

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA EXPEDICIÓN DE LICENCIAS MINERAS EN ÁREAS PROTEGIDAS

RUDDY ISMAEL TOVAR VARGAS *

Coordinador del despacho del Gobernador de Arauca en la Gobernación del Departamento de Arauca, es el resultado de la investigación que en el mismo sentido desarrolla junto con los Abogados Paola Andrea Lerma Díaz y Margarita Sabagh Salcedo.

Fecha de recepción del artículo: Sep. 15 2011. Fecha de aceptación: Nov. 15-2011

RESUMEN

La Ley Minera asigna al Estado la obligación de procurar que quienes operan el negocio minero lo hagan con criterios de desarrollo sostenible, de tal manera que generando riqueza para los empresarios mineros puedan contribuir también al bienestar de las comunidades involucradas y al progreso de la economía nacional. De esta obligación específica se derivan unas funciones de fiscalización y vigilancia sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales en materia técnica, ambiental y de retribuciones económicas, por parte de los concesionarios mineros.

El Código de Minas vigente excluye la minería de los Parques Naturales Nacionales y de reservas de carácter regional, no obstante, no excluye actividades mineras en ecosistemas sensibles de alto valor estratégico por los servicios ambientales prestados como son los páramos, humedales o reservas protectoras en cuencas abastecedoras de agua. Esto denota desarticulación con normas de carácter ambiental, de ordenamiento territorial o de conservación de zonas de interés cultural o histórico.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad, Licencias mineras, áreas protegidas.

ABSTRACT:

The Mining Law gives the government the obligation to ensure that those operating the mining business do with sustainable development criteria, so that generating wealth for the mining companies can also contribute to the welfare of the

communities involved and the progress of national economy. In this specific obligation deriving a control and monitoring functions on the fulfillment of contract terms in the technical, environmental and economic returns, by mining concessions.

The current Mining Code excludes mining of National Parks and reserves on a regional basis, however, does not preclude mining in sensitive ecosystems of high strategic value for environmental services such as moorland, wetlands or protective reserves in basins waterworks. This shows disruption to standards of environmental, land management or conservation of areas of cultural or historical interest.

KEYWORDS: Liability, Licensing mining, protected areas.

En el sistema que sigue el modelo francés, como es el caso de Colombia, la responsabilidad del Estado se encuentra asociada a la actividad o a las omisiones del mismo en el ejercicio de sus funciones.

El reconocimiento de esa responsabilidad se fundamenta por una parte en la idea de que los ciudadanos no deben soportar cargas inequitativas –principio de igualdad–, aun cuando éstas beneficien a la comunidad en su totalidad –interés público–; y por la otra, en la concepción de que el Estado debe abstenerse de causar daños a los administrados, ya sea porque no ejerce adecuadamente sus funciones, porque comete excesos en el ejercicio de las mismas, o porque no actúa cuando debe hacerlo.

El Estado, concretamente la administración, en desarrollo de su actividad regular, expresada en hechos, operaciones y actos administrativos o, como consecuencia de la actividad irregular de sus funcionarios en la organización y funcionamiento de los servicios públicos y aun en el desempeño de sus funciones, puede ocasionar perjuicios a los particulares (Gordillo, 1998). Aún, cuando el concepto de responsabilidad es un concepto propio del derecho civil, sus pautas generales se aplican en la responsabilidad administrativa, pero no se puede derivar de los principios del Código Civil, por que la responsabilidad estatal se sustenta, principalmente, en la falta o falla del servicio. (Vedel, 1980).

Es de aquí que surge la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, nacida de la institución de la responsabilidad extra-contractual del derecho privado, entendiéndose por tal el deber impuesto por la ley de resarcir, mediante el equivalente

patrimonial, el daño producido como consecuencia de la violación de derechos del individuo, moralmente imputable a alguien.

Hasta finales del siglo XIX se consideraba irresponsable al Estado Colombiano. El 22 de octubre de 1896 se conoce una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que se consagra la responsabilidad estatal en los siguientes términos: "*Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes*". (Rodríguez. 1996). Posteriormente, dichos conceptos fueron evolucionando mediante Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de febrero 05 de 1970 No. 2338 y de octubre 28 de 1976, las cuales a su vez son reiteradas por otra de junio 28 de 1984 y que, en su momento fueron reiterados por el Consejo de Estado en las que se acepta la responsabilidad del Estado (Aldana H 1986).

Mediante el Decreto 528 de 1964 se atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la administración artículos 20, 28, 30 y 32, salvo los asuntos en que ventilaran cuestiones de mero derecho privado artículo 6 (Rodríguez, 1996). La ley misma vino a reconocer que el problema de la responsabilidad de la administración es, por regla general, un problema especial y que merece ser resuelto por la jurisdicción especializada en los asuntos administrativos. En esta forma, desde el punto de vista de la competencia para conocer de los litigios, comenzó a aplicarse a la responsabilidad de las personas públicas un régimen propio de derecho público. Actualmente esta competencia de la jurisdicción contencioso administrativa está confirmada en los artículos 82 y 128 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (Rodríguez, 1996).

La Carta Constitucional define el carácter social del Estado y en este marco reconoce la protección del medio ambiente como principio fundamental y derecho colectivo.

Allí, se establecen y sintetizan los elementos claves que hoy orientan el manejo ambiental del país: protección del ambiente; compromiso con la sostenibilidad y la eficiencia económica; control fiscal; participación ciudadana y respeto por la cultura.

Es importante destacar que La Carta Política no se limita a consagrar principios, sino que establece mecanismos para hacer efectivos los derechos y compeler el

cumplimiento de los deberes ambientales: la participación de la comunidad (art. 79 inc. 2), el ejercicio de las acciones de tutela, de cumplimiento y populares (arts. 86, 87, 88), las funciones deferidas a los Órganos de Control del Estado: Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo (arts. 267, 268, 277, 282) y las normas referidas al régimen económico y a la hacienda pública, todas las cuales contienen previsiones que obligan al Estado en su conjunto y a los particulares, a responder por la protección del ambiente y por el adecuado manejo de sus componentes.

Lo anterior significa que la antijuridicidad de las conductas que afectan o causan daño al ambiente no se produce únicamente por la violación de estatutos de segundo o tercer orden en el nivel jerárquico de las normas, sino por la transgresión de la norma de normas: la Constitución Política, que a su vez impone la obligación de reparar el daño.

En efecto, el inciso segundo del art. 80 de la Constitución exige al Estado no solo prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental e imponer las sanciones legales, sino también exigir la reparación de los daños causados.

La Constitución no se limitó a consagrar derechos y deberes sino que previó mecanismos para garantizar el ejercicio de los primeros y el cumplimiento de los segundos. Entre dichos mecanismos además de la participación ciudadana, estableció las acciones de tutela, populares y de cumplimiento. El ejercicio de estas acciones ha generado en los últimos años una enriquecedora producción jurisprudencial que ha venido a enriquecer el derecho ambiental por esta vía, como no había ocurrido antes.

Es importante remitir a esta producción jurisprudencial pues en ella se clarifican muchas cuestiones de relación Ambiente-Salud humana. Derecho al Ambiente Sano como interés fundamental, acciones populares y acciones de tutela como mecanismos de defensa del ambiente como interés colectivo y como interés fundamental etc. y obligaciones del Estado y de los particulares con respecto al bien jurídico ambiente.

La Ley 99 de 1993 –Ley del Medio Ambiente, crea el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial –MAVDT), reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, y organiza el Sistema Nacional Ambiental –SINA-, entre otros.

Esta ley, expedida para modernizar la estructura administrativa para la gestión ambiental en Colombia creó el Ministerio del Medio Ambiente; dispuso la organización del Sistema Nacional Ambiental (SINA) para hacer coherente el funcionamiento de los organismos del Estado en los diferentes niveles de la administración: nacional, regional, departamental y municipal; asignó funciones al Ministerio del Medio Ambiente, al Consejo Nacional Ambiental, a las Corporaciones Autónomas Regionales y a las entidades territoriales y estableció mecanismos para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes en materia ambiental.

El Decreto 2811 de 1974 señala las categorías de las áreas protegidas. En Colombia existen áreas protegidas del nivel nacional y regional con diversos objetivos, ya sea, conservación del recurso hídrico, del recurso forestal y del recurso suelo; la categoría más importante son los parques nacionales naturales. Cada área está regulada por una norma especial, sea un decreto o una resolución.

El Decreto 2372 de 2010 el cual reglamenta el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y las categorías de manejo que lo conforman y los procedimientos generales relacionados con este.

De otro lado, mediante Resolución 918 de 2011 se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social.

La Ley 1450 de 2011 por medio de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014, estableció los criterios para la delimitación de los ecosistemas de páramos y humedales, determinando la cartografía específica para hacerlos y definiendo que son las autoridades ambientales regionales las que deben realizar los estudios para definir los usos de estos ecosistemas. Igualmente se definen las condiciones para construcción de proyectos en dichos ecosistemas.

El marco legal e institucional colombiano en materia de manejo ambiental apoya las tendencias globales del Desarrollo Sostenible, concepto oficializado en la "Cumbre de Río" en 1992 y reiterado en múltiples convenios a los cuales se ha adherido el país, destacándose los siguientes:

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, cuyo objetivo es establecer una alianza mundial equitativa, mediante la creación de nuevos niveles de

cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas, procurando alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses y se proteja la integridad del sistema ambiental".

Ley 164 del 27 de octubre de 1994, mediante la cual se ratifica el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, el cual propende por lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. El protocolo contempla "Mecanismos de Desarrollo Limpio", para que los países No Anexos (en vías de desarrollo) ayuden a los países del Anexo B (desarrollados) a reducir el inventario atmosférico de los Gases Efecto Invernadero –GEI- a los niveles establecidos por el Protocolo.

Ley 629 de 27 diciembre 2000, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997 cuyo objetivo es la reducción de emisiones y fomentar a la eficiencia energética.

Ley 29 de 1992 - Por medio de la cual se aprueba el "Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono", suscrito en Montreal el 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas adoptadas en Londres el 29 de junio de 1990 y en Nairobi el 21 de junio de 1991.

Ley 306 de 5 de agosto de 1996 - Aprueba la Enmienda de Copenhague al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono, suscrita en Copenhague el 25 de noviembre de 1992.

Ley 960 de 28 junio de 2005, por medio de la cual se aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono", adoptada en Beijing, China, el 3 de diciembre de 1999.

Ley 30 del 5 de marzo de 1990, ratifica el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, que busca evitar los impactos potencialmente nocivos de la modificación de la capa de ozono sobre la salud humana y el medio ambiente y propende por una mayor investigación con el fin de aumentar el nivel de conocimientos científicos al respecto.

Ley 253 de enero 9 de 1996, por medio de la cual se aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989.

Ley 1159 de 20 septiembre 2009, por medio de la cual se aprueba el Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos, objeto de comercio internacional.

Ley 165 de 9 de noviembre de 1994, aprueba el Convenio Sobre la Diversidad Biológica cuyos objetivos son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Este convenio fue ratificado mediante la Ley 165 del 9 de noviembre de 1994.

Ley 17 de enero 22 de 1981- Por la cual se aprueba la "Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre", suscrita en Washington, D.C el 3 de marzo de 1973.

Ley 45 de 1983 ratifica el Convenio de las Naciones Unidas para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. El convenio pretende conservar el patrimonio cultural y el patrimonio natural, los cuales están cada vez más amenazados de destrucción, no sólo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temibles; así mismo, considera que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo.

Ley 106 del 10 de diciembre de 1985, mediante la cual se ratifica el Tratado de Cooperación Amazónica firmado el 12 de marzo de 1981, para promover el desarrollo armónico de los territorios amazónicos, buscando equidad, preservación del medio ambiente y conservación y utilización racional de sus recursos naturales.

Teniendo en cuenta las leyes citadas se identifica el compromiso de Colombia en la suscripción de los acuerdos ambientales, que se configuran como el escenario internacional en el cual se enmarcan los desarrollos normativos que se adelantan en el país. Teniendo en cuenta el tema objeto de análisis es importante analizar cual es

la responsabilidad que ha asumido el Estado Colombiano frente a la protección en materia ambiental y sus áreas protegidas, teniendo en cuenta el auge de la minería.

Según la organización ambientalista CENSAT Aguaviva. En su artículo Conflicto socio-ambientales por la extracción minera en Colombia. Casos de la inversión Británica de enero de 2010 precisa lo siguiente: en el 2001 Colombia aprobó la Ley 685, más conocida como el Código de Minas. Para su elaboración, el estado estuvo asesorado directamente por una firma de abogados que en ese momento representaban a la mitad de las compañías inscritas en el registro minero nacional y por empresas mineras canadienses (CENSAT Agua Viva. Agua o minería un debate nacional. 2011) con grandes intereses en el territorio como demuestra el hecho de que actualmente el 43,41% de las empresas mineras en Colombia sean de esta procedencia. Esta norma abrió el camino para la intensificación de las actividades de exploración y explotación minera ya que declaró la minería como una «actividad de utilidad pública y de interés social» lo que permite la expropiación unilateral de bienes en los que se sospeche que hay minerales independientemente de quién ocupe esos lugares. Congreso de Colombia. Ley 685 de 2011, Agosto 15, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Bogotá: el Congreso; 2011.

Por otro lado, por recomendación del Banco Mundial, el Código Minero eliminó el papel del Estado en la intervención directa (Valencia 2010). Es decir, suprimió la posibilidad que existía hasta ese momento de que el estado participara en la explotación de estos recursos, dejándole tan sólo un papel de regulador y fiscalizador. Así, se eliminó la posibilidad de obtener los ingresos netos de la extracción de recursos naturales y sus beneficios económicos se reducen casi totalmente a los ingresos obtenidos de las regalías y el canon superficial que las empresas deberían pagar durante la fases de explotación y exploración respectivamente.

Otro de los puntos que más críticas generó fue el relacionado con las licencias ambientales. Hasta el 2001, estas licencias fueron un requisito para todas las etapas de la actividad minera, pero el nuevo código señaló que esta autorización ambiental sólo era necesaria para desarrollar «actividades de explotación», (CENSAT Agua Viva, 2011) lo que impide que antes de la exploración se rechace una actividad minera por los posibles daños ambientales que pueda generar. Lo que no es acorde con la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo que Colombia suscribió, y que en su principio 15 señala que «con el fin de proteger el medioambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de la precaución». (Naciones Unidas Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro. Junio 1992)

En lo relativo al territorio, el código establecía ciertas zonas protegidas de la exploración y explotación minera como Parques Naturales Nacionales y Regionales. Pero estas salvedades no se respetaron. Según denunció públicamente Carlos Rodado, ex ministro de Minas y Energía, 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». (Ronderos 2011)

En el 2010, el Gobierno aprobó, con la financiación de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (Valencia 2010), la Ley 1382, que reformaba el Código Minero de 2001. Esta norma aumentaba las zonas protegidas de titulación minera, entre ellos ecosistemas de páramo y humedales reconocidos por el sistema Ramsar¹⁷ siempre que estuvieran demarcados. Por otro lado, la reforma del Código de Minas, imponía un periodo de cinco años al gobierno para sustraer las Reservas Forestales necesarias con el fin de desarrollar la industria minera, (Revista Semana 2011), lo que también recoge el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

El art. 9o. del Código Nacional de los Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente que establece los principios que rigen el uso de los recursos naturales contempla entre dichos principios uno que estipula que: “La utilización de los elementos ambientales y de los recursos naturales renovables debe hacerse sin que lesione el interés general de la comunidad o el derecho de terceros.” Este principio rige tanto para los usos por Ministerio de la Ley como para los que se ejercen mediante permiso, concesión, autorización o licencia.

Si el titular, en el ejercicio del permiso, autorización, concesión o licencia se separa de las previsiones contenidas en el respectivo acto administrativo y con tal conducta genera un daño al ambiente o a terceros deberá repararlo. Ya se observó anteriormente que al contraventor de las normas ambientales (incluidas las obligaciones previstas en las resoluciones de la administración), se le imponen las sanciones establecidas por la Ley 99 de 1.993, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que haya lugar. Entre las sanciones se relaciona la revocatoria o caducidad del permiso o concesión.

¹⁷ Es un sistema aprobado en la Convención de Ramsar, que define y clasifica los tipos de humedales existentes en el mundo

El Decreto 1753 de 1.994 que reglamentó la Ley 99 de 1.993 en materia de licencias ambientales, establece en su art. 31 que: "Todo beneficiario de una licencia ambiental asume la responsabilidad por los perjuicios derivados por el incumplimiento de los términos, requisitos, condiciones, exigencias y obligaciones señalados en la licencia ambiental..."

Por otra parte, en las Resoluciones que otorgan licencias ambientales se incluyen las obligaciones que debe cumplir el beneficiario en relación con la calidad del recurso o de los recursos que se intervienen entre ellas la siguiente: "En caso de detectarse durante el tiempo de construcción y operación de las obras, efectos ambientales no previstos, la beneficiaria deberá notificar en forma inmediata este hecho al Ministerio del Medio Ambiente, con el fin de que se exija la adopción de las medidas correctivas que se consideren pertinentes. El incumplimiento de estas medidas será causal para la aplicación de las sanciones legales a que haya lugar".

Se prevé igualmente que la peticionaria será responsable por cualquier deterioro y /o daño ambiental causado por los contratistas a su cargo y deberá realizar las actividades necesarias para corregir los efectos causados y que en caso de cualquier problema ambiental se deberán suspender las operaciones, informar de inmediato a la autoridad ambiental competente y adoptar las medidas necesarias para controlar el problema.

Si la actividad dañosa se produce sin permiso autorización, concesión o licencia, quien la realice se constituye en contraventor y se le impondrán las sanciones previstas por la Ley 99 de 1.993, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que haya lugar. En cuanto al daño al ambiente o a los recursos naturales renovables el infractor será obligado además de la sanción, a realizar, dentro del término perentorio que se le señale, los estudios y evaluaciones requeridas para establecer las características de los daños, efectos e impactos causados por la infracción y las medidas necesarias para mitigarlos o compensarlos.

También prevé la Ley 99/93 que el pago de las multas no exime al infractor de la ejecución de las obras o medidas que hayan sido ordenadas por la entidad responsable del control, ni de la obligación de restaurar el medio ambiente y los recursos naturales renovables afectados. (Art. 85 Parágrafo 1).

Lo dicho anteriormente se corrobora con la lectura del inciso segundo del art. 216 del Decreto 1541 de 1.978 que reglamentó el Código Nacional de los Recursos Naturales

Renovables en materia de aguas no marítimas, que establece que el permiso de vertimiento no podrá ser invocado para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en la que pudieren incurrir los permisionarios, quienes en todo caso están obligados al empleo de los mejores métodos para mantener la descarga en el estado que exija la administración.

En otro artículo de Censat titulado Explotación minera amenaza a los páramos de Colombia, publicado en junio de 2010, se precisa lo siguiente: En Estados Unidos, la revista Science publicó un estudio de un grupo de científicos de ese país, varios de ellos miembros de la Academia Nacional de las Ciencias de Estados Unidos. En éste argumentan que se debe hacer una moratoria que bloquee la concesión de permisos para explotaciones mineras en cumbres montañosas, debido a los irrefutables e irreversibles impactos ambientales. El documento exhorta a Estados Unidos a adoptar un papel de liderazgo global, ya que se prevé que durante la próxima década se incremente en gran medida el número de explotaciones mineras a cielo abierto en muchos países en vías de desarrollo. "Las pruebas científicas son contundentes", anuncia la coordinadora del estudio, Margaret Palmer, investigadora del Center for Environmental Science y en el Collage Park de la Universidad de Maryland. "Sus efectos son omnipresentes y muy duraderos; además, no hay prueba alguna de que las prácticas destinadas a paliarlos puedan tener éxito a la hora de revertir los daños causados. La extracción minera con explosivos es un atropello medioambiental", insiste la experta. "Además, existe una relación directa entre defectos congénitos, cáncer y contaminación del agua y este tipo de minería".

Por su parte, mediante resolución del 5 de mayo de 2010, el Parlamento Europeo exhorta a la prohibición completa del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro antes de que termine el año 2011.

Las consideraciones para esa decisión son sencillas y concluyentes. Se analizan aquellas que se aplican al caso colombiano:

El cianuro es una sustancia química altamente tóxica utilizada en la minería del oro, está clasificado como uno de los principales contaminantes y puede tener un impacto catastrófico e irreversible en la salud, el medio ambiente y en la diversidad biológica.

En los últimos 25 años se han registrado más de 30 accidentes importantes relacionados con el vertido de cianuro, y, teniendo en cuenta el incremento de las

condiciones meteorológicas extremas, como fuertes y frecuentes precipitaciones, no existe ninguna garantía real de que no se produzca otro.

La aplicación de la legislación vigente en relación con el uso de cianuro en la minería también depende de las competencias de los poderes ejecutivos de cada Estado miembro, por lo que si estos no son proactivos en prevención, la posibilidad de que ocurra un accidente es sólo cuestión de tiempo y de negligencia humana.

El uso de cianuro en minería puede provocar enormes daños ecológicos, que raramente son reparados por las empresas explotadoras (que suelen desaparecer o declararse en quiebra), sino por los Estados: los contribuyentes. Las empresas no cuentan con seguros a largo plazo que cubran los costos en caso de accidente.

El Parlamento pide a los Estados miembros que no presten apoyo, de forma directa o indirecta, a ningún proyecto minero en la UE en que se empleen tecnologías a base de cianuro ni respalden proyectos de esas características en terceros países.

En el caso colombiano es prioritaria la revisión de las consideraciones de la UE, mas aun cuando las empresas mineras internacionales han dicho en el país que la "minería responsable" no usa mercurio sino cianuro, máxime cuando se sabe que Colombia es el lugar del mundo de mayor contaminación de mercurio en el aire y en el agua, según un informe de Marcello Veiga, consultor de Naciones Unidas.

El Artículo 34 del Código de Minas establece que en las zonas excluibles de la minería "No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras", específicamente en las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados como Ramsar, que deben ser delimitadas geográficamente por la autoridad correspondiente con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Pero incluso antes de la reforma del 34, el ordenamiento jurídico colombiano prevé, por sí mismo, su protección. Por ejemplo, la Ley 99 de 1993, en el aspecto específico de los páramos, consagró que páramos, subpáramos, nacimientos de agua y zonas de recarga de acuíferos deben ser objeto de protección especial, y que la biodiversidad debe ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible, o la Ley 1333 de 2009, que regula el procedimiento para sancionar a quienes

contravengan las normas que regulan la protección de los recursos naturales y del ambiente, o la acción de tutela, cuando esa protección del ambiente esté en conexidad con un derecho fundamental.

La ley 1382 establece áreas especiales que se encuentren libres, sobre las cuales, de conformidad con la información geológica existente, se puede adelantar un proyecto minero de gran importancia para el país, con el objeto de otorgarlas en contrato de concesión a través de un proceso de selección objetiva, a quien ofrezca mejores condiciones técnicas, económicas, sociales y ambientales para el aprovechamiento del recurso.

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

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar.

Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

No obstante lo anterior la ley 1382 permite la liberación exclusión por parte de la autoridad ambiental a esas zonas Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no sustraída.

Clara y explícitamente el art. 13 de la ley 1382 consagra para el caso de la licencia ambiental con base en el Estudio de Impacto Ambiental.

La autoridad competente otorga o no la Licencia Ambiental para la construcción, el montaje, la exploración cuando requiera la construcción de vías que a su vez deban tramitar licencia ambiental, la explotación objeto del contrato y el

beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación.

Dicha autoridad podrá fundamentar su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo.

En cuanto a la explotación Anticipada y Autorización temporal se precisa que:

Si el concesionario se encuentra en la etapa de exploración, con sujeción a las normas ambientales, podrá solicitar a la Autoridad Minera que se autorice el inicio del período de construcción y montaje y la explotación anticipada acorde con lo estipulado en este Código.

Si la zona objeto de la autorización temporal se superpusiere a una propuesta de concesión, que no incluya materiales de construcción, se otorgará la autorización temporal, pero una vez finalizada dicha autorización, el área hará parte de la propuesta o contrato a la cual se superpuso.

Cuando el proponente o titular de un derecho minero lo autorice, la Autoridad Minera podrá otorgar autorización temporal de manera concurrente. En este caso cada titular responderá por los trabajos mineros que realice directamente y por el cumplimiento de las normas ambientales vigentes.

El Decreto 2820 del 2010 exige perentoriamente licencia para el caso de la explotación en el sector minero y lo detalla así: a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a 800.000 ton/año; b) Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos: Cuando la producción proyectada sea mayor o igual a 600.000 ton/año para las arcillas ó mayor o igual a 250.000 m³/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos; c) Minerales metálicos y piedras preciosas y semipreciosas: Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea mayor o igual a 2.000.000 de ton/año; d) Otros minerales y materiales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 ton/año

Un aspecto muy problemático del Decreto permite que con ocasión de la licencia ambiental de un proyecto, obra o actividad podrá ser modificada para integrarla con otras licencias ambientales, siempre y cuando el objeto de los proyectos

a integrar sea el mismo, sus áreas sean lindantes y se hubieren podido adelantar en un mismo trámite. (Portafolio.co. jueves 19 de julio 2012)

Entonces en el caso de proyectos mineros se deberá observar lo dispuesto en el Código de Minas. Las licencias ambientales objeto de integración formarán un solo expediente.

De todas formas el art. 35 señala que en este proceso de integración, el Estudio de Impacto Ambiental que ampare los proyectos, obras o actividades a integrar deberá ser presentado de acuerdo con la Metodología para la presentación de estudios ambientales del artículo 14 del mencionado decreto y debe contener como mínimo:

a) Identificación de cada uno de los impactos ambientales presentes al momento de la integración, así como los impactos ambientales acumulativos sobre cada uno de los recursos naturales que utilizan los proyectos;

b) El nuevo plan de manejo ambiental integrado, que ampare las medidas orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos ambientales presentes, los acumulativos y demás impactos de los proyectos, obras o actividades a integrar; así como el programa de monitoreo y seguimiento y el plan de contingencia integrado;

Esta reglamentación a pesar de lo anterior deja la idea de omitirse como debiera ser estudios particulares para cada uno de los proyectos. No es lo mismo la evaluación rigurosa de impacto por cada uno de ellos que simplemente considerar que como hubo integración el primer estudio sirve para soportar los proyectos adicionados o integrados.

En el mismo de ideas del mencionado artículo respecto a los efectos de la nueva legislación afirma: Si bien tanto ley 1382 como el Decreto 2820 del mismo año 2010 consagran que para el caso de actividades mineras se deben cumplir los requisitos relacionados con según el caso Licencias Ambientales o Diagnóstico Ambiental de Alternativas –DAA, se presentan casos bastante problemáticos como pueden ser la exploración o explotación anticipada en donde no mediaría el cumplimiento de los procedimientos de control ambiental.

La liberación de zonas excluidas para la minería coloca al Decreto 2820 como una norma elusiva de lo previsto desde la ley 99 de 1993 en donde claramente la minería tiene que tener este control

Con relación a los topes establecidos en el Decreto 2820 se advierte que la pequeña minería que es la que hoy en día es mayoritaria en el país, quedaría excluida de la exigencia de la licencia toda vez que tan solo se exige para explotación de mayor o igual a 800.000 ton/año; materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos: producción proyectada sea mayor o igual a 600.000 ton/año para las arcillas ó mayor o igual a 250.000 m³/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos; minerales metálicos y piedras preciosas y semipreciosas: Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea mayor o igual a 2.000.000 de ton/año; y en el caso de otros minerales y materiales: cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 ton/año.

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, para las obras de infraestructura, el montaje y la explotación de dichas áreas, en forma conjunta si esta fuere exigible.

Si las condiciones y características de dichas áreas fueren homogéneas o similares, podrán pedir además el otorgamiento de una Licencia Ambiental Conjunta. La gestión ambiental incluida en la Licencia, podrá contener medidas específicas acordes con la ubicación singular y concreta del área de cada concesión. En este caso, los beneficiarios deberán responder solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la licencia.

Como se advierte este trámite es facultativo y no perentorio lo que hace que muy seguramente no se acuda a la gestión de la licencia ambiental

Así mismo, en la Sentencia C-443 de 2009, la Corte Constitucional "exhorta al Ministerio de Ambiente, al igual que a las corporaciones autónomas regionales y a las autoridades ambientales competentes, para que cumplan con los deberes ambientales a su cargo... y adopten medidas eficaces para la protección del medio ambiente en general y de las áreas de especial importancia ecológica tales como los páramos... aplicando el principio de precaución.... de manera tal que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o

explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente".

Es así como el Ministerio del Medio Ambiente no solamente tiene el derecho sino el deber de solicitar dicho estudio, amparado tanto en la nueva legislación como en el ordenamiento jurídico previo.

Según datos del Ministerio, tan sólo para octubre de 2008 se habían otorgado títulos en zonas de protección y en otras zonas de interés ambiental forestal, que comprometían 1'220.611 hectáreas. Pero más preocupante todavía era que, para la misma fecha, las hectáreas afectadas por solicitudes para exploración y explotación llegaban a 7'948.910.

Por su parte, Ingeominas entregó durante el gobierno pasado un total de 38 títulos mineros en 36.400 hectáreas, equivalente al 0,3 por ciento del total de las áreas de Parques Nacionales. Y actualmente hay 360 solicitudes de títulos sobre 193.274 hectáreas, según las cifras oficiales del Ministerio de Medio Ambiente.

En reservas forestales protectoras, que son las que garantizan el agua que consumen los colombianos, Ingeominas concedió 71 títulos mineros sobre 14.708 hectáreas. En los páramos otorgó 416 títulos en 106.118 hectáreas, equivalentes al 5,5 por ciento de los páramos. Y en áreas Ramsar reconocidas internacionalmente para proteger a los humedales otorgó 44 títulos sobre 9013 hectáreas, equivalentes al 1,2 por ciento del total de áreas Ramsar. En todas estas áreas, lo solicitado multiplica casi por diez lo otorgado.

Como puede observarse, a pesar de que Colombia ha aprobado y ratificado compromisos en materia ambiental y la protección de su biodiversidad, se sigue de manera irresponsable por parte de algunos funcionarios públicos expidiendo licencias mineras en áreas protegidas en detrimento del medio ambiente en general.

La responsabilidad que se deriva de la comisión de ilícitos ambientales de naturaleza administrativa es lo que aquí se está denominando responsabilidad administrativa por el daño ambiental. Pero, para que se incurra en este tipo de responsabilidad no es estrictamente necesaria la generación de un daño material. La sola violación de un mandato u orden administrativo, como también se ha dicho, genera un daño, que es el daño al orden jurídico o institucional.

CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública... En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo.

Existe una estructura normativa minera ambigua, contradictoria y confusa que da lugar a un alto grado de inseguridad jurídica para los receptores de la norma. Los parámetros legales expedidos para regular y legalizar la minería, no son objeto de estudios previos que involucren contenidos tan importantes como el poblacional, el social, el ambiental, el territorial y el económico, lo que permitiría una visión integral de esta problemática y por ende una alternativa de solución en derecho.

El Estado Colombiano tiene responsabilidades de los perjuicios sociales, económicos y ambientales de los megaproyectos extractivos, pues es desde el Ministerio del Medio Ambiente, de Minas, del Interior y de Justicia, que las solicitudes y proyectos son avalados.

Las enormes expectativas que genera en los territorios de las comunidades y pueblos la llegada de la minería, están cifradas básicamente en el supuesto mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, por ello muchos no dudan en respaldarla y entregar sus tierras, pero al poco tiempo son ellas mismas las que muestran su desaliento y rechazo por efectos dañinos que la actividad, otrora esperanzadora, les ocasiona. Sus tierras se ven rápidamente afectadas por la contaminación, el despojo por parte de las empresas mineras y el conflicto por el acceso al agua. También la falta del empleo prometido, la adquisición de insumos y productos fuera de la localidad y la elevación del costo de vida, no contribuyen al desarrollo de la zona minera. La mayoría de los pueblos y regiones con actividad minera se han empobrecido.

En cuanto a los problemas sociales que la minería trae consigo, se puede citar que tras de ella vienen los bares, las cantinas, las casa de cita, la delincuencia y la prostitución, ejemplos de los males que van de la mano con las actividades mineras, impactando negativamente en la cultura de los pueblos. Este es un pasivo que no tiene precio.

Si bien la actividad minera es importante por sus aportes a la economía local y nacional, al afectar negativamente a zonas de interés público y social como son las áreas protegidas estos aportes resultan negativos por los costos ambientales y los efectos sobre la biodiversidad que representan.

En Colombia han sido elevados al mayor nivel jerárquico de la normatividad los deberes y derechos del Estado y de los particulares con respecto al ambiente. Son más de cincuenta los artículos que se refieren en forma directa o indirecta al ambiente, a los recursos o riquezas naturales y a la calidad de vida.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALDANA DUQUE, H. (1986) "La Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública en Colombia" estudio publicado en la obra *La Responsabilidad de la Administración Pública, en Colombia- España-Francia e Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

CENSAT Aguaviva. Conflicto socio-ambientales por la extracción minera en Colombia. Casos de la inversión Británica. ISBN 978-958-97996-7-3. Bogotá. Enero 2010)

CENSAT Agua Viva. Agua o minería un debate nacional. ISBN 978-958-99801-2-5.
Bogotá. Abril 2011

Corte Constitucional Sentencia C-443 de 2009.

GORDILLO, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo - De la defensa del usuario y del administrado-* 1ª ed., Medellín, Fundación de derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica DIKE.

NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
Río de Janeiro. Junio 1992

Parlamento Europeo Resolución del 5 de mayo de 2010

Portafolio.co. jueves 19 de julio 2012

REPUBLICA DE COLOMBIA Constitución Política de Colombia.

REPUBLICA DE COLOMBIA Código Contencioso Administrativo

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 2372 de 2010

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 2820 de 2010

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 1753 de 1.994

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 2811 de 1974

REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 528 de 1964

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 685 de 2011

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 1450 de 2011

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 1382 de 2010

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 1333 de 2009

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 1159 2009

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 960 de 2005

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 629 2000

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 253 1996

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 306 de 1996

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 164 1994

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 165 de 1994

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 99 de 1993

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 29 de 1992

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 30 1990

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 106 de 1985

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 45 de 1983

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 17 de 1981

Revista Semana. Los efectos de la caída del Código Minero. 12 de Mayo de 2011. <<http://www.semana.com/nacion/efectos-caida-del-codigominero/156604-3.aspx>>

RODRIGUEZ R. L. (1996). *Derecho Administrativo General y Colombia*, 9ª edición Bogotá, Editorial TEMIS S.A.

RONDEROS, María Teresa. La fiebre minera se apoderó de Colombia. Revista Semana. 6 de septiembre de 2011. <<http://www.semana.com/nacion/fiebre-minera-apodero-colombia/163716-3.aspx>>

Resolución 918 de 2011

VALENCIA, Mario Alejandro. Colombia paraíso de las trasnacionales mineras. En: *Le Monde Diplomatique*, Bogotá: (Noviembre de 2010); p.4-5

VEDEL, G. (1980). *Derecho Administrativo*, 6ª ed.,. Madrid, Biblioteca jurídica Aguilar.