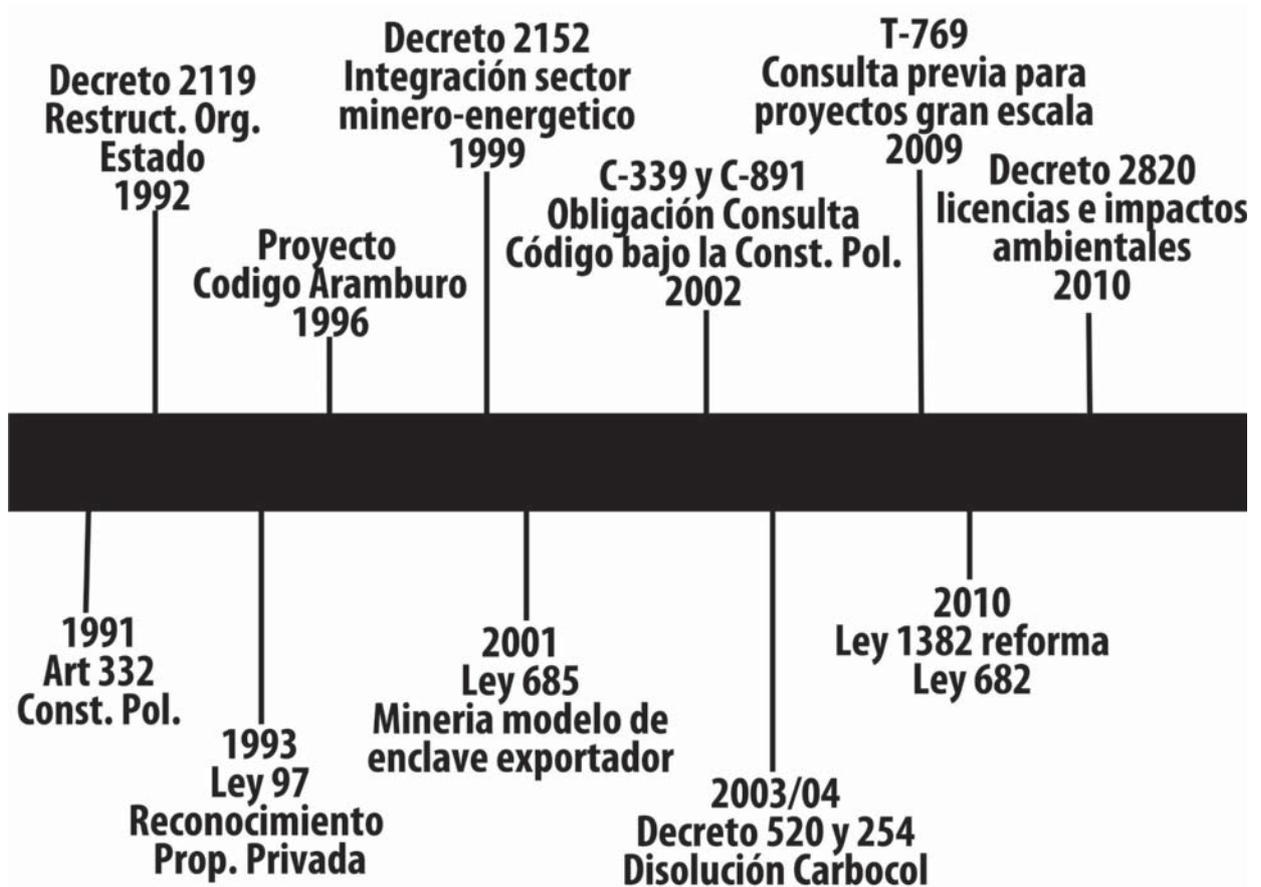
⁶ MINERCOL desarrollaría los programas de contratación minera que considerará necesarios para el aprovechamiento de los yacimientos carboníferos. Con este fin se expidió la Resolución 024 de 1994 “por medio de la cual se establecen criterios generales y normas básicas de contratación para pequeña, mediana y gran minería del Carbón en áreas de los aportes y áreas delegadas”. A partir de esta Resolución los títulos mineros sólo podían ser otorgados en áreas de Aportes de MINERCOL. Los títulos mineros otorgados con anterioridad por el Ministerio de Minas y Energía como permisos, licencias y concesiones, pasaban a ser administrados por MINERCOL, por delegación del mismo y las nuevas solicitudes debían tramitarse ante MINERCOL.

⁷ Los títulos a inscribir en el Registro Minero eran: Licencias de Exploración, Licencias de Explotación, Títulos Mineros Vigentes, Contratos de Concesión, Aportes, Embargos de los derechos a explorar y explotar, Subcontratos de explotación, Servidumbres mineras, La constitución, reforma y disolución de las sociedades ordinarias de minas, Programas de trabajo e inversiones aprobados.

Energía contenían ítems y exigencias diferenciadas entre la pequeña y la gran minería. (Art 34 y 35);

ii) *la preocupación estatal por preservar el protagonismo de la nación y sus ciudadanos con respecto a la explotación de la riqueza minera:* de acuerdo con Artículo 48 no había igualdad entre nacionales y extranjeros, y se orientaba al Ministerio a preferir la figura de Aporte sobre las otras posibilidades de titulación minera. De acuerdo con los Art 98, 99 y 213, en caso de realizarse la explotación bajo la figura de Asociación las utilidades debían ser igualitarias entre estado y particulares. A diferencia del modelo de explotación implementado en la primera mitad del siglo XX, las *Concesiones* en caso de adjudicarse, debían estipularse para un periodo no mayor a 30 años no prorrogables (Art 69), y los concesionarios estaban en la obligación de dejar funcionando las instalaciones y equipos para el Estado al termino de la misma. (Art 74). De igual manera se estableció un canon diferenciado de las participaciones recibidas por la nación: Regalías, Participaciones e Impuestos Específicos, Impuesto al Carbón (Art 216).

2. LA ADMINISTRACIÓN MINERA BAJO LA TENSIÓN NEOLIBERAL



La Constitución de 1991 estableció en el Artículo 332 que “El Estado es propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes”. Aquellas normas en que se establecía la propiedad de la Nación sobre yacimientos de hidrocarburos y excepcionalmente la propiedad privada sobre aquellos en que el propietario cumplía los requisitos exigidos por la Ley, no fueron modificadas por la Constitución del 91.

Los límites privados y públicos de la propiedad minera sería uno de los debates más importantes de la gobernabilidad minero energética luego de las reformas introducidas por la Ley 20 de 1969. Bajo la nueva constitución dicho debate tendría que aguardar hasta la Ley 97 de 1993, donde a través del artículo tercero se establecería que las disposiciones sobre reconocimiento excepcional de propiedad privada sobre hidrocarburos, y sobre los descubrimientos mineros serían la única interpretación autorizada de la Ley 20 de 1969. Dicha Ley condicionaba el reconocimiento de la propiedad privada de yacimientos petrolíferos y mineros a la existencia de yacimientos descubiertos antes del 22 de diciembre de 1969. Esta era la fecha de entrada en vigencia de la Ley 20, que instauró el modelo de explotación de los recursos minerales bajo la tutela y liderazgo estatal. Como era de esperarse, se presentaron varias acciones de inconstitucionalidad por parte de los agentes privados afectados. Sin embargo, dichas demandas no serían aceptadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-424 del 29 de septiembre de 1994.

A pesar de este precedente de ratificación del dominio absoluto de la nación sobre los recursos mineros, de un modo similar, a como sucedió en el periodo de gobernabilidad minera bajo el *Principio de Accesión* a comienzos del siglo XX⁸, de manera progresiva se volvió a sentir con fuerza la injerencia de poderosos intereses privados y empresas multinacionales en la forma de administración de los recursos mineros. Un claro ejemplo de esta situación sería el primer intento de reforma al Código Minero de 1988 luego de la Constitución del 91. Dicha iniciativa sería presentada por la abogada Luisa Fernanda Aramburu quien en 1996 presentó un proyecto de ley para un nuevo código de minas⁹. Este proyecto proponía: i) el desmonte del liderazgo estatal en la explotación minera por medio del desmantelamiento de la empresa estatal minera Minercol Ltda; ii) privilegiar la explotación minera privada, introduciendo cuantiosas rebajas tributarias, así como la posibilidad de firmar contratos de explotación exclusiva a las empresas privadas; iii) la flexibilización de los controles ambientales sobre las explotaciones, y la habilitación de nuevos territorios nacionales para el aprovechamiento minero transnacional. El proyecto de 1996 intentaba convertir las zonas de exclusión de la minería (donde existía prohibición total de explotación), en zonas restringidas. De esta manera se buscaba hacer minería a gran escala, en áreas vedadas por el Código minero de 1988, con un permiso que sería responsabilidad de las autoridades competentes regionales.

[8]

Como veremos a continuación, gran parte del proyecto de Código Minero de 1996 se implementó bajo la Ley 685 del 2001 (actual Código Minero), así como por medio de una profunda reestructuración de los organismos que el Estado había construido a partir de 1969 para tomar el control de los recursos naturales de la Nación. Estos dos factores privilegiaron una gobernanza minera sustentada bajo un modelo de “enclave”; es decir, un proceso productivo volcado hacia el exterior y controlado bajo los intereses de capitales privados e internacionales.

⁸ La gobernabilidad minera bajo el principio *res nullius* significó el mejor escenario posible para la inversión extranjera en el país y el peor para los intereses de los recursos y la soberanía nacional. Bajo la Ley 30 de 1903 tuvieron lugar las concesiones de Mares y Barco, famosas en la medida que fueron las concesiones más grandes que un presidente en tiempos republicanos haya otorgado a beneficiarios privados. Por ejemplo, La Concesión de Mares que el gobierno de Reyes otorgó a su ahijado de matrimonio Roberto De Mares, abarcó una extensión de 512 mil hectáreas en la región que hoy se conoce como el Magdalena Medio, al sureste de Barrancabermeja.

⁹ Vale la pena anotar que la abogada Aramburu encargada de escribir la Reforma al Código Minero, representó desde 1985 a la familia Higuera Palacios, y luego a la Corona Goldfields (subsidiaria en ese momento de la Norteamericana Conquistador Mines), en numerosos conflictos por titulación minera con las asociaciones de pequeña minería en Río Viejo - Sur de Bolívar. En esta dirección, no puede dejarse de lado que la figura de “*explotación exclusiva*” propuesta en dicho proyecto beneficiaba de manera evidente a la Corona Goldfields frente a las pequeñas comunidades mineras del Sur de Bolívar.

2.1 Restructuración administrativa: desmonte de los aparatos de Estado

La reestructuración administrativa comenzó con el Decreto 2119 de Diciembre 29 de 1992 por el cual se reestructuró el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares (IAN) y Minerales de Colombia S.A. (Mineralco). Los cuales pasaron por medio del decreto 2152 de 1999 a ser reducidos administrativamente dentro de la nueva estructura del sector de minas y energía. La nueva estructura minero energética quedó conformada por el Ministerio de Minas y Energía, dos Unidades Administrativas Especiales (la UPME¹⁰ y la CREG), dos establecimientos públicos (el Ingeominas y el IPSE) y ocho entidades vinculadas (Ecopetrol, Ecogas, Minercol, ISA S.A., Isagen S.A., Empresa Multipropósito Urrá S.A. E.S.P., Corelca, FEN y Carbocol). Adicionalmente, se le asignaron al Ministerio nuevas funciones relacionadas con la señalización y delimitación de las zonas mineras indígenas de acuerdo con las disposiciones del Código de Minas.

Este proceso de reestructuración administrativa se profundiza en 2003 con el Decreto 520 que dispuso la disolución y liquidación de Carbones de Colombia S. A., Carbocol. Este mismo año se escindió la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, que se organizó, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa como sociedad pública por acciones. Bajo la misma orientación, se creó en el mismo año la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A. En el 2004 el Decreto 252, reestructuró el Instituto de Investigación e Información Geocientífica Minero Ambiental y Nuclear (Ingeominas) y paso a denominarse Instituto Colombiano de Geología y Minería, utilizando aún la sigla «Ingeominas». Este Instituto se convirtió en un establecimiento público del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Energía. Como su objeto, se estableció la realización de la exploración básica para el conocimiento del potencial de recursos y restricciones inherentes a las condiciones geológicas del subsuelo del territorio colombiano; promover la exploración y explotación de los recursos mineros de la Nación y participar, por delegación, en actividades relacionadas con la administración de dichos recursos. Este mismo año por medio del Decreto 254 del 28 de enero de 2004, se ordenó la supresión, disolución y liquidación de la Empresa Nacional Minera Limitada, Minercol Ltda., empresa industrial y comercial del Estado. Finalmente, en enero de 2004 mediante Decreto 255 se modificó la estructura de la Unidad de Planeación Minero Energética UPME.

[9]

Como vemos de 1992 al 2004 la orientación de la estructura minero energética del país se transformo de manera profunda sobre dos orientaciones: i) convertir las empresas estatales mineras y energéticas en organismos mixtos, integrando la participación de capitales privados en su funcionamiento; y ii) adaptar los aparatos estatales de gobierno minero a las exigencias de una minería de enclave, en esta medida dichos aparatos pasaron de ser empresas líderes en el sector, a estructuras de seguimiento y administración de la actuación de los actores mixtos y privados.

2.2 El modelo de enclave exportador: la Ley 685 del 2001

El gobierno de Uribe Vélez emprendió la reforma al Código de Minas de 1988, buscando introducir una gobernabilidad minera que ampliara las facilidades para la inversión y explotación extranjera sobre los recursos mineros de la nación. La Ley 685 del 2001, actual Código de Minas se edificaría -entonces- siguiendo los antecedentes del proyecto de Aramburo en 1996. En este caso la Ley

¹⁰ Mediante Decreto 2119 del 29 de diciembre de 1992, se transformó a la Comisión Nacional de Energía en la UPME dándole la calidad de organismo con carácter de unidad administrativa especial. Es una Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, regida por la Ley 143 de 1994 y por el Decreto 255 de enero 28 de 2004. Cuya misión es realizar la Planeación del desarrollo sostenible de los sectores de minas y energía de Colombia, para la formulación de las políticas de Estado y la toma de decisiones en beneficio del País, mediante el procesamiento y el análisis de información.

sería preparada, asesorada y reglamentada por abogados de las firmas CEMEX, HOLCIM y Ladrillera Santafé. Dicho texto de Ley contó además, con el patrocinio de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional y el Banco Mundial, según lo denunció el 26 de mayo de 2009 el congresista canadiense Bernard Bigras del Bloque Quebequense. El objetivo era otorgar más beneficios a las grandes compañías mineras de ese país, que en los últimos años se ha convertido en la casa matriz de multinacionales mineras a nivel mundial. Revisemos algunos fragmentos del debate en el parlamento canadiense presentado en 2009 por el diputado Bigras, a propósito de la firma del tratado de libre comercio entre Canadá y Colombia.

“En primer lugar, el acuerdo contiene un capítulo sobre la protección de la inversión que evidencia la intención de facilitar la vida de los canadienses que invierten en Colombia, especialmente en el sector minero. Esto encuentra su expresión concreta en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia.

Hay que recordar que los llamados Códigos de Minería se revisaron hace más de 10 años (Constitución de 1991) con el fin de dar un montón de ventajas fiscales y regulatorios para las empresas extranjeras que llegaron y se instalaron en los países en desarrollo. Todo eso fue financiado desde hace varios años por diversas organizaciones internacionales, incluyendo la CIDA (Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional) y el Banco Mundial. Así Canadá buscando no esperar hasta el 2008 para dar incentivos fiscales a sus empresas, usó sus tentáculos internacionales en el Banco Mundial, así como la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional – CIDA, para financiar los cambios en los Códigos Mineros y por lo tanto a las leyes que estos países estaban reformando.

[10] Ya sea en África o en Colombia, dólares canadienses, nuestros impuestos, fueron utilizados para ayudar a revisar las legislaciones internas, reduciendo las protecciones ambientales, y proporcionando importantes reducciones de impuestos a las empresas que llegaron a explorar y explotar las minas.

[...] La legislación desde 1991 fue examinándose y revisándose con el fin de mejorar las condiciones para que las empresas canadienses pudieran llegar a esos países con el fin de explorar y explotar el níquel, el carbón y los yacimientos de oro, todo ello a expensas de las poblaciones rurales. Dinero de los contribuyentes canadienses se utilizó para tal fin. El gobierno colombiano recibió asistencia a través de CIDA y el Banco Mundial. Se le ha dado dinero al gobierno colombiano para ayudar a cambiar su legislación ambiental con el fin de ser más flexible y más favorable para las empresas mineras.

¿Cómo? En primer lugar, la legislación fue revisada, haciendo posible la concesión a una empresa minera, de un permiso único para permitir tanto la exploración y explotación de un yacimiento mineral. Segundo, las compañías mineras estaban buscando un plazo de 50 años renovables. ¿Cómo se hace eso? Insto a los miembros del parlamento (Canadiense) a leer un estudio de caso muy interesante, que completado por la Iniciativa de Halifax¹¹. Dice lo siguiente:

A través de su Proyecto de Energía, Minería y Medio Ambiente, la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (CIDA) proporcionó apoyo técnico y financiero para volver a redactar la legislación minera

¹¹ La Iniciativa Halifax fue creada en diciembre de 1994, dicha iniciativa es una coalición de ONGs y particulares canadienses quienes buscan monitorear las iniciativas del gobierno canadiense así como de los organismos multilaterales en los dominios del desarrollo, el medio ambiente, la fe religiosa y los derechos humanos.

de Colombia. La versión revisada del Código de Minería del 2001 fue adoptada sin consultar con los potencialmente afectados como las comunidades indígenas. Este Código creó condiciones de inversión que son sumamente favorables a las empresas extranjeras. El Código del 2001 ha debilitado un número importante de las salvaguardias ambientales y sociales, y ha creado importantes incentivos económicos, reduciendo dramáticamente las regalías mineras y reduciendo los impuestos para las compañías privadas.

¿Qué significa esto? Significa que Canadá inició una nueva redacción de la legislación colombiana, con dinero público a través de CIDA. Dicha revisión de los códigos mineros se realizó antes de firmar el acuerdo entre Canadá y Colombia.

Ahora, después de modificar la legislación, se han creado beneficios fiscales y regulatorios para las empresas mineras, asegurándose de que, repito, la legislación elimine los requisitos ambientales y culturales, así como los beneficios económicos que antes las comunidades locales recibían derivados de la actividad minera.

Comunidades locales y pueblos indígenas han sido expropiados de sus tierras, además se les argumenta que ellos no pueden recibir regalías por la actividad minera. El gobierno cambió los Códigos y reglamentos de uso de dinero público y, para colmo, firmó un acuerdo entre Canadá y Colombia para proteger a los inversores, que incluso les permite acudir a los tribunales, desafiando de esta manera modificaciones normativas que protegen el medio ambiente, los derechos humanos y de los trabajadores.

El gobierno canadiense simplemente conspiró con las empresas mineras para crear un sistema férreo a expensas de la población local.”¹²

Más allá de las influencias transnacionales, que tienen evocaciones muy viejas desde La Ley 37 de 1931 con el contrato Chau-Folsom¹³, en la práctica, la Ley 685 configuró un modelo de explotación minera de “enclave exportador”. ¿Qué quiere decir esto? Pues bien, conviene aclarar en primera instancia que aunque la minería es un sistema extractivo en sí mismo, en el panorama global de la producción minera es posible distinguir claramente entre:

- i) *Países industrializados en el ámbito minero*, los cuales desarrollan encadenamientos hacia delante para generar valor agregado sobre sus recursos mineros¹⁴. Dichos sistemas de explotación minera se encuentran fuertemente regulados por la acción estatal y se especializan en la comercialización tanto de materias primas, como de productos elaborados para el mercado internacional, por medio del encadenamiento entre materias primas mineras y el sector industrial nacional.

¹² Bernard Bigras Rosemont—La Petite-Patrie, QC. Canada-Colombia Free Trade Agreement Implementation Act Government. May 25th, 2009. En el mismo sentido se manifestaron los diputados Brian Masse de Windsor West, y Carol Hughes de Algoma—Manitoulin.

¹³ El Contrato Chau-Folsom se firmaría bajo una clara presión del gobierno de los EEUU para que el Estado colombiano permitiera la venta de la Concesión Barco a la Colombian Petroleum Company, Colpet. Dicho Contrato se firmó entre Clarence Folsom, apoderado de la Gulf Oil Company de los hermanos Mellon, y el Ministro de Industrias del régimen liberal, Francisco J. Chau. Bajo el contrato Chau-Folsom se restituyó un área de 187 mil hectáreas a la Colpet con una vigencia de 50 años. Lo más diciente de dicho contrato era que la compañía luego de extraer el crudo del territorio nacional le vendía el combustible al gobierno colombiano con los mismos precios de Puerto Arturo, Texas, los más altos del mundo. H.A. Metzger, representante ejecutivo de la Tropical Oil en Bogotá, exclamó al conocer los resultados de la negociación: “Es el mejor contrato que yo haya visto en Colombia; ¡es maravilloso!”.

¹⁴ Vale la pena destacar el caso del encadenamiento entre manufacturas y servicios en Australia, el vínculo entre la industria y la minería en Canadá, así como el vínculo entre materias primas minerales y su transformación para el consumo en la pujante industria nacional brasilera.

- ii) *Países con explotación minera de enclave exportador*, caracterizados por un sistema de producción “hacia afuera”, en el que el Estado como agente económico desempeña un papel relativamente pasivo en la explotación y su actividad más bien se orienta hacia el mantenimiento de un ambiente favorable para la inversión extranjera. Este modelo de gobernanza minera se caracteriza por la explotación y exportación de los yacimientos en su fase primaria, por la debilidad o inexistencia de encadenamientos productivos nacionales, y por desenvolverse bajo la tutela de grupos económicos multinacionales radicados en el exterior; los cuales están posicionadas de tal forma, que pueden implementar mecanismos de control monopólico en el ámbito internacional. Bajo el modelo de explotación de enclave exportador, la economía nacional obtiene beneficios reducidos, mientras que la mayor parte de las utilidades correspondientes a las rentas *Ricardiana*¹⁵ o *Hotelling*¹⁶ de los yacimientos, son enviadas al exterior.

Como es posible observar el sistema de gobernanza minera que se implementó a partir de la Ley 685 corresponde en gran medida al segundo de los modelos propuestos, efectuando la transición desde un modelo de nacionalización de la explotación y la producción minera (correspondiente a la Ley 20 de 1969), hacia un modelo de enclave exportador que -como veremos a continuación- se intentó profundizar con la Ley 1382 y el Decreto 2820. La intención de implementar el modelo de enclave exportador ha venido creciendo en los últimos años, al punto que el ministerio de Minas y Energía pretendió desconocer las otras reglamentaciones vigentes en la constitución de 1991, intentando imponer la Ley 685 como *norma de normas*. A este respecto, se presentó un conflicto jurídico con los artículos 3 y 4 de Regulación Completa y Regulación General, que a interpretación del Ministerio de Minas y Energía permitían omitir la aplicabilidad de toda normatividad que estuviera por fuera de la Ley 685. Pretensión que fue denunciada y demandada por Sintramintercol, la Onic, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y la Corporación Siempre Viva. A este respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-339 de 2002 aclaró que “[...] la expresión *únicos* no excluye la aplicación de los requisitos establecidos en leyes especiales, que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la nación y los derechos y bienes constitucionalmente protegidos”.

[12]

2.3 La profundización del modelo de enclave exportador: las reformas a la Ley 685

De acuerdo con Galeano (2010) dos aspectos han venido cobrando protagonismo con el modelo de explotación minera sugerido por la Ley 685: primero, la ausencia de una gobernanza ambiental minera, producto de la desarticulación de intereses, ambientales, sociales y económicos; y segundo, la ausencia de participación civil en la toma de decisiones. Dichos aspectos, como veremos a continuación, vinieron a ser acentuados por las reformas que modificaron el Código de Minas del 2001 (ley 685), desagregándolos en temas tan diversos como la minería tradicional, la ampliación de los plazos para la exploración, la adopción del Plan de Ordenamiento Minero, la modificación y

¹⁵ De acuerdo con Carlos Orihuela (2007.:17), la renta ricardiana es la renta derivada de diversas limitaciones o condiciones del factor tierra, en el caso de la minería depende de las condiciones del yacimiento. Por lo general, se considera una sobre-ganancia o excedente para los yacimientos de menores costos de explotación.

¹⁶ Para el caso de los recursos no renovables como los minerales, se suele hablar de renta de escasez o renta Hotelling en honor a Harold Hotelling (1931) quien derivó las condiciones de eficiencia económica en la extracción de un recurso natural agotable en un modelo de contexto intertemporal. La renta Hotelling equivale al valor de todos los ingresos percibidos por la venta de un recurso agotable menos todos los costos marginales incurridos en su extracción, incluyendo un apropiado retorno normal sobre el capital fijo empleado (Naciones Unidas 2002). El modelo de Hotelling tiene por objetivo determinar la senda óptima de extracción del recurso (agotable) en el tiempo, asumiendo un comportamiento maximizador de las firmas dedicadas a las actividades extractivas y sujeto a restricciones generalmente asociadas al stock disponible (reservas). Según este modelo, la senda óptima de explotación del recurso se caracteriza por un crecimiento de la renta de escasez, a medida que el recurso se agota, igual a la tasa de descuento. (Orihuela 2007.:18).

rechazo de solicitudes, la fijación de procedimientos para la legalización de áreas y la modificación del plazo de las concesiones.

i) *La Ley 1382 y la Des-gobernanza ambiental*: La ley 1382 de 2010 modificó tanto el Código de Minas (Ley 685), como el Decreto 2820 de 2010¹⁷ sobre el tema de licencias ambientales. De modo que “[...] si el concesionario se encuentra en la etapa de Exploración, con sujeción a las normas ambientales, “podrá” (*subrayado fuera del texto de la ley*), solicitar a la Autoridad Minera que se autorice el inicio del período de construcción y montaje, al igual que la explotación anticipada acorde con lo estipulado en este Código. (Art. 10 Ley 1382). De igual manera la Ley 1382 permite la Acumulación o Integración de Licencias Ambientales en el caso minero, modificando así el Decreto 2820 del 2010. En el caso de el Licencias conjuntas, los beneficiarios de áreas vecinas o aledañas, estén o no incluidas en un plan conjunto de exploración y explotación, “podrán” (*subrayado fuera del texto de la ley*) realizar, si así lo requieren, el Estudio de Impacto Ambiental ordenado en el Código de Minas. Si las condiciones y características de dichas áreas fueren homogéneas o similares, podrán pedir además el otorgamiento de una Licencia Ambiental Conjunta. (Artículo 15 Ley 1382).

Como se advierte la Ley 1382, al determinar que tanto en la fase de exploración como de integración de licencias ambientales los solicitantes “podrán” hacer de la licencia ambiental un trámite facultativo y no perentorio, se abre un boquete normativo que facilitará que los solicitantes obvien -en la medida de lo posible- la gestión de la licencia ambiental. Por lo tanto, la liberación de zonas excluidas para la minería introducida por la Ley 1382 elude las disposiciones que a este respecto se había reglamentado en el Decreto 2820, donde claramente la minería debía contar de manera obligatoria e ineludible con dicho control.

ii) *El Decreto 2820 y lo “facultativo” de la participación ciudadana en la toma de decisiones*: El concepto de desarrollo sostenible en la minería implica la necesidad de que el sector minero y sus empresas consideren la necesaria integración de tres elementos básicos en sus estrategias dirigidas a generar negocios prósperos y rentables, estos aspectos son de tipo: económico, ambiental y social. La ruptura de esa pretendida articulación tripartita, se produce por el desarrollo de la explotación minera que ocasiona en las comunidades impactadas la necesidad de redefinir el acceso y manejo de recursos naturales tanto de las zonas sujetas a explotación, como de sus entornos inmediatos que son gravemente afectados por dicha actividad. A este respecto, es importante mencionar que el artículo 15 del Decreto 2820 del 2010 establece como algo “facultativo” (*subrayado fuera del texto de la ley*) incorporar los aportes de las comunidades con respecto a los estudios de impacto ambiental: “[...] se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes (*subrayado fuera del texto de la ley*), los aportes recibidos durante este proceso”. De otra parte y de acuerdo con este mismo Decreto, el derecho de Consulta Previa para las comunidades indígenas y afrodescendientes solamente se realizara: “En los casos en que se requiera (*subrayado fuera del texto de la ley*), deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial” (Artículo 15 Decreto 2820 del 2010).

[13]

¹⁷ Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.

Así las cosas, analizando más en detalle la Ley 685 y sus subsiguientes reformas (Ley 1382 y Decreto 2820), estamos en posición para evidenciar la estructura de la gobernabilidad minera bajo una perspectiva de enclave exportador. Para este objetivo se proponen los siguientes elementos: i) inviabilidad y estigmatización de la pequeña minería; ii) conflicto con los derechos étnicos del estado multicultural; iii) facilidades para la instalación de la gran minería de capital transnacional; y, iv) flexibilización jurídica a los impactos ambientales de los megaproyectos mineros.

i) *Inviabilidad y estigmatización de la pequeña minería:* En la Exposición de Motivos del proyecto presentado a consideración del Congreso se decía que el mayor problema de la explotación minera nacional es la “*minería informal*”, remarcando que la *Minería Informal* hace “[...] uso de tecnología rudimentaria que depreda los campos y daña los depósitos mineros, tiene un alto impacto ambiental, opera desconociendo obligaciones laborales y de seguridad industrial y limita la llegada de proyectos de gran envergadura. El Código actual (1988) -agregaba el gobierno- ha conducido a que cualquier persona, sin acreditar capacidad técnica y económica alguna, adquiera la calidad de titular de contratos y sean muy escasos los proyectos serios y eficientes de desarrollo sostenible y racional del recurso minero” (Fernández & Valencia 2010.:16). El cambio discursivo no es insignificante porque como vimos anteriormente en la legislación de 1988 la Pequeña Minería aparecía como una opción tipificada y reglamentada de una manera particular.

Por lo tanto es remarcable apreciar que en el Título IV, Capítulo XVI de la Ley 685 se elimina la diferencia entre pequeña, mediana y gran minería, obligando a los dos primeros a competir en las mismas condiciones de la gran minería. Además, el Capítulo XVII de Exploración y Explotación Ilícita de Minas, penalizan e inhabilitan a los mineros, que no se legalicen. En síntesis, es posible observar como a partir del modelo de enclave exportador se empieza a confundir y a mezclar bajo la misma categoría de *Minería Informal*, tanto las explotaciones ilegales como la de los pequeños mineros y los mineros artesanales. Paradójicamente, a pesar que el Capítulo XXIV de Aspectos Sociales de la Minería, legisla a favor de la pequeña minería por medio de los Proyectos Mineros Especiales (Art. 248), la inoperancia de esta normatividad, sumado a las condiciones económicas de nuestro país y la profundización de conflictos sociales y armados, ha venido produciendo el crecimiento desmesurado de la ilegalidad en la explotación minera.¹⁸

ii) *Conflicto con los derechos étnicos del estado multicultural:* El artículo 5 de Propiedad de los Recursos soslaya lo consagrado en la Constitución para los casos de propiedades colectivas de comunidades indígenas y Afrodescendientes, al considerar que los recursos mineros de cualquier tipo son propiedad exclusiva del Estado sin ningún tipo de apelación posible. De otra parte, el Capítulo XIV de Grupos étnicos, no fue consultado con los indígenas, la Corte Constitucional aclaro mediante sentencia C-891 de 2002 que “[...] en el entendimiento que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa”. Dicha sentencia quiere decir que el estado colombiano se ve obligado a respetar la consulta a los pueblos indígenas, si van a pactar cualquier contrato minero. Sin embargo, como seguiremos observando, los derechos

¹⁸ El crecimiento de la minería ilegal puede explicarse si se tiene en cuenta que proceso de “legalización” guarda una perspectiva draconiana con los pequeños mineros al eliminar la distinción entre pequeña, mediana y gran minería. De acuerdo con la Red Colombiana de Acción Contra el Libre Comercio RECALCA, entre 2002 y 2007 se presentaron casi seis mil solicitudes de legalización de minería de hecho, y tan solo se resolvieron favorablemente cerca de cuarenta. Además, si el área solicitada se encuentra en concesión, los mineros tendrán que demostrar trabajos continuos iguales a la concesión (30 años). La experiencia muestra que la continuidad entre los pequeños mineros es bien difícil de conseguir, pues muchos de ellos también son agricultores o, por su debilidad, en muchas ocasiones se ven obligados a parar los trabajos por falta de capital, o la persecución del gobierno les impide laborar los doce meses del año (Fernández & Valencia 2010.:15).

étnicos han sido uno de los puntos más importantes de contradicción y discusión en el ámbito de la gobernabilidad minera contemporánea. Como veremos luego, este elemento es fundamental en la Inexequibilidad de la Ley 1382 dictaminada por la Corte Constitucional.

iii) *Facilidades para la instalación de la gran minería de capital transnacional*: La gobernabilidad minera bajo el modelo de enclave exportador necesitaba para su implementación, volver a permitir que los particulares explotaran directamente los yacimientos mineros; en esta medida, la Ley 685 tuvo que revivir el contrato de Concesión suscrito entre particulares con el Estado. Es así como el artículo 14 consagra el Título Minero Único en detrimento de las áreas de “Aporte” administradas por la autoridad minera estatal, con el exclusivo ánimo de liberar todo el territorio a la inversión extranjera. De manera complementaria, el Capítulo VII del actual Código eleva la duración de la concesión a 30 años más dos posibles prorrogas, que combinado con el artículo 228 de estabilidad de regalías hace perder el control de la explotación y la rentabilidad minera para el estado colombiano. En el Capítulo XXII de Aspectos Económicos y Tributarios, se hizo una reforma tributaria para las transnacionales, reforma que no se compadece de la grave situación fiscal por la que atraviesa el Estado colombiano¹⁹. En el Capítulo XXV Normas de Procedimiento, se cambia la Constitución porque a partir de esta ley y con base al artículo 289, un ciudadano común no podrá demandar la nulidad del contrato minero. Este artículo es una clara previsión a las demandas que se le vendrán a estos nuevos contratos de concesión por ser lesivos a los intereses de la nación. Finalmente el artículo 317 de Autoridad Minera, convierte al Ministerio de Minas como única autoridad y deja a Minercol LTDA, como un establecimiento público y no como una empresa industrial y comercial del estado.

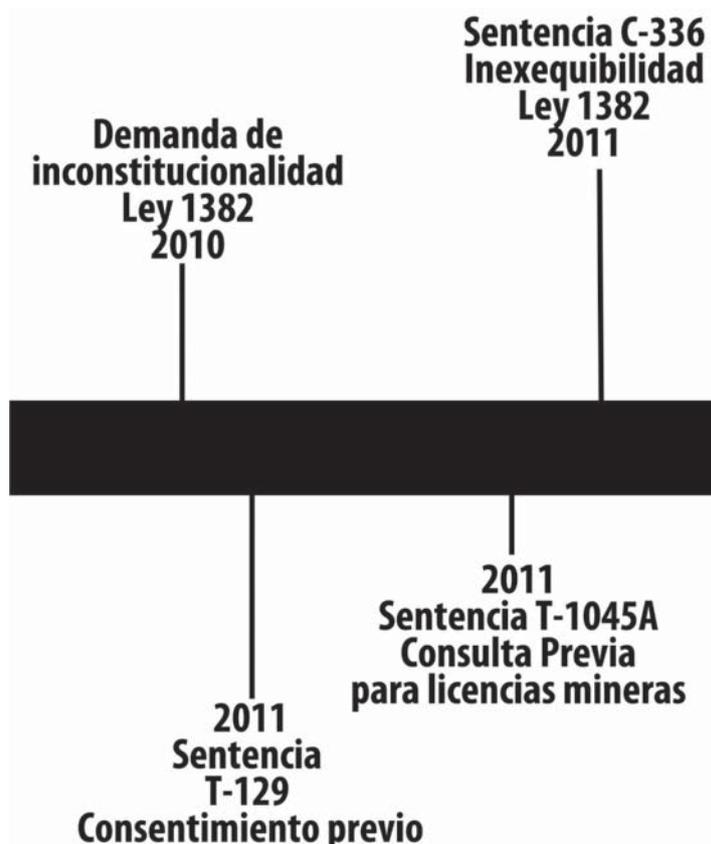
iv) *Flexibilización jurídica a los impactos ambientales de los megaproyectos mineros*: El Capítulo XXII Aspectos Ambientales de la Ley 685, ofrece ventajas destructivas a las grandes empresas, en un país con un entorno ambiental sensible como el colombiano. En este ámbito los artículos 207 y 208 permiten la expedición de una sola licencia ambiental, para todo el periodo de la concesión, sin que la autoridad ambiental pueda cambiar esta decisión, así ocurran violaciones graves a la legislación ambiental. El artículo 210 del Código permite que las modificaciones a la licencia ambiental se realicen a solicitud del interesado (el operador minero); mientras que en el artículo 211 de revocación de Licencia, el estado “podrá”, (no “deberá” como es su obligación legal) revocar la licencia por reiteradas y graves violaciones de las obligaciones ambientales del explotador. Finalmente, el artículo 321 crea las auditorías ambientales externas, con lo cual se deja a los vaivenes de la oferta y la demanda el ecosistema de las regiones mineras, conviene remarcar que bajo el Código de 1988 solo la autoridad ambiental estatal podía desarrollar las auditorías ambientales.

Como es observable bajo el modelo de gobernabilidad minera de enclave exportador, el Estado colombiano rompe con el proyecto de nacionalización de la producción instaurado por la Ley 20 de 1969, el cual a su vez ya venía transformándose en un modelo de explotación mixta (pública-privada) bajo el Código de 1988. Esta ruptura, bajo la evidente influencia de los dineros de la

¹⁹ En el artículo 227 se estipularon regalías del 0.4% para los explotadores privados del subsuelo (bajo el Código de 1988 -para el caso del Carbón- las multinacionales debían pagar el 15%), en el artículo 228 se les asegura una regalía fija por toda la operación, incluidas las prorrogas. En el artículo 229 se crea una incompatibilidad con impuestos nacionales, municipales y departamentales; mientras que en el 231 se prohíben nuevos impuestos a la industria a pesar de toda la degradación y el daño al medio ambiente que esta produce. Por medio del artículo 233 se les excluye de renta presuntiva, y en el 235 se les acreditan las talas de bosque como exportaciones mineras de productos verdes, para finalizar en el mismo ítem se les conceden exenciones de todo tipo de impuestos y gravámenes por un término de 30 años.

Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (CIDA), significa que de manera gradual el Estado colombiano haya venido retirando su participación en la explotación directa de los recursos mineros. Al mismo tiempo, el modelo de enclave exportador ha ofrecido todo un marco de garantías jurídicas para que el grueso de la explotación, comercialización y apropiación de la riqueza generada por los recursos mineros se quede en los sectores privados transnacionales, mientras que la nación recibe por concepto de “regalías” un porcentaje ínfimo de los beneficios.

3. CRISIS E INEXEQUIBILIDAD DEL CÓDIGO MINERO VIGENTE



[16]

Como venimos de apreciar la gobernabilidad minera bajo el modelo de enclave exportador, significa la introducción de problemáticas ambientales y étnicas de gran calado para el estado multicultural sustentado en la Constitución de 1991. Dichas problemáticas han tomado la forma de conflictos judiciales en dos ámbitos: de un lado, un conflicto conceptual en torno de las posibles interpretaciones al espíritu constitucional de 1991 y su operatividad en la jurisprudencia posterior; y, de otra parte, entre los intereses muchas veces contrapuesto de la sociedad civil organizada, las multinacionales mineras y el Estado colombiano.

En este sentido, tres sentencias de la Corte Constitucional (T-129, T-1045A y C-366), están forzando a repensar de manera profunda el sistema de gobernanza minera neoliberal o de explotación de enclave exportador. Las dos primeras sentencias (T-129 y T-1045A), obligaron al Estado a operar de una manera diferencial, cuando los yacimientos se encuentran en territorios de comunidades indígenas y afrodescendientes; mientras que la última sentencia (C-366), declaró inexecutable la estructura global del actual código minero (Ley 1382 del 2010). Las tres sentencias tienen en común la implementación filosófica y operativa de la Consulta Previa, garantizada por la Constitución de 1991 sobre las poblaciones definidas étnicamente en el estado multicultural; de

igual manera, dichas sentencias parecen orientar el tránsito sugerido por la Corte Constitucional desde Consulta Previa hacia el Consentimiento Previo e Informado.

3.1 De la Consulta Previa al Consentimiento Previo e Informado

La Sentencia número T-129, emitido el 3 de marzo del 2011, le dio la razón a la demanda presentada por el pueblo indígena Embera Katio, asentado en dos resguardos (Chidima Tolo y Pescadito) con una población superior a las 110 personas. Dicha Sentencia ordeno realizar en forma debida la Consulta Previa buscando obtener el Consentimiento, libre e informado sobre tres proyectos que iban a desarrollarse en su territorio²⁰.

La sentencia T-129 anuló los fallos emitidos en primera instancia por el Tribunal Superior del Chocó, que consideró improcedente la Consulta, y en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia que confirmó lo dictaminado por el Tribunal del Chocó. Tanto el Tribunal Superior del Chocó como la Corte Suprema argumentaron en sus fallos que no se puede atentar contra el “interés general” y el “progreso” para proteger a “un grupo”. Al respecto, la Sentencia T-129 de la Corte Constitucional de Colombia señala textualmente que “[...] *no se puede anteponer en abstracto el interés general y la visión mayoritaria que se tenga del desarrollo o el progreso que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos*”.

La Sentencia en cuestión, desarrolla anteriores pronunciamientos como la de la Sentencia T-769 del 2009, por cuanto en esta Sentencia la misma Corte había dicho que el consentimiento era necesario únicamente en casos de proyectos de gran escala. La actual Sentencia (T-129) amplía la protección porque dice que el consentimiento debe realizarse en todos los casos, pues esa es la finalidad de la Consulta Previa. De manera complementaria, la Corte propone en la T-129 que la consulta no sea vista como un obstáculo para la ejecución de proyectos de desarrollo, sino como un espacio de diálogo intercultural, con respeto y reconocimiento de cada una de las partes y las decisiones que se adopten.

[17]

De esta manera la Corte Constitucional, por medio de la Sala Quinta de Revisión ordenó detener la ejecución de los proyectos mencionados anteriormente, en tanto no se realicen las consultas correspondientes a los pueblos indígenas afectados. La Corte dictaminó que “[...] *es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares*”.

Meses después el 26 de abril de 2011 en proceso adelantado por el Consejo Comunitario de la Toma, el Proceso de Comunidades Negras PCN, y la Corporación Sembrar, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-1045A de 2010, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y a la Consulta Previa, del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma del municipio Suárez

²⁰ Los tres proyectos en cuestión fueron: 1) La construcción de una carretera terrestre Acandí-Unguía, de 4 kilómetros de extensión, que atravesaría los dos resguardos. A este respecto el Ministerio de Transportes no exigió la licencia ambiental correspondiente, ni realizó la Consulta Previa con las comunidades afectadas por las excavaciones, cuneras y drenajes que afectan la estabilidad de las viviendas indígenas. 2) La interconexión eléctrica binacional Colombia-Panamá, que planeaba la instalación de una línea eléctrica de más de 3, 400 metros. La demanda se sustentó en que los ingenieros de la empresa encargada ingresaron al resguardo para hacer mediciones y determinar puntos geo-referenciados, sin consultar a las comunidades. Y, 3) Una concesión minera de 40 mil hectáreas proferida por Ingeominas en el municipio de Acandí.

Cauca, que se vieron afectados ante el otorgamiento de licencias para la explotación minera a foráneos en territorios ancestrales de comunidades afrodescendientes.

La Corte ordenó, la realización de la Consulta Previa con plena participación de la comunidad de la Toma, mientras que le exigió a Ingeominas que *“se abstenga de otorgar o suspender, según sea el caso, la o las licencias de explotación minera en el proyecto del señor Hector Sarria o cualquier otro en el corregimiento La Toma de Suarez, Cauca, hasta tanto se realice, de manera adecuada, la consulta previa ordenada en esta sentencia”*. Este importante fallo, manifiesta *“que la violación del derecho a la consulta sobre proyectos de explotación de recursos naturales, también conlleva a la conculcación de otros derechos del pueblo afectado, tales como la autonomía e integridad cultural y social y, eventualmente, la propiedad”*. Por medio de esta Sentencia la Corte se manifestó atenta por el aumento en los daños ambientales que los proyectos mineros a gran escala pueden ocasionar, resaltando la afectación a las fuentes hídricas, contaminación, deforestación e incremento el desequilibrio ecológico. En consecuencia la Sentencia T-145A suspendió las licencias de explotación minera y las licencias ambientales de los títulos mineros existentes en el corregimiento la Toma del Municipio de Suarez – Cauca, donde no se haya consultado previamente la voluntad de la comunidad afrodescendiente.

3.2 La Sentencia C-366 y la Inexequibilidad a la reforma del Código Minero

[18]

El 8 de septiembre de 2010 Guillermo León Henao Gómez presentó una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional contra la Ley 1382 de 2010, que a su vez había modificado la Ley 685 de 2001 (Código de Minas). La demanda se fundamentó en la violación de los artículos 1; 2; 3; 4; 7; 90; 13; 40, numeral segundo; 93; 329, y 330 de la Constitución Política de Colombia y artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (aprobado a su vez por la Ley 21 de 1991), los cuales consagran la Consulta Previa a las minorías étnicas como un derecho fundamental. De acuerdo con las disposiciones contenidas en la Constitución y en el Convenio 169, dicha Consulta adquiere el carácter de obligatoria cuando se pretendan adoptar medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas o tribales.

Por lo tanto, el demandante alegó que la Ley 1382 de 2010 contiene disposiciones relativas a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables que afectan directamente a las minorías étnicas, bien sea por las actividades mineras que se realicen por parte de terceros en los territorios indígenas, o por aquellas realizadas por las mismas comunidades indígenas. A este respecto resulta importante recordar que tanto la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal) y la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural) fueron declaradas inexequibles mediante sentencias C-030 de 2008 y C-175 de 2009 respectivamente por la Corte Constitucional al considerar que se había violado el derecho fundamental de Consulta a las comunidades indígenas y tribales dentro de su trámite.

En Mayo del 2011 el presidente de la Corte Constitucional, Juan Carlos Henao, explicó que la Reforma 1382 al Código Minero Ley 685, fue declarada inexequible de manera diferida, es decir que el Gobierno tiene 2 años para realizar los ajustes necesarios y la consulta que se exige al Congreso a las comunidades étnicas. En el pronunciamiento de la Corte se destaca que al revisar el expediente de elaboración de la Ley 1382 no se encontró prueba alguna de que la consulta previa se haya realizado. Así las cosas, la explotación minera podrá seguir teniendo lugar bajo las condiciones señaladas en la Ley 1382 de 2010 hasta el 2012, cuando entre en vigencia su inconstitucionalidad.

4. CONCLUSIONES: TRES ELEMENTOS PARA PROBLEMATIZAR LA GOBERNANZA MINERA DE ENCLAVE EXPORTADOR

Como se ha observado, este ejercicio ha partido de revisar de manera detallada las transformaciones contemporáneas en el ámbito de la legislación minera, para luego intentar agrupar dichos cambios en tres momentos que permiten caracterizar las transformaciones legislativas y sus relacionamientos político-económicos. En adelante, y a modo de conclusión, se buscará analizar con mayor detalle el modelo de gobernanza de enclave exportador.

En este sentido, tres elementos de ponderación aparecen como necesarios: i) un ejercicio de comparación histórica a las regalías, concesiones y tributaciones de la gobernanza neoliberal; ii) se plantea revisar el caso chileno, desde una perspectiva de comparación crítica con la situación colombiana; y iii) se propone apreciar el modelo de enclave exportador colombiano, subrayando su posible utilización como estrategia de desposesión a la pequeña minería.

4.1 Regalías, concesiones y tributaciones en la gobernanza neoliberal

En Colombia, a lo largo del 2010, según la Dirección de Minas del Ministerio de Minas y Energía (2011.:14), se recaudaron regalías mineras por US\$ 650 millones. Una cifra que comparada con las de países como Chile (US\$ 487), Perú (US\$ 214) y Bolivia (US\$ 120) es bastante significativa. Pero si comparamos esta cifra de acuerdo a los diferentes sistemas de gobernabilidad minera por los que ha atravesado la nación, podremos dimensionar mejor el actual modelo de enclave exportador²¹.

En este mismo sentido, conviene recordar que algunos de los modelos de minería más exitosos a nivel mundial recaudan regalías considerablemente más altas que las establecidas por el actual modelo colombiano. En un informe de Fedesarrollo (2008.:4) se remarca el caso australiano donde se registran ingresos por habitante que han crecido a tasas sostenidas del 3% anual con tasas de inflación de 2,5%, y donde la minería es responsable de 40% de las exportaciones totales y del 8% del PIB, es particularmente revelador. Australia recauda un impuesto a las utilidades de las empresas cercano al 30%²², pero además recibe regalías federales, que son difíciles de calcular porque tienen metodologías diferentes según el mineral y la provincia, pero pueden oscilar entre el 2% y el 8% de las utilidades²³. Como si fuera poco, el gobierno de Australia del Sur lanzó en 2010 la propuesta de fusionar los tributos a la minería, en un impuesto a las súper ganancias a los recursos no renovables cuyo principal blanco serían las compañías mineras, dicha reforma aproximaría las regalías percibidas a un monto cercano al 40%²⁴.

[19]

²¹ De esta manera, los 650 millones de dólares fueron recursos que el Estado percibió bajo la Ley 685 que fijó un monto de regalías no menor al 0.4% de la producción total. Pero si dicha explotación se hubiera realizado bajo el modelo mixto implementado por el Código de Minas de 1988, que obliga a las empresas mineras a pagar regalías cercanas al 10% de sus utilidades, el Estado hubiera percibido cerca de 16 mil 250 millones de dólares. En el modelo de nacionalización de la producción minera, la Ley 69 se inclinaba claramente por el modelo de exploración y explotación dirigidos por el Estado -en este caso hipotético- el 100% de las utilidades serían retenidas por las empresas extractivas estatales, y las ganancias rozarían los 165 mil 500 millones de dólares. Mientras que la otra figura privilegiada por la Ley 69, el modelo de asociación, en el que las ganancias serían repartidas a mitades, el Estado recibiría por el 50% cerca US\$ 81 mil millones. Aún en las condiciones reconocidas históricamente como las más oprobiosas para los intereses de la nación, bajo la Ley 30 de 1903, durante el modelo de las Concesiones de Mares y Barco las regalías oscilarían entre un 7% (US\$ 12 mil millones) y 14% (US\$ 24 mil millones).

²² http://www.treasury.gov.au/documents/1304/HTML/docshell.asp?URL=01_Company_tax.asp

²³ Australia's future tax system <http://taxreview.treasury.gov.au/>

²⁴ <http://www.theaustralian.com.au/business/03/5/2010>.

Con respecto a la duración concesionaria, fuera del modelo de minas redimidas a perpetuidad bajo el principio de accesión, en el caso más debatido y criticado del modelo de concesión -el caso Barco- el tiempo de explotación efectivo no superó los 75 años (1905 – 1975)²⁵. Sin embargo, bajo el modelo de enclave exportador se permite una concesión por 30 años que puede ser renovada dos veces, lo cual significaría una posibilidad de explotación que puede alargarse durante 90 años.

De otra parte, vale la pena revisar la cuestión de las excepciones tributarias para la explotación minera. En este sentido, además de los datos ya aportados páginas atrás, de acuerdo con el mismo Ministerio de Minas y Energía (2011.:2-15), convendría preguntarse ¿Por qué a pesar que las exportaciones mineras crecieron de 27.131 millones de pesos en 2009 a 30.130 millones de pesos en el 2010, las regalías correspondientes decrecieron de 709.4 millones de dólares en el 2009 a 650 millones de dólares en 2010?

Esta situación resulta particularmente significativa para el caso del carbón, en la medida que esta explotación significa el 75,50 % del recaudo total de las regalías colombianas (MME 2011.:32). Según datos del mismo Ministerio de Minas y Energía, la producción de carbón creció un 2.12% de 72.8 millones de toneladas en el 2009 a 74.4 millones de toneladas en el 2010. Mientras tanto las regalías disminuyeron en un 18.4% de 1.30 billones en 2009 a 0.93 billones en 2010. Disminución que representó para el erario público una pérdida de 372.500 millones de pesos, con el agravante que el promedio de los precios del carbón se incrementaron en un 31.5% de USD/Tn. 70.4 en el 2009 a USD/Tn. 92.5 en 2010.

[20]

Este es un aspecto poco analizado, que apenas en los últimos años ha venido dimensionándose para el caso de las regalías mineras del modelo de enclave exportador. De acuerdo con Álvaro Pardo, director de Colombia Punto Medio, a lo largo del 2011:

“[...] se hizo evidente el gran costo fiscal que conllevó el programa de *confianza inversionista* del gobierno anterior, y lo poco que avanzó el nuevo gobierno en cerrar los boquetes en regalías e impuestos que el país debería recibir por la explotación de sus Recursos Naturales No Renovables. El ministerio de Hacienda llamó la atención sobre el exceso de exenciones incluidas en el Estatuto Tributario, mientras Guillermo Rudas encontró que las exenciones representaron al menos 49 por ciento de lo que estas empresas pagaron por impuestos en el 2009. Por su parte, la Contraloría General (CGR) concluyó que desde el 2004 las deducciones tributarias para la minería han venido aumentando de manera notoria, y anotó que para el caso del carbón, estas deducciones incluso superaron el valor de los impuestos en el 2007.” (Pardo, 2011.:2)

4.2 El caso chileno un ejercicio de comparación crítico

Es un tema recurrente en Colombia presentar el caso chileno como un ejemplo a seguir en referencia sus esquemas de gobierno en diferentes aspectos de la administración estatal. A continuación, se echará un vistazo al modelo de gobernabilidad minera chileno ya que resulta particularmente ilustrativo a la hora de comparar las legislaciones mineras latinoamericanas y, más allá, los efectos del modelo de gobernabilidad minera de enclave exportador.

En la actualidad Colombia es un destino interesante para las inversiones de las compañías mineras internacionales, solo entre 2002 y 2009 la Inversión Extranjera directa en el sector se sextuplicó de

²⁵ La concesión Barco sería establecida en 1905 por 50 años y extendida en 1931 bajo la figura del tratado “Chaux-Folsom” por otros 50 años, condiciones que serían modificadas hasta 1975 bajo efectos de la Ley 69.

466 millones de dólares en el 2002 a 3.025 millones en el 2009 (MME, 2009:7). De acuerdo con Fedesarrollo (2008:4), en la coyuntura actual Colombia se encuentra en condiciones inmejorables para atraer nuevas inversiones mineras, teniendo en cuenta que otros destinos de la región están aparentemente sobre-explotados (como es el caso de Chile, Perú y Bolivia), o que han hecho modificaciones a su legislación que les han restado competitividad en el ámbito internacional (como es el caso de Chile).

En este sentido, es importante describir cuales son las modificaciones jurídicas que, de acuerdo con Fedesarrollo, le han restado competitividad al modelo chileno. Dichas transformaciones operaron en los siguientes ámbitos: i) la necesidad de evaluar y limitar los impactos ambientales de gran magnitud sobre las explotaciones a cielo abierto; ii) el debate por las condiciones precarias de seguridad de los trabajadores mineros en las grandes empresas mineras, a raíz del accidente de los 33 mineros en la Mina de San José en Agosto del 2010; y iii) la discusión sobre la propiedad del subsuelo y la posibilidad de modificar las regalías o “royalty” a la explotación minera en favor de la nación.

Como vimos, los dos primeros ítems indudablemente contienen correspondencias con los actuales debates en la gobernabilidad minera colombiana:

Los controles medioambientales sobre la explotación: la necesidad chilena por evaluar y de cierta manera limitar los impactos sobre el medio ambiente por parte de explotaciones a cielo abierto, guardan relación con los grandes proyectos que en este sentido ya viene siendo implementados en Colombia (como las explotaciones carboníferas y petroleras), o aquellos que en los últimos tiempos han buscado implementarse bajo la legislación contemporánea (el proyecto de Santurban o la Colosa en el Quindío). También es notable, en este sentido, la insistencia por parte de las empresas internacionales mineras para flexibilizar los controles estatales sobre los impactos medioambientales de las explotaciones mineras legales a gran escala. Prioridad, que como vimos anteriormente, es evidente a partir del intento de reforma al código de 1988 en 1996, así como en las primeras versiones de la ley 685, pero sobre todo en la reforma del 2010 donde se introduce el actual estado de desgobernanza ambiental. En este sentido, el debate chileno en torno a los impactos irreversibles sobre la naturaleza a partir de la explotación a gran escala nos debe llamar a la justa reflexión y ponderación.

[21]

La discusión entre minería legal e ilegal y la seguridad laboral: La exportación emblemática para el caso Chileno es el cobre. Debido al carácter geológico de los yacimientos chilenos esta explotación se realiza por medio de sistemas de gran minería jalonados por una empresa estatal (Codelco), que llega a cubrir cerca del 30% de la producción nacional; el 70 % restante, esta en manos de grandes empresas privadas nacidos bajo el amparo del Estatuto del Inversionista Extranjero (DL 600 de 1974)²⁶. Estatuto establecido durante el periodo de la dictadura militar (1973-1990), y que se ha mantenido durante los gobiernos democráticos.

Esta configuración permite que la explotación minera ilegal en el caso chileno sea muy baja. Sin embargo, el caso de los 33 mineros atrapados en la mina San José en Copiapó en el 2010, permitió evidenciar como a pesar que Chile cuenta con una normatividad construida para proteger y salvaguardar la seguridad de los mineros, “[...] su aplicación es muy limitada debido a

²⁶ Comisión Chilena del Cobre <http://www.cochilco.cl>

la inexistencia de un aparato público con la capacidad de hacerla cumplir”²⁷. Luego del rescate de los mineros el dirigente del Movimiento de los Pueblos y los Trabajadores (MPT) de Chile, Alfonso Ossandon Antiquera, advirtió que el accidente ocurrido en San José puede repetirse en cualquier mina del país: “La realidad de esa mina es un factor común en la minería chilena. La situación es bastante precaria. Los empresarios que explotan esos yacimientos son depredadores, no sólo de la naturaleza, sino también de vidas humanas”²⁸. Ossandon Antiquera explicó que los empresarios se aprovechan de la necesidad de los trabajadores de contar con un salario estable, lo que los hace aceptar precarias condiciones y asumir el riesgo de perder sus vidas: “Esas grandes corporaciones mineras no son penadas por su negligencia, porque son parte de los grupos de poder que manejan el Estado. Además, el sistema contralor chileno esta permeado por la corrupción” (Ibíd.). El dirigente del MPT recordó que en la mina de San José trabajan mineros que no deberían ser aceptados para esa labor por su condición de salud o su edad. “Los empresarios se desentienden por completo de sus responsabilidades y el mismo trabajador es quien tiene que sacar dinero de su bolsillo para comprarse los instrumentos de trabajo y los elementos básicos que le den el mínimo de seguridad (Ibíd.).

Como es posible apreciar, el caso chileno permite evidenciar hasta que punto la administración minera bajo el modelo neoliberal no es ninguna garantía de protección al medio ambiente, o de regularización y protección de los trabajadores vinculados a la extracción minera. Sin embargo, quizás es más ilustrativo para la realidad colombiana, las discusiones que el modelo chileno plantea en torno a la propiedad de los recursos naturales y a la participación estatal.

[22] *La propiedad del subsuelo:* Las regalías se explican jurídicamente porque un derecho absoluto, como es el de dominio, no puede ejercerse, a la vez, por el propietario del bien raíz y quien adquiere el derecho a explotar un yacimiento. Son dos bienes distintos. Ello dio origen a la fórmula del dominio eminente para la mina, que es el que se considera propio del Estado, por razón del bien común, con respecto a la propiedad privada. Por ello se determinó que el soberano, de ahí viene la palabra royalty, que los ingleses tomaron del francés en la Edad Media, concede el derecho a explotar una mina a cambio del pago de un canon. En tiempos de la Colonia dicho pago era en especie, es decir, en mineral (el quinto real), mientras que hoy es en dinero. Actualmente, la regalía se define como la prestación pecuniaria periódica que grava una concesión estatal o un disfrute en el dominio público, que incluye el eminente.

En el caso chileno ha sucedido algo remarcable en referencia a las regalías mineras. Lo que allí se terminó por aplicar no fue un real “Royalty”, sino un impuesto específico a las utilidades (no a la extracción o venta) de la actividad minera. Sin embargo, lo más ilustrativo emerge cuando se observa que dicho impuesto no se implementó en tanto regalía para no ratificar el derecho de propiedad de la nación sobre el recurso minero. Esto porque la ley minera chilena mantiene el principio de “Libertad de Minas”, según el cual la propiedad del estado no es efectiva sino imperfecta, por lo cual el Estado sólo tiene la facultad de concesionar a los privados. Bajo dicho argumento, una vez que se entregaba la concesión, sólo en ese momento se concretaba una propiedad “perfecta” y real, que obviamente es propiedad del privado. Es lo que se ha denominado la “concesión plena”. Es decir que el Estado puede repartir pero no detenta la propiedad. Por lo tanto en Chile -a diferencia de Colombia- no se aplica un real Royalty para no reconocer la propiedad absoluta del Estado sobre los recursos mineros.

²⁷ Carlos Mancilla vicepresidente de la CUT – Chile en la Región de los Ríos. En <http://www.biobiochile.cl/2010/08/12>

²⁸ En Diario Correo del Orinoco, 16 de Octubre 2010.

4.3 La estrategia de desposesión a la pequeña minera bajo el modelo de enclave exportador

Un ejercicio más sistemático nos permitiría observar que los proyectos de exploración y explotación minera extractiva se han encargado históricamente de ordenar y extender varias de las fronteras geográficas e imaginarias de la nación colombiana: el oro que impulso en la colonia tanto la colonización antioqueña como los primeros distritos mineros del gran Cauca; la explotación de esmeraldas mantenida regularmente desde el siglo XIX en Boyacá; las concesiones petroleras a lo largo del magdalena medio, los Santanderes, Arauca y Putumayo durante el siglo XX; así como las contemporáneas explotaciones de carbón a cielo abierto en el Cesar y la Guajira.

Por tal razón, es recurrente encontrar una relación entre la legislación minera y la manera como el estado a concebido la adjudicación y administración de dichos espacios²⁹. Es importante señalar que durante 200 años con respecto a la delegación y administración de esos territorios, el Estado colombiano actuó como si dichas áreas geográficas no fueran habitadas; por lo tanto, la figura de concesión minera fue en esencia un proceso de extensión de la frontera colonizadora de la nación. Desde este punto de vista, no extraña que luego del reconocimiento del estado multicultural en 1991, gran parte de los procesos de exploración y explotación minera se sobreponen a los procesos de poblamiento indígena, afrodescendiente y de campesinos colonizadores. De ese calado histórico son los actuales conflictos entre la salvaguarda de los derechos étnicos proferidos por el estado multicultural y la profundización de la explotación minera sustentada en el modelo de enclave exportador.

De otra parte, dichos conflictos se han venido a expresar en el último Código Minero La ley 685 del 2001, bajo la confusión que plantea introducir en una misma categoría la minería informal y la pequeña minería. Dicha confusión es grave en la medida que induce a pensar que la minería Informal, la cual generalmente utiliza el dragado intensivo como herramienta extractiva (causando profundos daños y desequilibrios al medio ambiente), y que además, se encadena a la economía ilegal y mafiosa por medio de su financiación con dineros del narco-paramilitarismo, puede ser comparable a la pequeña minería, y a la minería ancestral, realizadas en territorios étnicos o multiculturales, y sustentadas en formas de economía comunitaria o de subsistencia.

Dicha confusión proviene de tres determinantes: i) la eliminación de la pequeña minería como categoría jurídica reconocida en el Código de minas de 1988; ii) la equiparación de los requisitos burocráticos para cualquier tipo de minería, que equiparo de facto los requisitos para implementar cualquier tipo de actividad minera, sean extracciones ancestrales de pequeña escala o megaproyectos de gran minería a cielo abierto; y iii) la lentitud del ministerio para reconocer los títulos mineros ancestrales o de pequeña minería³⁰, frente a su diligencia para aprobar las licencias

²⁹ Los cuales han recibido diferentes nombres: territorios coloniales, territorios baldíos y territorios nacionales, entre otros.

³⁰ El informe de Recalca (Fernández & Valencia 2010), ya nos habíamos hecho una idea de la disparidad en el proceso de legalización. En referencia a este ítem el Reportaje de Investigación de María Teresa Ronderos para la Revista Semana (2011) es bastante dicente. De acuerdo con este trabajo, la situación de aprobación y legalización de los títulos mineros contrasta ampliamente entre la pequeña y la gran minería: “[...] los mineros artesanales organizados en varias asociaciones y sindicatos, habían conseguido que el Código Minero de 2001 les diera tres años para legalizar sus minas. De los 15 mil mineros de hecho que según la Defensoría del Pueblo hay en el país, llegaron a Ingeominas 2.845 solicitudes de formalización. Y de ellas apenas consiguieron formalizarse 23. ¿La razón? La norma les exigía que presentaran mapas técnicos de sus minas y facturas comerciales de varias décadas atrás. La ley 1382 que reformó el Código en febrero de 2010, volvió a abrir la posibilidad de legalizar minas artesanales. En un año llegaron otras 2.200 peticiones. De éstas, 719 ya han sido evaluadas, pero como las normas son las mismas, sólo una pasó la prueba documental y próximamente se le hará una visita técnica. Echar a andar las peticiones de los mineros artesanales a paso de tortuga, y las de los nuevos títulos a galope, cerró aún más la posibilidad de que los artesanales logran formalizar sus minas: cuando llegaban sus peticiones ya esas áreas habían sido adjudicadas a nuevos mineros o a especuladores”.

de exploración y posterior titulación de predios destinados a la gran minería o a nombre de los grandes multinacionales mineras³¹, aún cuando varias de dichas titulaciones se superponen con territorios étnicos, de minería ancestral o de reserva medioambientales³².

Así las cosas, en la medida que se estigmatiza y se confunde la pequeña minería, así como los proyectos mineros de las comunidades indígenas y negras con la minería ilegal, se abre toda una gama de posibilidades y metodologías de desposesión de dichos recursos. Además, es muy posible que dichos mecanismos de desposesión jueguen a favor de la minería transnacional, la cual se caracteriza por una inobjetable capacidad de cabildeo institucional y de presión sobre las instancias gubernamentales, como fue posible observar, a partir del proyecto de modificación del código minero en 1996 por la abogada Aramburu, y del debate en el parlamento canadiense, en relación a la intervención de la agencia de cooperación de ese país para influir en el diseño de la Ley 685 del 2001.

¿Pero por qué hablar de desposesión? Conviene observar que en los últimos años los conceptos de desposesión y despojo han venido tomando fuerza en la academia colombiana³³. La idea de “despojo” ha resultado particularmente apropiada para describir el proceso de acumulación de tierras y de desplazamiento forzado. De acuerdo con el Área de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR:

“Despojo, viene del latín *dispoliare*, significa despojar, saquear, desvalijar, expropiar. Privar de sus facultades o ventajas naturales a alguien. La Real Academia de la Lengua Española define el despojo como: privar a alguien de lo que goza y tiene, desposeerlo de ello con violencia. El Despojo se asocia en esta definición con el acto violento o clandestino por el cual uno es privado de una cosa mueble o raíz que poseía o del ejercicio de un derecho” (2009.:25).

[24]

Si bien el recurso minero puede ser “despojado”, por medio de la fuerza, lo que es apreciable bajo el modelo de “minería de enclave exportador” es que dicho evento sucede por medio de una estrategia legal. Entonces, aunque en la práctica los efectos legislativos se traducen en “despojos”, que adoptan varias de las características enunciadas por la CNRR (privación de un bien o recurso que puede ser individual, social o comunitario, los cuales pueden ligarse a las dinámicas propias de la guerra o a las prioridades del desarrollo). En el caso de la legislación minera, vale la pena remarcar que en la mayoría de los casos, la privación no apela -en primera instancia- al recurso violento, como sucedió con la mayoría de procesos de desplazamiento forzado y concentración de la tierra, sino que -como hemos visto- la batalla se instala en el ámbito de las interpretaciones y las transformaciones jurídicas. En estos casos, nos enfrentamos a un fenómeno que si bien se relaciona con el “despojo”, describe una serie de dinámicas propias, quizás anterior al uso de la fuerza.

Es así, como las diversas formas de explotación minera a lo largo de la historia colombiana, desde las explotaciones indígenas fundadas en fines ceremoniales o de intercambio, las servidumbres mineras coloniales convertidas en explotaciones afrodescendientes (bajo el efecto de los procesos

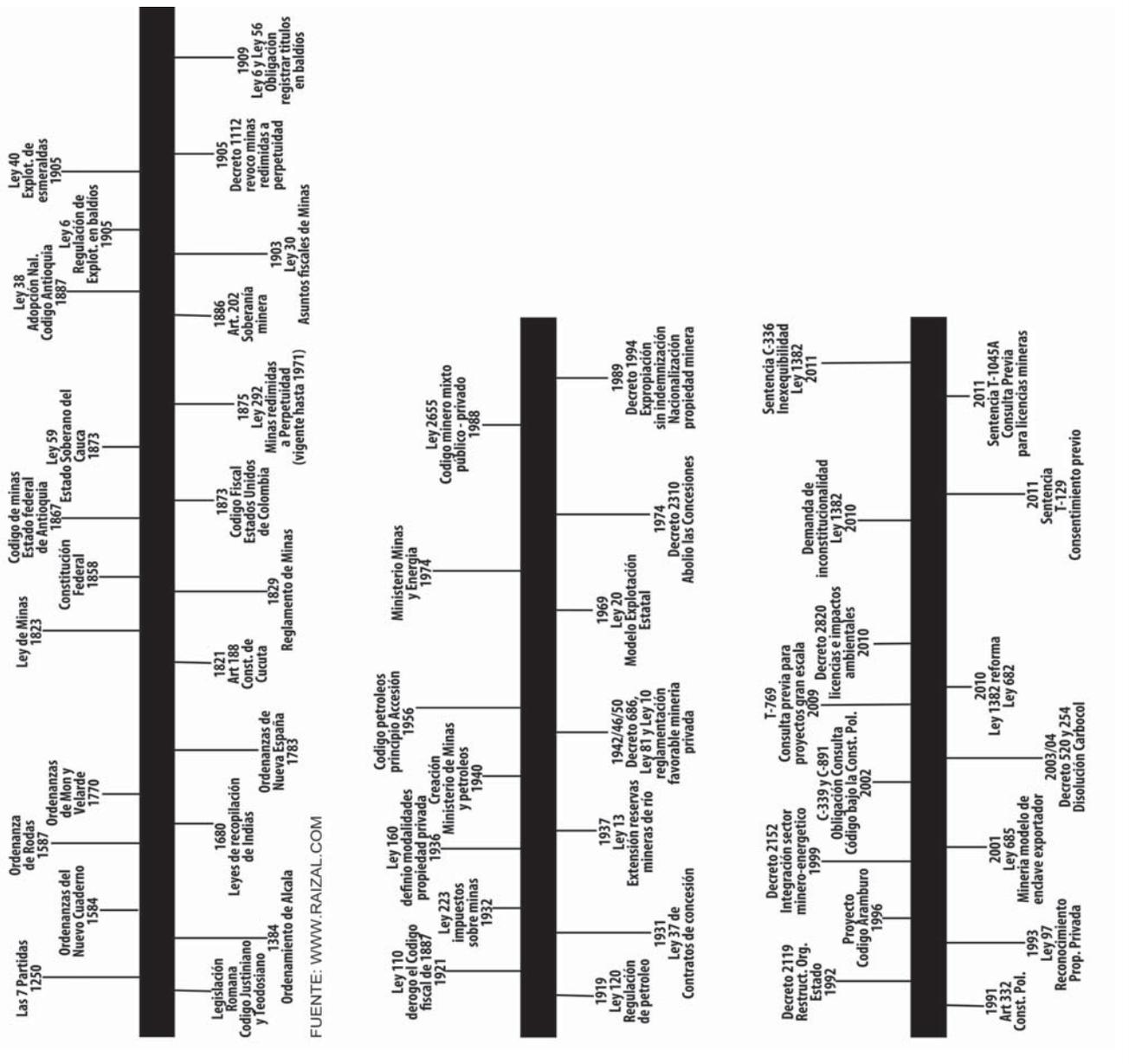
³¹ A julio de 2011, figuran 389 títulos de la Anglo Gold Ashanti registrados en diversos municipios colombianos, de un extremo al otro del país, los que suman más de 700 mil hectáreas. Los Cuales según María Teresa Ronderos (2011) fueron aprobados en el lapso record de tres años.

³² De acuerdo con Ronderos, en Junio del 2011 Carlos Rodado, ministro de Minas y Energía bajo el gobierno de Juan Manuel Santos, afirmó desde que se aprobó el Código de Minas en 2001, “hubo superposición de títulos mineros en áreas de parques nacionales y páramos, juegos especulativos, expedición de títulos sin control y algunos de manera sospechosa, violación de los derechos a las comunidades mineras indígenas y afro descendientes y acaparamiento de títulos”. (Ibid.).

³³ Rincón J. (2011), Vega Alejandra (2011), Área de Memoria Histórica CNRR (2009), Reyes Posada A. (2009) y (2008).

de esclavización y diáspora), o las dinámicas de la pequeña minería mestiza auspiciadas bajo la presión de los frentes de colonización, permiten pensar que estos tipos de minería tuvieron que ver más con procesos sociales contingentes a la historia de las dinámicas territoriales, y en un segundo plano, con políticas de estado ancladas en las transformaciones de los derechos de propiedad.

En este sentido, la pequeña minería se encuentra en relación directa con el acto de trabajar las minas, más que con la propiedad legalmente reconocida por el estado colombiano. Podría decirse que de manera parecida a los ejidos, los baldíos o los terrenos comunales, su legitimidad deriva de su posesión en tanto acto de apropiación y usufructo comunitario que de su legalidad reconocida por medio de una titulación profundamente variable. Si tenemos en cuenta que para la Real Academia de la Lengua (2001) la posesión es “[...] un acto de tener cosas con animo de guardarlas para sí o para otro, aunque en rigor no se posean”; acto que se manifiesta en un “[...] ánimo de dueño o de titular legítimo”. Entonces, el termino “desposesión” parece mejor provisto que el de “despojo” para describir la serie de fenómenos referidos; su pertinencia se funda en que lo que se pierde se efectúa sobre algo, donde realmente no se ha tenido una propiedad abstracta sino de facto.



BIBLIOGRAFÍA

Acosta A. (2001), "Gobernabilidad y democracia. Perspectivas del debate a veinte años del reporte a la Comisión Trilateral". En: *Noesis* 13. Gobernabilidad y democracia.

Azuero F., Barrios I., Burgos B., Cañón C., Gómez W., & Paez C. (2001). *Algunos aspectos jurídicos de la propiedad del subsuelo petrolífero frente a las minorías étnicas*. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, Colombia.

Australia's Future Tax System Review, (2009). *Final Report of the Australia's Future Tax System Review*.

Bigras, B. (2009). *Canada - Colombia Free Trade Agreement Implementation Act. Government*. May 25th, <https://openparliament.ca/hansards/610/220/#hl>

Cárdenas, M. & Reina, M. (2008). *La Minería en Colombia: Impacto socioeconómico y fiscal*. Fedesarrollo.

Consejo de Estado, (1988). Sala de Consulta y Servicio Civil 187. Consejero Ponente Jaime Paredes. *Sentencia del 18 de febrero de 1988*.

Comisión Chilena del Cobre, <http://www.cochilco.cl>

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - CNRR, Área de Memoria Histórica - Línea de Investigación Tierra y Conflicto. (2009). *El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual*. IEPRI & CNRR. www.memoriahistorica-cnrr.org.co & www.cnrr.org.co

Corte Constitucional, (1994). Sentencia No. C-424/1994 www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-424-94.htm

Correo del Orinoco, Diario. 16 de Octubre 2010.

[26]

Duarte, C. (2012), *Gobernabilidad Minera: cronologías legislativas del subsuelo en Colombia*, Centro de Pensamiento RAIZAL. Accesible en la dirección Web: <http://www.raizal.com/#!textos-de-raizal/vstcl=mineria>

Duica, L & Reyes, A. (2008). *El despojo de tierras por paramilitares en Colombia*. Universidad del Rosario. Centro de estudios y Observatorio de Drogas ilícitas y delito. Bogotá.

Fedesarrollo. (2008). *La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal*. Proyecto de la Cámara Asomineros de la ANDI. Bogotá, Colombia.

Fernández, J. & Valencia, M. (2010). *Libre comercio y minería en Colombia. El caso de la Anglogold Ashanti*. RECALCA. www.recalca.org.co

Galeano, J. (2010). "Minería y Medio Ambiente en Colombia - la Nueva Regulación del 2010". En: *Portafolio*.

Hughes C. (2009). *Canada - Colombia Free Trade Agreement Implementation Act. Government*. May 25th, 2009. <https://openparliament.ca/hansards/2183/98/#page=7>

Mancilla, C. (2010). *Chile en la Región de los Ríos*. En: <http://www.biobiochile.cl/2010/08/12>

Masse B. (2009). *Canada - Colombia Free Trade Agreement Implementation Act. Government*. May 25th, 2009. <https://openparliament.ca/hansards/610/222/#hl=&page=16>

Mayorga, F. (1994). "Los resguardos indígenas y el petróleo, orígenes y perspectivas del oro negro en Colombia". En: *Revista Credencial Historia*, Edición 49, Bogotá – Colombia

Mayorga, F. (2002). "La industria petrolera en Colombia". En: *Revista Credencial Historia*, Edición 151, Julio de 2002.

Ministerio de Minas y Energía (2009). *Anuario estadístico minero colombiano*. MME. Bogotá, Colombia.

Ministerio de Minas y Energía. (2011). Comportamiento de la producción de minerales y de regalías mineras en Colombia. 2010.

Muñoz, M. (2000). *De la servidumbre minera a la servidumbre petrolera*. Tesis de pregrado en derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas – Depto. de derecho económico - Área de minas y petróleos. Bogotá

Orihuela, C. (2007). “Estimando la regalía óptima para la minería metálica peruana”. En: *Economía y Sociedad*, CIES. Octubre, Universidad Nacional Agraria La Molina – Perú, pp.-39-45.

Pardo, Á. (2011). “La locomotora minera sigue pujante, pero el gobierno perdió el año”. En: <http://razonpublica.com>

Poveda, G. (2002). “La minería colonial y republicana: cinco siglos de variantes y desarrollos”. En: *Revista Credencial Historia*. Edición 151 - Julio de 2002, Bogotá – Colombia.

Restrepo, C. (1970). “Consideraciones sobre la minería en Colombia”. En: *La Minería hispana e iberoamericana*. Vol. I. VI Congreso Internacional de Minería. León.

Reyes, A. (2009). *Guerreros y campesinos*. Editorial norma. Bogotá.

Rincón, J. (2010). *Nos quitaron a la fuerza, algo más que la tierra... Despojo y reordenamiento social del territorio a través de la violencia en Colombia*. Centro de pensamiento Raizal. www.raizal.com

Ronderos, M. (2011). “Radiografía a la industria minera: la fiebre minera se apoderó de Colombia”. En: *Revista Semana*, septiembre de 2011.

Real Diccionario de la Lengua Española. (2001). Vigésima segunda edición. <http://www.rae.es/rae.html>

United Nations. (2000). *Integrated Environment and Economic Accounting – And Operational Manual*, New York.

Vega, A. (2011). *Despojo de tierras campesinas y vulneración de territorios ancestrales*. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.