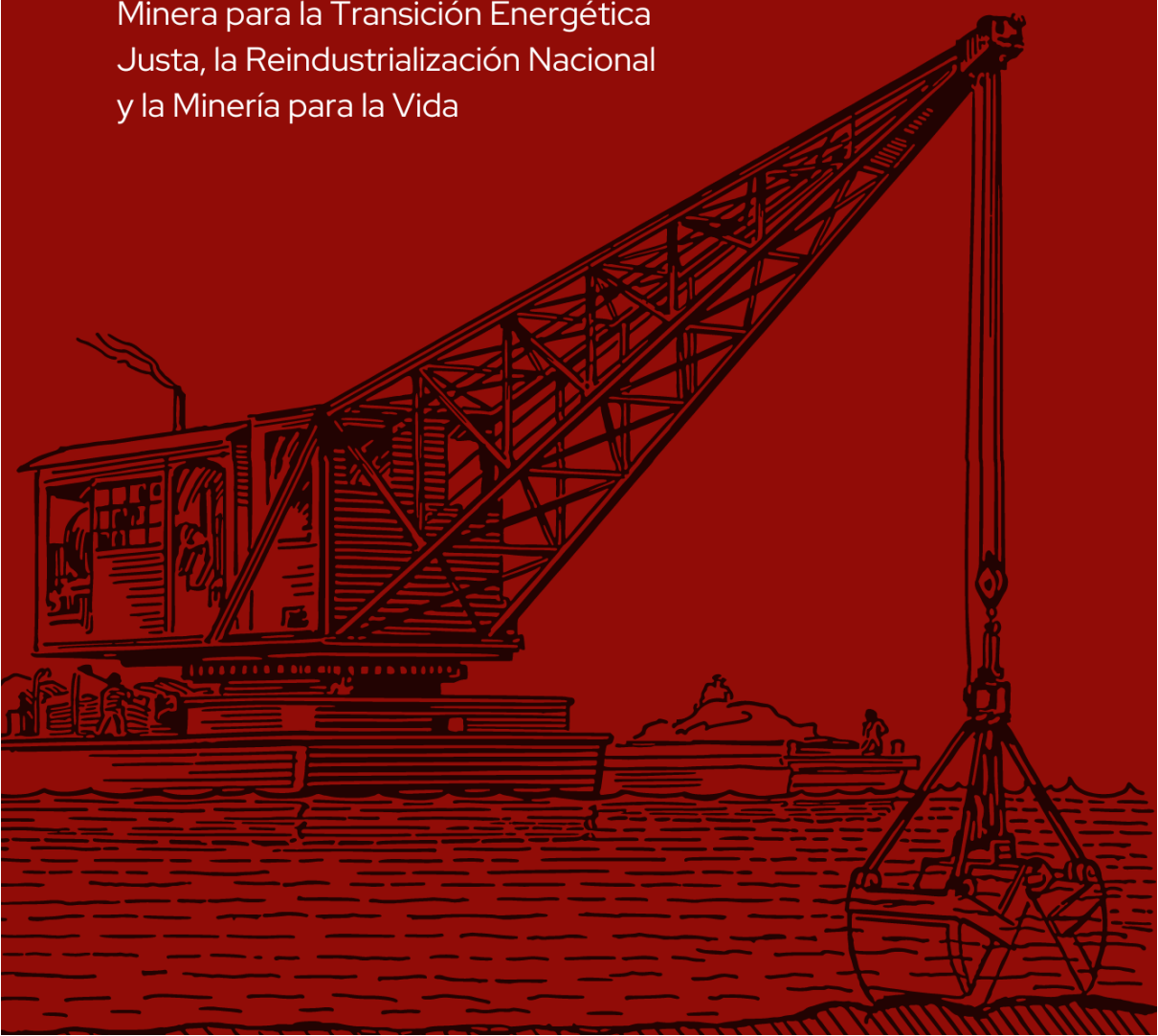
SIEMBRA
Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial

¿Es el proyecto de ley minera la respuesta a los problemas históricos del sector?

Comentarios al Proyecto de Ley Minera para la Transición Energética Justa, la Reindustrialización Nacional y la Minería para la Vida



¿Es el proyecto de Ley Minera la respuesta a los problemas históricos del sector?
Bogotá D.C. Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial - SIEMBRA, 2024.

Esta obra de Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial
Siembra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento
–No Comercial –Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.



El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva del Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial SIEMBRA y no refleja necesariamente la opinión de sus cooperantes.

SIEMBRA - CENTRO SOCIOJURÍDICO PARA LA DEFENSA TERRITORIAL

Viviana Tacha
Directora ejecutiva

Viviana González Moreno
Subdirectora

Rodrigo Rogelis Rincón
Subdirector

Sara Moreno
Camila Moreno
Manuel Castro
Ana María Barón
Camilo Miranda
Daniel Macias
Equipo temático

Carolina Gómez
Paola Cárdena
Equipo administrativo

Autores: Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial - SIEMBRA.

¿Es el proyecto de Ley Minera la respuesta a los problemas históricos del sector?

Los conflictos socioambientales asociados a la actividad minera son conocidos en el país. Durante las últimas dos décadas, comunidades afectadas, activistas, organizaciones ambientalistas y de derechos humanos pusimos en la agenda pública la necesidad de discutir los múltiples problemas que se derivan de la extracción de minerales bajo un modelo que, desde el año 2001 con la expedición del Código de Minas, profundizó la comprensión de los territorios como enclaves extractivos aptos para la inversión extranjera, dejándolos como campos abiertos para la disputa de actores económicos y agudizando la crisis de derechos humanos que se vive en la mayoría de departamentos del país.

Una de las apuestas del gobierno en su programa "Colombia Potencia Mundial de la Vida" era la de lograr una transformación económica que pasara de una economía extractivista a una economía productiva, y de la predominancia de energías fósiles a una economía descarbonizada. Allí se dejó clara la apuesta por reformar el Código de Minas y ajustar la institucionalidad en función de la transición energética y de una política pública minero-energética con perspectiva ambiental y social. Con este propósito, el Gobierno nacional y su bancada de congresistas conformaron una Comisión Accidental Bicameral para la revisión y actualización de la política minera, y se impulsó la Cumbre Nacional Minera para concertar con la ciudadanía para la construcción de la ley minera.

En este contexto, el Ministerio de Minas y Energía presentó un borrador el pasado 16 de febrero, afirmando que la propuesta contempla soluciones concretas y estructurales a las complejidades derivadas de la actividad minera en el país. Con la intención de comprender si el proyecto de ley apunta a transformar este sector, presentamos nuestras observaciones a esta iniciativa legislativa. Nuestros comentarios tienen como punto de partida la necesidad de pensar en propuestas normativas que prioricen los territorios para la vida, lo que implica que la minería deje de ser una imposición para pasar a ser una decisión colectiva y una posibilidad entre múltiples otras.

1. El proyecto de Ley Minera tiene la potencia de generar un cambio de paradigma en la industria minera, pero necesita de ajustes para materializarlo

El proyecto de Ley Minera parte de un cambio de enfoque muy bienvenido. Como el título de la ley lo indica, el nuevo modelo minero hace parte de un plan más amplio hacia una transición energética justa, tiene como objetivo reindustrializar al país y concibe a la minería como una actividad que respete la vida, en oposición a una minería para el despojo y la destrucción. Este enfoque se traduce en varias

apuestas del texto, dentro de las que resaltamos la decisión de frenar la minería de carbón térmico[1], la apuesta por dar un papel productivo al Estado en la industria minera, descartado bajo el modelo del Código de Minas actual, y la propuesta de hacer una planificación minera más acorde a las realidades socioambientales de los territorios. Sin embargo, en aras de profundizar en estos cambios de enfoque, presentamos los siguientes comentarios.

Apuesta por la descarbonización, pero también por la minería estratégica

La prohibición de adjudicar nuevos contratos para la exploración y explotación de carbón térmico que contempla el proyecto de ley es una decisión relevante en el marco de la acción climática. Sin duda, además, marca un cambio de enfoque en un país resistente a dejar de lado la economía del carbón y a reconocer que esta industria, en particular, es responsable de múltiples violaciones de derechos humanos de pueblos étnicos y campesinos en el norte del país.

Sin embargo, por otro lado, en la planeación minera, el proyecto de ley propone avanzar en una zonificación apta para explorar y explotar lo que considera como "minerales estratégicos". El proyecto de ley no especifica qué se entiende por esta categoría ni quién determina qué es un mineral estratégico, por qué es considerado de esta manera y bajo cuál procedimiento se determina que un mineral pertenece a dicha categoría. De hecho, el proyecto apenas contempla que los minerales estratégicos serán aquellos "incluidos en el listado vigente" expedido por la autoridad minera.

Esto resulta preocupante, pues, por un lado, la acción climática debe contemplar medidas no solo dirigidas a la descarbonización de la economía, sino a atacar otras causas de degradación ambiental, tales como la contaminación y la pérdida de la biodiversidad, dentro de las cuales se encuentra la extracción de minerales en cuyo desarrollo se involucran procesos altamente contaminantes para los ecosistemas y para la vida humana. La demanda y la disputa por minerales para la transición puede ser fuente de extractivismos y de conflictos socioambientales. Por ello, el proyecto de ley debería contemplar procedimientos claros para que la decisión sobre lo que se considera estratégico no sea adoptada en un proceso cerrado y sin transparencia, tal como ha ocurrido hasta ahora. Más importante aún, el Ministerio de Minas y Energía debería promover escenarios de discusión sobre los impactos socioambientales que puede generar la transición energética, y desarrollar medidas normativas concretas para evitar que, en nombre de la transición y de la minería necesaria para lograrla, se cometan los mismos errores

1. De acuerdo con el artículo 23 del proyecto de ley, la autoridad minera no adjudicará nuevos contratos para la exploración y explotación de carbón térmico, estableciendo expresamente una prohibición al respecto. Sin embargo, la norma contempla que se respetarán los contratos que, de este tipo, se encuentren suscritos en el país.

con consecuencias nefastas desde el punto de vista ambiental y de derechos humanos.

Recuperamos al Estado, pero lo necesitamos todavía más fuerte para proteger los derechos humanos involucrados en la actividad minera

Una de las apuestas centrales de este gobierno es recuperar el rol del Estado en la industria minera y recuperar su rol regulador. Aun cuando el Estado continuó jugando un rol relevante bajo el actual Código de Minas para facilitar la inversión extranjera, se retrotrajo de su rol productivo y de su rol de garantía y control. El proyecto de ley desarrolla ambos roles, pues el Estado no solo va a tener un lugar en la producción minera, sino que en varias disposiciones se evidencia un espíritu regulatorio y de control más fuerte.

Mencionamos cuatro ejemplos de lo anterior: (i) se viabiliza el papel del Estado en la industria minera a través de la nueva figura de "convenios mineros", los cuales posibilitarán que empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta celebren contratos con la autoridad minera nacional[2]; (ii) se robustece el papel del Estado en la formalización minera, pues el proyecto de ley hace un esfuerzo para que el Estado cumpla su rol de garante de derechos de las personas mineras que están en la informalidad, o cuya actividad ha sido criminalizada, creando una serie de normas que buscan garantizar que estos procesos sean efectivos; (iii) se fortalece el papel del Estado en el ciclo minero, en el que se establecen mayores controles a la actividad minera en el desarrollo de los proyectos y mecanismos más robustos de exigencia de obligaciones sociales y ambientales, como la fiscalización y las figuras de terminación del contrato.

Aunque estos cambios son destacables, es necesario que el proyecto de ley desarrolle el rol del Estado para que, en lo que respecta al sector minero, cumpla sus deberes de respeto, garantía y protección de los derechos humanos. Como veremos más adelante, ante una falta de enfoque de derechos más contundente en todo el proyecto de ley, es necesario que el Ministerio de Minas y Energía comprenda que su rol no debe limitarse a potenciar y ordenar la actividad minera, ni a controlar y fiscalizar la actividad desde el punto de vista técnico, sino que también es indispensable que se desarrollen los deberes que el Estado tiene para garantizar y proteger los derechos fundamentales que se pueden ver comprometidos en la actividad minera.

2. Esta iniciativa debe ser leída en conjunto con el proyecto de ley, también presentado por el Ministerio de Minas y Energía, que crea la Empresa Colombiana de Minerales - Ecominerales, como una empresa industrial y comercial del Estado.

¿Ordenamiento minero socioambiental o invertimos la jerarquía?

Uno de los grandes aciertos del proyecto de ley es aclarar que la planificación minera debe partir de un ordenamiento territorial. Así lo hace al concebir un nuevo ordenamiento minero que contempla dos grandes figuras: las Zonas Excluidas de la Minería (ZEM) y las Zonas Aptas para la Minería (ZAM). Aunque el país ya cuenta con áreas y zonas excluidas de la minería, el proyecto de ley centraliza las áreas que están dispersas en la normatividad y las hace más extensivas[3], y lo que es aún más importante, desarrolla unos criterios para determinar cuáles son las ZAM. Es decir, el proyecto de ley no propone que, por simple sustracción de materia, entendamos que las ZAM son el resto del territorio del país que no esté excluido de la minería. Propone que se establezcan las zonas aptas para la actividad minera a partir de la aplicación de 22 criterios para su determinación, los cuales tienen en cuenta componentes sociales, ambientales, geocientíficos, económicos y culturales del territorio[4].

Celebramos la creación de estos criterios, muy similares a los que propone el Proyecto de Ley de Democracia Ambiental[5] para la toma de decisiones sobre la minería a través del mecanismo de participación del cabildo socioambiental, el cual promovemos desde Siembra junto con el Movimiento Nacional Ambiental y Censat Agua Viva. Estos criterios son fundamentales para que la toma de decisiones sobre las actividades mineras dejen de contemplarse a partir del potencial minero de los territorios, y por el contrario se tomen considerando todos los potenciales que tiene un lugar de vida.

Sin embargo, luego de tomar la acertada decisión de optar por esta división del territorio para ordenar la actividad minera, el proyecto de ley establece que dentro de las ZAM el Estado podrá crear las Áreas de Minerales Estratégicos (AME), las Áreas para la Formalización Minera (AFM) y las Áreas para el Desarrollo Minero (ADM). Es decir, luego de que se ha hecho el proceso para establecer dónde se puede hacer minería, el Estado queda con la facultad de delimitar dicho territorio para impulsar la actividad minera o procesos de formalización.

Esto último resulta sin duda relevante para focalizar esfuerzos de formalización, hace años en deuda, pero en cambio preocupan las otras dos figuras que tienen la intención de promover activamente la minería y delimitar el territorio con dicho

3. Artículo 19 del Proyecto de Ley.
4. Artículo 25 del proyecto de ley.
5. Artículo 12 del Proyecto de Ley 053/2023C "Por medio de la cual se regula el derecho a la participación de la ciudadanía afectada y potencialmente afectada por el desarrollo de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, se crean mecanismos de participación para deliberar y decidir sobre la ejecución y desarrollo de esos proyectos y se dictan otras disposiciones".

propósito (dentro de las ZAM) para atraer inversión. El problema con figuras como las AME no es nuevo. La delimitación de porciones del territorio con fines extractivos ha sido propuesta por gobiernos previos que, para impulsar industrias como la minera, de hidrocarburos o la agroindustria, han creado estas figuras de planeación que son muy problemáticas. Uno de dichos problemas es que prioriza una actividad económica sobre otras, sin tener en cuenta otros posibles destinos socioeconómicos que puede tener un territorio, y otras actividades de gran, mediana o pequeña escala que pueden entrar en competencia con la minería industrial, o actividades económicas de sujetos protegidos constitucionalmente que son igualmente relevantes y deben ser protegidas.

En otras palabras, el hecho de que en una zona determinada se pueda hacer minería, no debe llevarnos a la decisión de delimitar este territorio para de hecho hacerla. Entre otras porque, tal como está en el proyecto, y tal y como la figura de la AME está contemplada en normas previas[6], la delimitación queda asignada al nivel central de la administración y no se contempla la participación de (i) autoridades locales; (ii) grupos étnicos a través de la consulta previa; (iii) comunidades campesinas a través de su derecho a la participación como sujeto de derechos; (iv) participación ciudadana en general. De hecho, el proyecto de ley otorga una "facultad oficiosa" a la autoridad nacional minera para la declaración y delimitación de estas áreas[7], lo que descarta, de entrada, el cumplimiento de deberes constitucionales de concertación y participación que la autoridad debe garantizar a ciertos sujetos constitucionales.

Este abordaje de la planeación minera responde al viejo paradigma en el que el territorio se concibe para una actividad económica específica en beneficio de operaciones de gran escala e intereses empresariales, y en el que dicha decisión se toma a espaldas de la ciudadanía. Todo ello es fuente inevitable de conflictos socioambientales. Por ello, se propone que en las ZAM opere el mecanismo de contratación y convenios que desarrolla el proyecto de ley, el cual sería analizados caso a caso por la autoridad minera, eliminando así las AME y ADM. En caso de mantener estas últimas dos figuras, se deben robustecer para garantizar derechos de participación de todos los sujetos involucrados.

En suma, consideramos que es importante que la minería deje de considerarse como una actividad priorizada, pues, aunque es legítimo que el Estado la quiera promover como parte de una política de reindustrialización, y que haga parte de las apuestas económicas del gobierno, ello debe discutirse de cara a otras propuestas. La priorización de la minería se ve reflejada en el nombre del título segundo del proyecto de ley, el cual se refiere a la "planificación minera socioambiental". Un cambio de paradigma más profundo implicaría hacer una inversión en la jerarquía.

6. Nos referimos a la figura de las Áreas de Reserva Estratégica Minera desarrolladas en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, las cuales fmantuvieron su vigencia bajo el PND 2015 – 2018.
7. Artículo 32 del proyecto de ley.

Primero va la planificación socioambiental y después de ello la toma de decisiones democráticas sobre el desarrollo de la actividad minera o de otras actividades económicas.

2. El proyecto tiene un enfoque ambiental, pero requiere ser potenciado desde un enfoque de derechos humanos

Como se mencionó previamente, el proyecto de Ley Minera propone un enfoque diferente que dista de la mirada y la planeación establecida en el código minero de 2001. Sin embargo, no confronta la idea, bastante asentada, de que la actividad minera no genera violaciones de derechos humanos y de que el marco normativo minero no tiene que dialogar con el catálogo de derechos fundamentales que tenemos en la Constitución Política. Aunque es evidente que la iniciativa legislativa busca incorporar nuevos enfoques, el proyecto de ley prioriza una mirada ambiental sobre una de derechos humanos - con la notable excepción de los derechos de los pueblos étnicos - perdiéndose una oportunidad importante para armonizar esta actividad económica con la protección de los derechos humanos.

Consideramos que la propuesta legislativa debe fortalecer un enfoque de derechos humanos, contemplando medidas específicas para su garantía. En una industria que, como la de la minería a gran escala, ha sido históricamente fuente de violaciones de derechos humanos, el enfoque de derechos es la única forma de avanzar hacia el respeto de la vida en el desarrollo de la actividad minera y de establecer límites al poder del Estado y al de actores empresariales. Dicho esto, pasaremos a señalar las razones por las cuales consideramos que el enfoque de derechos humanos no está lo suficientemente materializado en el proyecto de Ley Minera.

El enfoque del derecho a la participación es débil e insuficiente

Este gobierno ha sido enfático en defender el precepto de Poder para la gente en las decisiones ambientales y ha señalado que la participación en las decisiones que tengan que ver con el territorio serán vinculantes[8]. Es por esto que, si bien comprendemos las limitaciones de la Ley Minera -no es una ley estatutaria y su objetivo no es regular mecanismos de participación-, resulta bastante desacertado que no se haya hecho un mayor esfuerzo por definir de manera clara y con alcance garantista el derecho a la participación.

8. Colombia Potencia Mundial de la Vida, Programa de Gobierno 2022, 2026, pág 14.

En los términos del borrador de la ley, el principio de participación se concreta en el deber de fundamentar la adopción de decisiones para la planificación, administración y aprovechamiento minero, en el diálogo plural, consciente y responsable, y la participación razonable, incidente y efectiva[9].

Este principio, a todas luces, se queda corto frente a los postulados constitucionales, decisiones de la Corte Constitucional y demandas de las comunidades afectadas por actividades mineras, entre otras, por las siguientes razones: (i) incluir el término "diálogo plural" a la hora de describir la participación no es propio de un lenguaje de derechos humanos, pues desconoce el desbalance de poder que ha prevalecido entre aquellos actores que hacen parte de esos diálogos (ciudadanía, Estado, empresas); (ii) situar la participación con calificativos tales como "razonable, incidente y efectiva", sin desarrollar lo que se entiende por cada uno de ellos, sigue dejando abierta la ventana para la interpretación, lo cual, en la práctica, ha conllevado a aplicaciones restrictivas de la participación, que se limitan a espacios multiactor de socialización controlados por los actores de mayor poder, tales como empresas y Estado; (iii) omitir el verbo garantizar a la hora de referirse al principio de participación le resta fuerza al derecho e invisibiliza uno de los mayores detonantes de los conflictos socioambientales: la ausencia de participación vinculante a la hora de decidir sobre el desarrollo de proyectos mineros en los territorios.

Todas estas falencias en la definición del principio de participación se agudizan en la medida en que, el contenido de dicho principio, no se concreta en el desarrollo del proyecto de ley. Como lo señalamos, sabemos que no se trata de una ley estatutaria para regular mecanismos de participación, pero esto no obsta para que se señale, de manera explícita, que la participación ciudadana debe respetarse, protegerse y garantizarse durante todas las fases y etapas de la actividad minera. Nos referimos a una participación permanente, que esté en la capacidad de aterrizar ese poder para la gente del que tanto ha hablado este gobierno.



Ausencia de un enfoque de derechos campesinos

Valoramos positivamente que el proyecto de ley, en su preocupación por organizar y regular el sector minero, reconozca los impactos sociales y ambientales de la actividad minera y los derechos de las comunidades que se pueden ver afectados. También reconoce la diversidad de formas de vida de poblaciones rurales y los instrumentos de ordenamiento territorial. Es decir, la ley no solo se preocupa por el sector empresarial (público o privado), sino por la comunidad, y eso es, sin duda, una evidencia de ese cambio de enfoque al que nos referimos desde el inicio.

9. Artículo 7, numeral 17 del proyecto de ley.

Sin embargo, hay un vacío que salta a la vista frente al esfuerzo que se hace por el reconocimiento de los derechos de las comunidades y de las diversas formas de vida: la invisibilización de los derechos de las comunidades campesinas. Pareciera ser que el gobierno ha olvidado que gran parte de los conflictos socioambientales en el país se han generado por el desarrollo de proyectos mineros de gran escala en territorios de comunidades campesinas. De hecho, justamente por la imposición de dichos proyectos, varios municipios con vocación agrícola y con comunidades campesinas impulsaron consultas populares para decidir sobre estas actividades, todo lo cual provocó importantes discusiones sobre el alcance del derecho a la participación frente a proyectos extractivos. Cabe recordar que el Proyecto de Ley de Democracia Ambiental, previamente mencionado, es una respuesta directa a la violación del derecho a la participación de las comunidades campesinas y busca atender ese déficit de participación reconocido por la jurisprudencia.

Lo cierto es que, actualmente, hay una realidad constitucional que no puede desconocerse en este proyecto de ley ni en ninguna otra normativa, y es que el campesinado ha sido reconocido como sujeto de derechos y de especial protección[10]. De hecho, se trata de un reconocimiento constitucional que fue posible por el impulso e importancia que le dio este gobierno, por lo que resulta preocupante que sus postulados no hayan sido incluidos en el borrador de la ley minera.

Así las cosas, consideramos que para que el proyecto pueda avanzar en la garantía de los derechos campesinos, mínimamente se deberían valorar los siguientes aspectos: (i) el reconocimiento explícito del derecho a la participación de las comunidades campesinas -en clave de la participación reforzada reconocida mediante el Acto Legislativo 1 de 2023- en las diferentes decisiones inmersas en el desarrollo de las actividades mineras, por ejemplo, en la determinación de las ZAM; (ii) la necesidad de incluir los territorios destinados a la producción de alimentos y ordenamientos territoriales campesinos de leyes previas y del Plan Nacional de Desarrollo actual (Zonas de Reserva Campesina, Territorios Campesinos Agroalimentarios, Núcleos campesinos) en las Zonas Excluidas de la Minería[11]; (iii) la pertinencia de incluir la existencia de consultas populares votadas sobre actividades mineras como otro criterio para la determinación de las ZAM[12].

Derecho a la información: no está claro cómo se superan las barreras de acceso

Sin duda alguna, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la participación, el proyecto de ley contempla avances importantes frente al desarrollo del derecho a la

10. Acto Legislativo 1 de 2023.
11. Artículo 19 del proyecto de ley.
12. Artículo 25 del proyecto de ley.

información, entre los que se destacan: (i) el reconocimiento como derecho exigible que se le otorga al acceso a la información, al utilizar el verbo "garantizar", a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la participación[13]; (ii) la creación de múltiples sistemas de información encaminados a organizar, centralizar y facilitar la interoperabilidad de toda la información que hace parte del sector; (iii) la obligación de que la información disponible sobre el subsuelo, en cabeza de una entidad pública o de un particular, deba entregarse a las entidades del Gobierno nacional[14], y; (iv) la declaratoria de utilidad pública de toda la información del sector minero[15]. Este último avance llama particularmente la atención porque, en principio, dicha declaratoria abre el camino para transformar la forma restrictiva en la que se ha concebido el derecho a la información en el sector minero.

Sin embargo, pese a que se reitera la existencia del derecho a la información consagrado en nuestro ordenamiento jurídico y se propone una lectura garantista a partir de la implementación de varios instrumentos, no se proponen mecanismos concretos para que, en la práctica, se logren superar las barreras de acceso a la información que han tenido, especialmente, las comunidades afectadas por la minería. Es decir, ese esfuerzo que se hace por organizar y centralizar la información es indispensable y la declaratoria de utilidad pública también lo es. Sin embargo, en la medida en que no se contemple un rol mucho más activo por parte del Estado frente a su obligación de proveer -y no solo de organizar- la información para todas las personas, seguiremos en deuda con las comunidades que difícilmente pueden acceder a los sistemas que se crean y que han estado privadas de la información requerida para garantizar su participación.

Dicho esto, consideramos que la ley debe desarrollar un esquema que elimine las barreras actuales para garantizar ese derecho en la práctica, y que no debería imponer barreras adicionales a las ya existentes. De hecho, una de las grandes barreras que existen se relacionan con las reservas legales que han sido utilizadas por las autoridades mineras para negar el acceso a la información por parte de las comunidades. Por ende, el hecho de que el proyecto de ley establezca nuevas reservas relacionadas a la definición de figuras de planificación minera socioambiental[16], y a la información sobre el potencial minero de las AME y AFM[17], resulta desafortunado y debería reevaluarse.

Derechos frente al poder empresarial: no basta la debida diligencia

En apartados anteriores señalamos que el proyecto de ley debe potenciar el enfoque de derechos humanos, sobre todo porque la actividad minera de gran

13. Artículo 7, numeral 17 del proyecto de ley.
14. Artículo 193 del proyecto de ley.
15. Artículo 197 del proyecto de ley.
16. Artículo 16 del proyecto de ley.
17. Artículo 29 del proyecto de ley.

escala ha sido detonante de múltiples conflictos y ha transgredido derechos fundamentales. Si bien es cierto que la iniciativa legislativa avanza en el reconocimiento de esa realidad, se queda corta en desarrollar medidas para que dichas violaciones de derechos humanos puedan ser juzgadas y sancionadas. Mientras no elaboremos propuestas normativas que le den herramientas al Estado para evaluar la responsabilidad jurídica en la que incurren las empresas que violen derechos humanos, seguiremos omitiendo una realidad que tiene hoy en la impunidad, y sin acceso a la justicia, múltiples casos de violación de derechos humanos ocurridas en el marco de operaciones empresariales de gran escala. En ese sentido, sugerimos que el proyecto de ley conceptualice de manera clara el principio de responsabilidad que consagra[18], y que, sobre todo, le dé un desarrollo normativo posterior en el texto, de manera que no se quede solo como una mera enunciación de principio.

Por otro lado, el proyecto de ley establece un principio de debida diligencia[19] que también se queda corto al no ser una obligación expresa, al no desarrollar un contenido preciso y al quedarse como una sugerencia y no como una obligación de resultado. Adicionalmente, de cara a lo situado en el párrafo previo, el principio de debida diligencia resulta absolutamente insuficiente si no se acompaña de medidas encaminadas a garantizar la responsabilidad jurídica de las empresas cuando incumplan las medidas preventivas o cualquier otra obligación, y si no se generan principios encaminados a desarrollar el derecho a la reparación para aquellos casos en los que se incumpla el deber de prevención y se logre probar la responsabilidad jurídica de un actor empresarial por la violación de derechos humanos.

3. Fortalecimiento del ciclo minero con un Estado más activo, pero con retos pendientes por atender

El Código de Minas vigente estableció mecanismos de contratación y un ciclo minero que ha facilitado la entrega de áreas en concesión de gran parte del territorio nacional, principalmente a empresas multinacionales. La propuesta de ley minera presenta un esfuerzo evidente por atender estas falencias y propone un ciclo minero robusto, con muchas más exigencias para aquellos que van a realizar la actividad minera y con medidas concretas que pretenden atender al cambio de paradigma al que nos hemos referido previamente. De manera específica, nos parece importante destacar las siguientes propuestas:

- La exigencia de una licencia ambiental integral[20], la cual recoge los reclamos que se han venido haciendo desde las comunidades y las organizaciones sociales frente a la necesidad de contar con instrumentos de control

18. Artículo 7, numeral 11 del proyecto de ley.
19. Artículo 7, numeral 16 del proyecto de ley.
20. Artículo 125 del proyecto de ley.

ambiental desde la fase de exploración, instrumentos que reconozcan que esta actividad produce impactos que son objeto de seguimiento y control por parte de las autoridades ambientales.

- El fortalecimiento de la figura de caducidad[21], a partir de la introducción de nuevas causales que, justamente, reconocen que los contratos mineros no pueden estar por encima de los derechos humanos y que el contratista estará supeditado al estricto cumplimiento de ciertas medidas ambientales, sociales y económicas, so pena de que se declare la caducidad del contrato[22].
- La inclusión explícita de la fase del cierre en el ciclo minero con la definición de obligaciones específicas para garantizar el cierre de los proyectos en condiciones adecuadas, lo cual incluye, no sólo las consideraciones técnicas y de seguridad sino también las medidas sociales, laborales y ambientales. Esta propuesta también atiende a las reclamaciones de varios territorios que han sido explotados por décadas y que demandan una figura del cierre minero mucho más sólida y capaz de responder a las transformaciones de territorios explotados sin límites y vulnerando derechos humanos.
- La consagración de un régimen de transición que respete el principio de legalidad, que no establece prerrogativas excesivas para los titulares mineros y que contempla la aplicación inmediata de las multas, las sanciones y la caducidad de la nueva ley, con el fin de introducir medidas que puedan ser aplicadas a esos contratos en curso que fueron otorgados transgrediendo derechos humanos.

Como se observa, el avance del proyecto de ley en la forma de concebir el ciclo minero es innegable, pero hay ciertos aspectos que podrían ser reforzados, tales como los siguientes:

Contratación para el desarrollo económico, pero bajo la observancia de los riesgos que implica la actividad

El modelo de contratación sigue reconociendo la necesidad del abastecimiento de minerales para el desarrollo de la vida humana y la economía, por lo cual establece mecanismos contractuales que autorizan a particulares o al Estado para su extracción. Sin embargo, reconoce que no se trata de cualquier recurso o actividad que puede ser aprovechado y concesionado de forma indiscriminada.

21. Artículo 102 del proyecto de ley.
22. Se resalta la inclusión de las siguientes causales de caducidad y terminación anticipada: la violación de zonas excluidas de minería -desde su concepto más amplio-, el incumplimiento de obligaciones ambientales como el rechazo de la licencia ambiental, la afectación o contaminación de la calidad de agua por fuera de la normativa y el uso de sustancias prohibidas, el incumplimiento del plan de gestión social, la existencia de sentencia condenatoria por dinámicas de despojo o abandono de tierras con ocasión de la actividad minera y la existencia de condenas en firme en contra del contratista por la vulneración de los derechos humanos o ambientales.

Se está regulando una actividad que busca el aprovechamiento de bienes públicos, pero que, además, impacta al ambiente y a las comunidades, afectando a su vez bienes comunes como el agua, la tierra, el aire y los bosques. Estas particularidades de la actividad minera son tenidas en cuenta en la propuesta de ley, estableciendo objetivos que van más allá de cubrir la demanda de minerales. Es de resaltar que se tenga presente, a lo largo del ciclo minero, la distribución equitativa de los beneficios de la minería, el objetivo de alcanzar condiciones dignas de existencia y contribuir a la transición energética, así como los principios ambientales de precaución y rigor subsidiario.

Sin embargo, partiendo de los diferentes riesgos inmersos en el desarrollo de la actividad, es necesario que se fortalezca el análisis de conveniencia y viabilidad para el otorgamiento de contratos, prórrogas y cesiones que contempla la propuesta[23]. La ley debería establecer, de manera explícita, unos criterios mínimos ambientales, sociales, de participación, de vocación productiva, de bienestar social y en materia de derechos humanos para la aplicación de dichas concesiones. Se resalta la exclusión explícita que se consagra frente a quienes han sido condenados en materia de derechos humanos y ambientales, pero, se deberían contemplar criterios adicionales de conveniencia.

Necesidad de fortalecer la figura de la suspensión del contrato minero

La posibilidad de suspender el contrato minero ha generado conflictos en varios territorios del país, en los que hay títulos mineros que se encuentran suspendidos -bajo prórrogas anuales- sin limitaciones y bajo supuestos de fuerza mayor que han sido utilizados por las empresas para continuar con el título[24]. La suspensión ha sido utilizada para evadir el cumplimiento del término de cinco (5) años de caducidad o para extender de forma irregular el término del contrato. Por lo anterior, se trata de una figura que merece ser regulada de manera rigurosa, para evitar que pueda ser utilizada por quienes desarrollan la actividad minera de manera irregular.

Dicho esto, consideramos que el proyecto de ley desaprovecha la oportunidad de limitar el alcance de la suspensión de obligaciones y de la actividad minera, pues no se establecen criterios específicos para evaluar que dicha suspensión esté justificada. La propuesta habla de "circunstancias transitorias de orden técnico o económico", dejando un espacio amplio frente a la interpretación de ambos

23. Artículo 58 del proyecto de ley.
24. Tal es el caso del título minero EIG-163 del proyecto La Colosa de la AngloGold Ashanti en Cajamarca (Tolima), el cual se encuentra suspendido desde el 2017 por solicitud de la empresa, bajo prórrogas anuales, y alegando causales de fuerza mayor con argumentos que desconocen el ordenamiento jurídico y las decisiones de las autoridades ambientales.

presupuestos, y elimina la posibilidad de suspender por fuerza mayor y caso fortuito. Esto nos deja varias inquietudes, pues estas últimas causales han sido reguladas en el ordenamiento jurídico colombiano y, en teoría, están acompañadas de un procedimiento que garantiza la rigurosidad suficiente en su evaluación. Sin embargo, se dejan los supuestos de circunstancias transitorias, los cuales, reiteramos, dejan un margen muy amplio a la interpretación.

Adicionalmente, si bien se señala que los actos que decretan la suspensión deben señalar las fechas en que esta inicie y termine, es necesario señalar de manera explícita que, al responder a circunstancias transitorias, dichos actos no podrán ser prorrogados de manera indefinida. Se debe establecer un término máximo.

Fiscalización fortalecida, pero con aspectos por mejorar

La fiscalización es el control a la actividad minera que ha estado enfocado en asuntos principalmente técnicos y económicos, por lo cual se resalta el esfuerzo de incluir una fiscalización que contemple la exigencia de obligaciones constitucionales, sociales y ambientales. Particularmente, en los artículos 95 y 98 se establece que la información de fiscalización minera deberá interoperar con los sistemas de la autoridad ambiental, y se establece la necesidad de una fiscalización conjunta.

Esa nueva forma de concebir estos procedimientos y actividades atiende a la realidad del desarrollo de las actividades mineras, en la medida en que reconoce que no se puede continuar con una fiscalización que comprenda de manera aislada lo ambiental, lo social y lo minero. Sin embargo, para que esa fiscalización realmente sea efectiva, es necesario que el proyecto de ley vincule de manera explícita a la comunidad impactada. Resulta desafortunado que no se hayan señalado la importancia y necesidad de contar con mecanismos específicos que faciliten la exigencia y la participación de las comunidades en esos procedimientos de control, sobre todo, cuando son las comunidades las que, al estar en el territorio, conocen en detalle lo que está pasando con la operación minera y las posibles irregularidades que se están cometiendo frente al cumplimiento de obligaciones.

Necesidad de seguir avanzando en las garantías del cierre minero

Destacamos el lugar que le da el proyecto de ley al cierre minero y lo que esto supone para las comunidades que resultan impactadas por el desarrollo de las actividades mineras. Sin embargo, consideramos que, para lograr que esta fase realmente responda a las exigencias de las comunidades afectadas y reiterando lo que ya mencionamos sobre el derecho a la participación, es necesario que el

proyecto de ley señale directamente la necesidad de vincular a las comunidades en los procesos para la aprobación y actualización de los planes de cierre.

4. Procesos de formalización, fomento a la minería comunitaria y garantías para la minería realizada por comunidades étnicas

La gran mayoría de las explotaciones mineras en Colombia son informales y son realizadas por pequeñas operaciones artesanales o de pequeña escala. A pesar de esta realidad, conocida desde hace décadas, los esfuerzos de los Gobiernos nacionales se habían enfocado en los últimos 30 años en incentivar las operaciones de gran escala, sin establecer mecanismos diferenciales efectivos dirigidos a estas explotaciones más pequeñas que constituyen el grueso de la economía minera del país. Esto ha implicado una ausencia de incentivos para la formalización, una falta de regulación apropiada y, sobre todo, unos territorios desatendidos por la institucionalidad y sin acceso a ofertas públicas adaptadas a sus necesidades. Este nuevo proyecto de ley tiene una apuesta mucho más clara por establecer una política pública que también se enfoque en estos sectores, pero de una manera diferencial y atendiendo a varios de los cuellos de botella que las comunidades étnicas y los mineros artesanales vienen señalando desde hace varios años. Es necesario celebrar esta apuesta señalando algunos de los elementos clave que fomentarán y facilitarán el trabajo de esta minería de corte comunitario, advirtiendo también que su efectividad dependerá, sobre todo, de las reglamentaciones que se deriven de esta ley (en caso de ser aprobada) y del alistamiento institucional que se genere para hacerla real en los territorios.

Inclusión de la categoría de minería semi-tecnificada

Desde la década del 70 se han dado, al menos, 7 intentos por organizar el panorama minero y categorizar las diferentes escalas de operación, con el objetivo de fiscalizar y regular una actividad que en su mayoría se ha realizado de modo informal por comunidades campesinas y étnicas. De modo general, los esfuerzos realizados por categorizar la minería hecha por estas comunidades, cuyo objetivo principal es el sostenimiento familiar en conjunto con otras actividades productivas variadas, apuntalaron la categoría al uso exclusivo de herramientas manuales no mecanizadas, lo que les permite realizar la actividad sin requerimientos como el contrato de concesión o la licencia ambiental.

Esta categoría ha tenido diferentes nombres (de subsistencia, artesanal, ancestral, de bareque, etc.) y se han definido para ella unos controles basados en el registro y en algunos topes de producción. Ahora bien, la realidad minera del país se ha complejizado y evolucionado, al mismo tiempo que la lógica de la categoría ha permanecido igual. Muchos mineros artesanales se han visto obligados a incluir

dentro de sus procesos productivos elementos mecánicos, debido a la irrupción de la minería ilegal mecanizada de alto impacto que usa enormes dragas y retroexcavadoras para el arranque de material. Este último tipo de minería, en buena medida impulsada por mafias en alianza con grupos armados, ha cooptado los lugares de producción de los mineros artesanales, sobre todo en lugares como el pacífico colombiano, usando mecanismos que reducen la cantidad de metales o minerales. Esta reducción del tenor hace imposible para los mineros artesanales extraer sin algún tipo de ayuda mecánica.

Ahora bien, estos mineros artesanales habían quedado históricamente en un limbo jurídico, en la medida en que, al usar elementos mecánicos, no contaban como mineros artesanales, al mismo tiempo que sus prácticas productivas no ascendían al nivel de la pequeña minería que, de modo general, implica un trabajo continuo y de mayor escala que ha requerido licenciamiento y concesión. Esto último ha implicado un obstáculo para la formalización, en la medida en que los requerimientos burocráticos han servido como barreras de entrada, pues no se habían creado mecanismos y categorías específicas y diferenciales para estos mineros artesanales. Más aún, con la apuesta de perseguir militarmente la minería ilegal, se abrió la puerta para que mineros con pequeños grados de mecanización fueran perseguidos al no contar con licencia y contrato de concesión.

Es por esto que la inclusión en el proyecto de ley de una nueva categoría de minería semi-tecnificada, entendida como aquella que usa elementos mecánicos de bajo impacto solamente para el arranque de material[25], es un paso fundamental para organizar un panorama minero que se ha venido transformando. La apuesta de la ley es clara: establecer mecanismos diferenciales para esta minería semi-tecnificada que les permitan a los mineros ejercer su práctica (sin barreras burocráticas muy altas) y al Estado regularla de un modo tal que esta sea potenciada en lugar de ser desincentivada. La propuesta del proyecto de ley implica entender la minería semi-tecnificada como una categoría de transición a la pequeña minería, pues se espera que con apoyos de política pública (técnicos, financiamiento, etc.), aquellos mineros dentro de ella pasen en tres años a la categoría de minería de pequeña escala.

Sin embargo, y a pesar de que la inclusión de esta categoría es fundamental, cabe preguntarse si esta no debería funcionar de modo permanente, pues una realidad que se tiene que tener en cuenta es que la minería artesanal sin ningún método mecánico está en vía de desaparición. Las precarias y difíciles condiciones de la minería con métodos manuales, aunado a crecientes dificultades para extraer una cantidad de mineral suficiente para sostener una vida digna, han implicado que muchos pobladores abandonen la práctica o se apalanquen con métodos mecánicos. Es necesario pensar en una minería semi-tecnificada permanente,

25. Artículo 9 del proyecto de ley.

adecuadamente regulada, que les sirva a los pobladores como complemento a otras actividades productivas sin que tengan que ascender a la minería de pequeña escala, que implica un trabajo más continuo y mayores niveles de inversión. Puede que algunos pobladores que usen una pequeña motobomba de modo intermitente para complementar los ingresos familiares no deseen o no tengan condiciones para ascender a una categoría superior de extracción, pero tampoco se los puede obligar a continuar el trabajo meramente manual que ha tendido a precarizarlos.

Apuesta por fortalecer la minería artesanal, semi-tecnificada y de pequeña escala

El código minero vigente y sus reglamentaciones tuvieron un enfoque sesgado al apostar porque el grueso de la producción minera del país fuera impulsado por las operaciones de gran escala realizadas por empresas multinacionales. Es notable la apuesta de este nuevo proyecto de ley por dirigir mayores esfuerzos institucionales y de política pública hacia los tipos de producción de menor escala que constituyen, en la realidad, la mayor parte de las explotaciones mineras del país[26]. Este cambio de enfoque implica la generación de mecanismos diferenciales para formalizar e impulsar la minería de pequeña escala, artesanal y semi-tecnificada, constituyendo un esfuerzo por corregir uno de los problemas estructurales que han dificultado la formalización de la economía minera: el establecimiento de mecanismos homogéneos, usualmente costosos y con alta complejidad en los trámites. Si bien ha habido esfuerzos por establecer algunos procesos transitorios para facilitar estos trámites, estos han resultado en la práctica insuficientes y las exigencias de ley han servido más como barreras de entrada a la formalidad que como verdaderos incentivos.

La apuesta por generar estos mecanismos diferenciales va a venir acompañada a su vez de apoyos financieros que estarán dirigidos a fomentar los tres tipos de minería y a generar procesos de conversión productiva en aquellas zonas que, por los nuevos ordenamientos mineros, no admitan la realización de la explotación. Si bien en anteriores mecanismos legislativos este tipo de fomentos ya se habían establecido, lo cierto es que en este proyecto de ley parecen adquirir mayor envergadura y constituirse en una apuesta fundamental de la política minera a la que se quiere apuntar. Teniendo en cuenta que la mayor parte de las explotaciones mineras del país son informales, y que a través de esta informalidad se ha abierto la puerta para que oro ilegal proveniente de mafias y grupos armados se legalice, estas apuestas diferenciales (de ser bien aplicadas) permitirán la formalización y una mayor vigilancia sobre la producción nacional, al mismo tiempo que daría vía libre

26. Título cuarto del proyecto de ley.

para que la economía minera del país se sostenga y beneficie a las explotaciones pequeñas, comunitarias y familiares. Muestra de la importancia que tiene el tema de la formalización en este proyecto de ley es la inclusión de Zonas para la Formalización minera dentro de las ZAM.

Sustracción diferencial para zonas de reserva de ley segunda y exención del canon superficiario

Hay dos elementos a resaltar muy importantes dentro del proyecto de ley que, de ser aplicados correctamente, facilitarán la formalización en territorios colectivos étnicos y darán viabilidad para que en estos territorios sean las comunidades las verdaderas beneficiadas de la producción minera: 1) el establecimiento de un mecanismo de sustracción diferencial en zonas de reserva de ley segunda de 1959 para minería (semi-tecnificada y de pequeña escala) realizada por comunidades étnicas y campesinas[27]; 2) la exención del canon superficiario para minería de pequeña escala realizada también por comunidades étnicas y campesinas[28].

En el caso del pacífico colombiano, las dificultades en el proceso de sustracción de reserva de ley segunda (que se cruza en su mayoría con territorios colectivos étnicos) ha sido un gran obstáculo para que las comunidades puedan formalizarse y obtener un título minero en sus propios territorios. Las exigencias técnicas y económicas en el proceso han implicado que la sustracción sea viable solamente para las explotaciones de gran escala, mientras que las solicitudes por parte de las comunidades étnicas quedan usualmente en un limbo. Lo mismo ocurre con el pago del canon superficiario, cuyo coste excede las capacidades económicas de las comunidades.

Ahora bien, según el artículo 21, no solamente habrá un mecanismo de sustracción diferencial con el objetivo de facilitar el proceso de formalización en territorios étnicos, sino que simultáneamente se autoriza solamente a las minerías de pequeña escala, semi-tecnificada y artesanal realizar trabajos en zonas de reserva, excluyendo de esas áreas a la minería de mediana y gran escala. Esto implica que, en buena medida, y gracias al traslape entre territorios étnicos y áreas de reserva forestal de ley segunda, las comunidades étnicas tendrán el derecho exclusivo de ejercer minería en la mayor parte de sus territorios, lo cual es fortalecido por el derecho de prelación ya reglamentado en el decreto 1396 de 2023[29], que les

27. Artículo 21 del proyecto de ley.
28. Artículo 184 del proyecto de ley.
29. Este decreto finalmente reglamentó, después de 30 años de un enorme vacío jurídico, el capítulo 5 de la ley 70 sobre el derecho colectivo de las comunidades negras a usufructuar los recursos mineros de sus territorios ancestrales.

permitirá a las comunidades étnicas garantizar su derecho a usufructuar su territorio incluso en aquellas zonas que no son de reserva de ley segunda.

Más aún, con la figura de Zonas Mineras de Comunidades Étnicas (ZMCE)[30] en ZAM, se dispone de un mecanismo más para la priorización de las comunidades étnicas como principales usufructuantes de sus territorios. Si bien estas zonas ya estaban dispuestas por la ley 70 de 1993 y estaban contempladas en el código minero, la falta de reglamentación y la presencia de obstáculos como la sustracción de reserva de ley segunda, han impedido que las comunidades las aprovechen de modo adecuado. La reafirmación de estas zonas en el nuevo ordenamiento, acompañada de la eliminación de los obstáculos mencionados, da motivos para esperar finalmente una adecuada implementación de la ley 70 y del derecho colectivo de las comunidades étnicas a aprovechar su territorio.

Algunas observaciones sobre la reglamentación y los alcances institucionales para garantizar el debido funcionamiento de la nueva política minera

Las apuestas señaladas anteriormente implican una lógica que se adecúa a varios de los problemas de formalización y de respeto de los derechos colectivos de las comunidades étnicas que se han presentado en las últimas décadas. Sin embargo, si estas apuestas resultan beneficiosas o no, dependerá en gran medida de las reglamentaciones que se hagan para distinguir las diferentes categorías con las que el proyecto de ley pretende organizar la economía minera. Es necesario que estas reglamentaciones, en las que se definirán los mecanismos diferenciales, los topes de producción y el tipo de maquinaría para cada categoría, se definan con el acompañamiento mismo de los procesos organizativos étnicos y los mineros locales, de modo que se generen instrumentos que se adecuen a las realidades territoriales y le permitan al gobierno un adecuado control y vigilancia sobre los procesos productivos. De lo contrario, se corre el peligro de que los mecanismos concretos terminen, como ha ocurrido en el pasado, convirtiéndose en barreras de entrada a la formalidad que incentivan la informalidad.

Más aún, el fracaso histórico de los procesos de formalización se ha dado no solamente por la ausencia de mecanismos diferenciales sino también por una institucionalidad que no ha hecho adecuada presencia en los territorios, lo que ha implicado que la oferta pública no genere los incentivos ni el acompañamiento para que la letra de la ley se vuelva real y efectiva. En este sentido, esta apuesta debe ir acompañada también por un proceso de alistamiento institucional específicamente dirigido a atender los territorios y fomentar las minerías de

30. Artículo 35 del proyecto de ley.

pequeña escala, semi-tecnificada y artesanal, de modo que la oferta pública genere los cambios que se pretenden lograr y de paso se desincentive la presencia de la minería ilegal mecanizada de alto impacto que ha generado tanto daño en los territorios. Sin una apuesta por fortalecer una presencia institucional que se adecue a los contextos locales, ocurrirá lo mismo que ha ocurrido en el pasado: se aprobará una ley más que queda como letra muerta y la informalidad continuará creciendo.

En suma, desde SIEMBRA celebramos la elaboración de esta iniciativa legislativa, pues estimula un debate necesario para la superación de los conflictos socioambientales provocados por la actividad minera, tal como se viene ejerciendo hasta ahora en todos sus niveles. Sin embargo, consideramos que, teniendo en cuenta las apuestas de este gobierno nacional, así como las exigencias históricas de comunidades afectadas por la minería y de las comunidades que ejercen la minería artesanal, esta apuesta debe ser robustecida. Es fundamental que el proyecto de ley profundice el cambio de paradigma propuesto, que garantice el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, que fortalezca el rol del Estado en todo el ciclo minero, y que brinde más y mejores garantías a la minería comunitaria desarrollada por grupos étnicos. Esperamos que estos aportes contribuyan al desarrollo de un proyecto de ley que, para ordenar la minería, priorice los territorios para la vida y los derechos humanos sobre la actividad minera.

Equipo del Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial – SIEMBRA, abril de 2024.



SIEMBRA

Centro Sociojurídico
para la Defensa
Territorial