USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Iniciativa para la Conservación en la Amazonía Andina - ICAA

LA POLÍTICA MINERA, LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN LA AMAZONIA COLOMBIANA

INVESTIGACIÓN

Documento I

TROPENBOS INTERNATIONAL Colombia

CSF

patrimonio natural
Fondo para la Biodiversidad y Áreas Protegidas

Documento 1

Serie Coleccionable - Estrategia para el conocimiento y atención Integral de los Impactos Generados por la Minería en el Departamento del Amazonas.
Fondo Patrimonio Natural - IRG - ICAA.

La política minera, la protección ambiental y los derechos territoriales indígenas en la Amazonia colombiana[1]

Sebastián Rubiano
Tropenbos Internacional Colombia

Enero de 2016

Convenio ICAA - Tropenbos Internacional Colombia

Proyecto Documentación y monitoreos locales de las dinámicas e impactos culturales y ambientales de las actividades mineras en tres zonas de los ríos Caquetá y Putumayo en el departamento de Amazonas, Colombia – Convocatoria de investigación N° 010-A-2014 sobre aspectos clave para la Conservación en la Amazonia Andina del Programa de Donaciones de la Iniciativa para la Conservación de la Amazonia Andina (ICAA)

Editor General: Camilo Guio Rodríguez

Diagramación: Rodrigo Durán Bahamón

Corrección de estilo: Ángela Echeverry Atehortúa

Fotografía Portada: Sobrevuelo en el Parque Nacional Natural Serranía de Chiribiquete Alvaro Gaviria - Parques Nacionales Naturales de Colombia ©

Fotografía contraportada: Raudal Alto de Caño Mina - Reserva Nacional Natural Puinawai.
Rodrigo Durán Bahamón©

---

[1] Este documento es una versión resumida y actualizada del informe de consultoría presentado a la Red Jurídica Amazónica –RAMA– en 2013. Agradezco a Ramón Laborde, Marcela Jiménez, Sabina Rodríguez, Aída Sofía Rivera y Camilo Guío por sus comentarios y aportes a una versión previa del documento y a Gabriel Vanegas por su valiosa ayuda para la actualización de algunos apartes para la presente versión. Cualquier error o imprecisión es responsabilidad exclusiva del autor.

INVESTIGACIÓN

LA POLÍTICA MINERA, LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y LOS DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN LA AMAZONIA COLOMBIANA

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo del Pueblo de los Estados Unidos de América a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) bajo los Términos del Contrato No AID-EPP-I-00-04-00024-00. Las opiniones aquí expresadas son las del autor (es) y no reflejan necesariamente la opinión de USAID ni del Gobierno de los Estados Unidos.

Esta publicación ha sido producida por encargo de Engility / International Resources Group (IRG) y sus socios Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), Corporación de Gestión y Derecho Ambiental (ECOLEX), Social Impact (SI), Patrimonio Natural (PN) y Conservation Strategy Fund (CSF).

ABSTRACT

Title: Mining policy, environmental protection, and indigenous land rights in the Colombian Amazon

Abstract: The present report outlines the regulation of legal and illegal mining with emphasis on particularly relevant provisions for the Amazon region, especially the department of Amazonas. It also outlines the obligations framework for environmental protection and indigenous land rights in the Amazon, and then contrasts both regimes. The report concludes that the multiple tensions, challenges, and vacuums in these regulatory frameworks increase the vulnerability of the Amazonian landscape and its communities vis-à-vis legal and illegal mining. The document is intended as a basic guide for decision makers and a general audience interested in gold mining in the Amazon.

Keywords: mining policy, environmental policy, indigenous land rights, mining, Colombian Amazon

RESUMEN

Título: La política minera, la protección ambiental y los derechos territoriales indígenas en la Amazonia colombiana

Resumen: El presente informe describe la regulación de la minería -legal e ilegal- con énfasis en disposiciones de especial relevancia para la región amazónica, especialmente el departamento de Amazonas. También esboza el marco de las obligaciones de protección del medio ambiente y los derechos territoriales indígenas en la Amazonía, y luego contrasta ambos regímenes. El informe concluye que las múltiples tensiones, desafíos y vacíos en estos marcos regulatorios aumentan la vulnerabilidad del paisaje amazónico y sus comunidades de cara a la minería legal e ilegal. El documento pretende ser una guía básica para los tomadores de decisiones y el público en general interesado en la extracción de oro en la Amazonía.

Palabras clave: política minera, política ambiental, derechos territoriales indígenas, minería, Amazonia colombiana.

Selva y playa en el Río Puré.
Fotografía: Cristóbal von Rothkirch - Parques Nacionales Naturales de Colombia ©

1. Introducción

La Amazonia colombiana es una de las regiones del país con mayor diversidad cultural y biológica (Salazar et al. 2009). En el caso colombiano, esta diversidad ha estado protegida por una política de conservación y derechos territoriales que se destaca a nivel de América Latina por su garantismo (Rodríguez 2012). Esta política se ha traducido en la declaratoria de millones de hectáreas de resguardos indígenas y áreas protegidas en la región,[2] lo cual ha devenido en que casi el 66% del territorio amazónico esté por fuera del comercio. En virtud de esta política se han declarado 185 resguardos que ocupan 26,2 millones de hectáreas equivalentes al 54,18% del territorio amazónico. Asimismo, 17 de las 59 áreas protegidas nacionales del país (14 parques nacionales, 2 reservas naturales y un santuario de flora) están en la Amazonia y ocupan 8.344.411 hectáreas equivalentes al 17.27% del territorio amazónico y al 73% de las áreas protegidas terrestres nacionales. Igualmente, la Reserva Forestal de la Amazonia, creada por la Ley 2 de 1959, es otra categoría de manejo que cuenta con una superficie de 43.959.737 hectáreas, de las cuales se han sustraído 6.115.213. Entre todas estas categorías hay traslapes en 4 millones de hectáreas (CEPAL et al. 2012).

[2] Catorce parques nacionales naturales (Puracé, Cueva de los Guácharos, Amacayacu, Yaigojé-Apaporis, Rio Puré, Cahuinarí, La Paya, Serranía de Chiribiquete, Alto Fragua-Indi Wasi, Serranía de los Churumbelos, Cordillera de los Picachos, Tinigua, Sierra de la Macarena y Complejo Volcánico Doña Juana-Cascabel), dos Santuarios de flora y fauna (Isla de la Corota y Orito-Ingi Ande), dos Reservas Nacionales Naturales (Nukak y Puinawai), y 189 resguardos indígenas se encuentran en este territorio.

Río Apaporis - Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis
Fotografía: Rodrigo Durán Bahamón - Parques Nacionales Naturales de Colombia.©

A pesar de la protección que estas políticas proporcionan a la región, la Amazonia es un entorno extremadamente frágil y por lo tanto las intervenciones que en ella se hagan pueden llegar a tener graves consecuencias ambientales y sociales (Fundación Gaia Amazonas y Alisos 2012). La minería, por ejemplo, es una actividad que puede producir importantes impactos. En las últimas dos décadas, la industria minera se ha convertido en uno de los motores del modelo de desarrollo económico nacional. Esta apuesta se ha traducido en distintas normas y políticas que a menudo entran en tensión con distintas políticas ambientales y territoriales, lo cual es especialmente evidente en la Amazonia. Adicionalmente, el aumento de las actividades de minería ilegal en la región también ponen a prueba la consistencia y eficacia de las políticas de protección ambiental y de los derechos territoriales de las comunidades locales.

Este documento presenta un panorama general de las políticas y normas mineras y ambientales de especial relevancia para la Amazonia. El propósito del informe es reseñar la regulación de la minería -legal y sin título- para luego discutir en qué medida ésta es compatible o no con los estándares de protección de derechos territoriales indígenas en la región amazónica. Se espera que el documento sirva como herramienta de consulta para tomadores de decisión involucrados con la regulación de la minería y sus impactos sobre los territorios indígenas y las áreas protegidas de la Amazonia.

El informe se divide en cinco secciones. En primer lugar, se muestra un contexto general de la política y la legislación minera colombiana (1), haciendo énfasis en las disposiciones de esta normatividad que son particularmente relevantes para la región amazónica con especial énfasis en el departamento de Amazonas (2). Posteriormente presentamos el marco normativo de las obligaciones de protección ambiental de esta región (3) y de los derechos territoriales de las comunidades amazónicas (4), para luego terminar con un contraste entre ambos conjuntos de regulación: el minero, por un lado, y el de derechos territoriales y de conservación ambiental, por el otro (5). Concluimos que hay múltiples tensiones y vacíos normativos y de política que acrecientan la vulnerabilidad de la Amazonia y sus comunidades de cara a la minería legal e ilegal en la región.

1. La política minera en Colombia

En las últimas décadas la política y legislación minera ha sufrido múltiples reformas. En 1969 se expidió la Ley 20 de 1969, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos. Esta norma estableció la propiedad de todas las minas en cabeza de la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros (art. 1) y reconoció el carácter de utilidad pública e interés social de la actividad minera en todas sus ramas (art. 7). Posteriormente, en 1988 se expidió el Decreto 2655 de 1988 que derogó la citada Ley 20 y se constituyó como el primer Código de Minas formalmente establecido. Esta normatividad afirmó la propiedad de los recursos del subsuelo en cabeza del Estado y permitió la participación estatal en la minería bajo el sistema de los aportes. Sin embargo, el contexto político y macroeconómico de finales del siglo XX estuvo marcado por un giro hacia la liberalización y apertura económica de las economías del sur global. En este contexto, el Gobierno colombiano comenzó a hacer ajustes en el diseño institucional y en la normatividad para permitir y aumentar la entrada de capital privado en la minería.

Así, desde finales de los años ochenta se comenzó a reevaluar el papel que estaba jugando el Estado en la industria minera y se inició un proceso de reforma institucional tendiente a promover la inversión de capital privado. Como consecuencia, uno de los cambios más importantes fue la liquidación de las empresas mineras estatales. Hasta 2001, la política minera nacional contemplaba la participación del Estado en la industria. Sin embargo, la meta principal de la política minera del Gobierno en la década de los noventas viró para permitir el aumento del capital privado en la industria. Por ello, en 1997, el Ministerio de Minas y Energía celebró un convenio con el Canadian Energy Research Institute (CERI) y el gobierno canadiense con el objeto de reformar la legislación minera en el sentido de permitir mayor participación de empresas privadas en la minería (Fierro 2011: 37). El producto de esta colaboración fue un proyecto de ley que luego se convertiría en la Ley 685 de 2001. Este nuevo Código de Minas derogó el que se había expedido en 1988. Esta nueva legislación minera fue reconocida por el gremio minero como un gran avance en términos de seguridad jurídica, protección a los inversionistas y promoción del capital privado (Córdoba 2005).

Así, la nueva legislación minera de 2001 estableció que el Estado promocionaría y fiscalizaría la minería, pero no participaría de ella como extractor a través de empresas de capital público o mixto. Como consecuencia de este nuevo código, en 2004 el Gobierno decidió suprimir, disolver y liquidar la Empresa Nacional Minera Limitada, Minercol Ltda.,[3] decisión que estuvo precedida de discusiones en torno a la supuesta ineficiencia y corrupción de dicha empresa. En 2000, el Gobierno ya había vendido el 50% de la participación de la empresa Carbocol en el proyecto de Cerrejón Zona Norte en La Guajira y en 2003 ordenó su liquidación y supresión total.[4] Así pues, el Código de Minas de 2001 estableció que el rol del Estado en la minería

[3] Decreto 254 de 2004.

[4] Decreto 520 de 2003.

se reduciría a ser fiscalizador y gestor, y ya no participaría de la explotación. Este modelo de política minera fue reiterado por la Ley 1382 de 2010, la cual reformó algunos aspectos del Código de Minas, y por los decretos expedidos en los años siguientes a raíz de la declaratoria de inexequibilidad de esta ley por falta de consulta previa con los grupos étnicos del país.

Con este marco de política, Colombia se ha caracterizado dentro de la región por generar condiciones particularmente favorables para la inversión extranjera mediante la promoción del aumento de la tasa de retoma de las inversiones, teniendo como uno de sus principales objetivos atraer a la industria extractiva de recursos no renovables (Pardo 2011ª; Revenue Watch Institute 2011: 48). En consecuencia, el país ha experimentado un crecimiento de la industria minera y de hidrocarburos como resultado de la formulación de políticas públicas claramente encaminadas a hacer de este sector uno de los motores de la economía nacional. Es así como, para el 2011, Colombia poseía unas reservas probadas de petróleo que alcanzaban los 2000 millones de barriles, y al día de hoy aún ostenta el título de ser el principal productor de carbón de América Latina y el décimo a nivel mundial con un 88% de participación en la oferta regional, después de haber producido 86 millones de toneladas en el mismo año (Revenue Watch Institute 2011).

En 2009 el Gobierno expidió el Plan Nacional de Desarrollo Minero 2019, en el cual señaló que "en el año 2019 la industria minera colombiana será una de las más importantes de Latinoamérica y habrá ampliado significativamente su participación en la economía nacional" (UPME 2009). En 2010, el Plan Nacional de Desarrollo "Prosperidad para Todos" 2010-2014 declaró cinco sectores clave para el crecimiento y la generación de empleo en el país que denominó locomotoras del desarrollo, dentro de las cuales estaba la minero-energética. El sector minero-energético ha adquirido entonces gran importancia en el país, no solo por el estatus que se la ha dado como motor de crecimiento económico, sino también por las generosas condiciones establecidas en la legislación para atraer inversionistas extranjeros. Las metas del gobierno se han enfocado hacia el incremento de la producción de crudo, el aumento de las toneladas de carbón y oro y el incremento de la capacidad de generación eléctrica del país (DNP 2010).

El Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 insistió en que la minería es un pilar de la apuesta de desarrollo económico, de reducción de la pobreza y de construcción de paz en el eventual escenario del posconflicto. Para ello, este Plan se propuso aumentar las reservas minero-energéticas, fortalecer la institucionalidad del sector y mejorar la fiscalización minera. De igual manera, se fijó como meta central la "lucha contra la explotación ilícita de minerales, puesto que esta actividad constituye una fuente de problemas en la seguridad, en el medioambiente, en lo económico y lo social, y en la misma actividad minera legal por pérdida y deterior del recurso minero". Entre los esfuerzos que se proyectan está el control de los insumos como el mercurio, la cooperación internacional para la persecución de la minería en zonas de frontera, más programas de legalización, entre otras (DNP 2015: 192).

De igual forma, en 2014 la Unidad de Planeación Minero Energética del Ministerio de Minas expidió el Plan Nacional de Ordenamiento Minero a través

de la Resolución 256 de ese año. El Plan es un instrumento de política que establece principios, lineamientos y acciones para lograr un aprovechamiento ordenado y responsable de los recursos mineros. A pesar de su pretensión de servir como guía para el ordenamiento minero, el Plan es un instrumento indicativo en la medida en que "no pretende definir áreas en las que se puede o no se puede hacer minería sino que busca establecer condiciones y generar alertas tempranas para que la actividad minera se realice de manera social, técnica y ambientalmente responsable" (UPME 2014: 4). Igualmente, y como se verá más adelante, en los últimos años se han venido expidiendo instrumentos y normas para prevenir y controlar las actividades de minería ilegal en el país, actividades que han venido en aumento en distintas regiones, siendo una de ellas la Amazonia.

Marco constitucional y legal de la minería

Esta política minera se ha sustentado en el marco constitucional y legal minero. De acuerdo con el artículo 332 de la Constitución Política de 1991, el Estado es propietario eminente del subsuelo y de los recursos naturales no renovables en él contenidos, esto sin perjuicio de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes existentes. Asimismo, el artículo 360 delega en el Congreso la facultad de legislar acerca de las condiciones para la explotación de estos recursos y los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

Un aspecto a destacar es que el régimen jurídico colombiano distingue entre la propiedad del suelo y la propiedad del subsuelo. La propiedad del suelo se adquiere conforme a los modos señalados en el artículo 673 del Código Civil[5] y se perfecciona con la inscripción en el registro de instrumentos públicos del título traslaticio, aunque el suelo también puede ser de propiedad pública (bienes baldíos y fiscales) o colectiva (propiedad étnica colectiva como resguardos indígenas o territorios de afrodescendientes). Por su parte, la propiedad del subsuelo solamente está en cabeza del Estado y por eso sobre ella no operan los modos tradicionales de adquirir el dominio (Negrete 2013).

Estos postulados generales sobre la propiedad de los recursos del subsuelo y las actividades extractivas se enmarcan en un principio constitucional más general que es la libertad para la actividad económica y la iniciativa privada (artículo 333). Pero esta libertad no es absoluta; el Estado tiene el deber de dirigir la economía interviniendo, cuando sea necesario, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo y otros sectores, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (artículo 334). De igual forma, cualquier aprovechamiento de los recursos naturales causa una contraprestación económica a favor del Estado a título de regalía (artículo 361) y debe hacerse de forma planificada, sostenible y previniendo cualquier deterioro ambiental que ésta pueda generar (artículo 80).

A nivel legal, la actividad minera en Colombia se rige por el Código de Minas (Ley 685 de 2001), cuyo objetivo es fomentar la exploración técnica y la

[5] Estos son la tradición, la accesión, la ocupación y la sucesión por causa de muerte.

explotación racional de los recursos mineros de propiedad estatal y privada en un marco de desarrollo sostenible. El Estado, en cabeza de la Agencia Nacional de Minería y de algunas gobernaciones delegadas que ejercen como autoridad minera en sus jurisdicciones, funge como facilitador, promotor y fiscalizador de la industria minera autorizando la explotación de minerales a través de distintos instrumentos. Uno de ellos son los títulos mineros, que no son otra cosa que los contratos de concesión en virtud de los cuales el Estado otorga a un particular el derecho a explorar y explotar el subsuelo de la Nación, por cuenta y riesgo de este, a cambio de una contraprestación económica a título de regalía. Por tener una naturaleza especial derivada del carácter de dominio público que tienen los recursos naturales del subsuelo, los títulos mineros no otorgan al particular la propiedad sobre dichos recursos.

El Código Minero establece que las fases de la minería son prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales. La prospección es libre de permiso, pero el derecho a explorar los yacimientos mineros sólo se adquiere mediante una concesión minera e implica el pago de un canon superficiario. Para poder perfeccionar el derecho a explotar, el concesionario minero debe solicitar una licencia ambiental ante la autoridad ambiental competente, la cual evalúa el impacto ambiental del proyecto y decide si es viable o no.[7]

Un principio que rige la contratación minera es primero en el tiempo, primero en derecho: quien cumpla con los requisitos mínimos que establece la Ley 685, puede solicitar un título minero en una zona siempre y cuando esta no haya sido solicitada o titulada antes.[8] El área de concesión minera puede abarcar hasta 50 km2 (5.000 ha) en corrientes o cauces de aguas y hasta 100 km2 (10.000 ha) en otro tipo de terreno. La duración del contrato inicialmente es de 30 años -incluyendo tres años para exploración y tres para construcción y montaje- que puede prorrogarse hasta por 30 años más.

El artículo 13 del Código de Minas señala que la minería es una actividad de utilidad pública e interés social. Las autoridades mineras han interpretado esta cláusula como una preeminencia a priori de la extracción minera sobre otros usos del subsuelo –y del suelo– y también sobre la propiedad privada y los derechos individuales. Es lógico que para explotar el subsuelo se requiera el control del suelo, por lo que la legislación minera dispone mecanismos para garantizar este acceso cuando los yacimientos se encuentran en propiedad privada. Dos de esos mecanismos son la servidumbre, que es un derecho de paso sobre el predio, y la expropiación, que es una transferencia de una propiedad privada al patrimonio público por razones de utilidad pública con una justa indemnización.

[6] Las gobernaciones delegadas son Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander.

[7] Esto en los términos del Decreto 2041 de 2014.

[8] Estos requisitos habían sido endurecidos por la Ley 1382 de 2010. Esta norma fue declarada inexequible por la sentencia C-366 de la Corte Constitucional. El Decreto 935 de 2013 regula nuevamente los requisitos para presentar propuestas de contratos de concesión minera.

Raudal de Jirijirimo - Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis
Fotografía: Alvaro Gaviria - Parques Nacionales Naturales de Colombia.©

2. La política y legislación minera en el contexto de la Amazonia

Distintas disposiciones de la legislación minera son especialmente relevantes para el contexto de la Amazonia. A continuación abordamos seis de ellas: las zonas excluibles de la minería, los títulos mineros, las áreas estratégicas mineras, las zonas mineras indígenas, la regulación de la minería de hecho y la minería tradicional y la regulación del uso del mercurio.

Zonas excluibles de la minería

La primera figura son las zonas excluibles de la minería, que son aquellas en donde la prohibición de actividades mineras es absoluta. Pese a tener carácter de actividad de utilidad pública, la normatividad minera excluye de manera absoluta algunos ecosistemas estratégicos y áreas protegidas de la minería. El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 y los artículos 20, 172, 173 y 207 de la Ley 1753 de 2015 -Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018- contienen la lista de áreas excluibles de la minería: el sistema de parques nacionales naturales, los parques naturales regionales, las zonas de reserva forestal protectora, los ecosistemas de páramo, los sitios Ramsar, manglares, pastos marinos y arrecifes coralinos. Esta lista, sin embargo, no es taxativa ni exhaustiva. La Corte Constitucional ha dicho que las zonas de exclusión de la actividad minera no se limitan a las áreas que la legislación minera enlista, sino que pueden existir otras áreas que hayan sido declaradas o que puedan declaradas por las autoridades ambientales. Asimismo, declaró que "la autoridad minera tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, pero que este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión".[9] En este contexto cabe aclarar que los resguardos indígenas no son considerados áreas excluibles de la minería.

Un punto de inflexión reciente en la legislación minera fue la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010. Esta ley pretendía regular el aprovechamiento de recursos mineros de manera competitiva, facilitar y ampliar la inversión extranjera, formalizar las actividades mineras existentes, tecnificar las modalidades tradicionales y artesanales de explotación, entre otros fines. Incluso aumentó la lista de áreas excluibles del artículo 34 de la Ley 685 incluyendo a los páramos y humedales Ramsar como ecosistemas vedados para la minería. Sin embargo, la norma fue demandada ante la Corte Constitucional por no haber sido consultada con los grupos étnicos antes de su expedición. Basándose en el consenso que hay en el derecho internacional de los derechos humanos sobre la incidencia y afectación de la

[9] Corte Constitucional, sentencias C-339 de 2002 y C-449 de 2009.

Minería ilegal de oro en el río Caquetá
Fotografía: Archivo Tropenbos Colombia.©

exploración y explotación minera en los territorios indígenas y afrodescendientes, la Corte consideró que esta ley afectaba a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes por estar regulando materias que afectan o tienen la potencialidad de afectar sus derechos e intereses.

En la sentencia C-366 de mayo de 2011, la Corte declaró inexequible la Ley 1382 de 2010 y difirió los efectos de esta decisión hasta el día 10 de mayo de 2013. La razón de esto último fue la necesidad de mantener las salvaguardas ambientales que tenía la Ley 1382 –como la exclusión de los páramos y los humedales Ramsar de la minería– por dos años más, para que el Gobierno tuviera tiempo de presentar un nuevo proyecto de reforma, esta vez consultando con los grupos étnicos. Este proyecto nunca fue presentado al Congreso, por lo cual desde mayo de 2013 la regulación de la minería volvió a ser la de la Ley 685 de 2001. Algunos aspectos como la formalización minera y los requisitos de contratación fueron luego regulados vía decreto.[10] Otros temas como la exclusión de páramos, humedales y otros ecosistemas, se reprodujeron en la Ley 1450 de 2011.

De otra parte, la Ley 1753 de 2015 -Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018-, abrió la posibilidad de realizar actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables en áreas delimitadas como páramo, concretamente en aquellas que tenían un contrato y una licencia ambiental otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos (Artículo 173 Parágrafo 1). No obstante, esta facultad fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-035 de 2016, por considerar que esta potestad "desconoce el deber constitucional de proteger áreas de especial importancia ecológica, con lo cual pone en riesgo el acceso de toda la población al derecho fundamental al agua en condiciones de calidad." Así, las actividades mineras en zonas excluibles quedaron prohibidas aún cuando se hubieran concedido títulos en ellas de forma previa a este fallo.

Aparte de las zonas excluibles, la ley minera también fija unas áreas de minería restringida en las que la minería es posible pero bajo condiciones más exigentes, como las zonas de interés arqueológico, histórico o cultural, las playas, zonas de bajamar y trayectos fluviales, los perímetros urbanos, las áreas ocupadas por construcciones rurales (artículo 35 Código de Minas). En otras

[10] Decretos 933, 934 y 945 de 2013.

zonas, como las áreas de reserva forestal establecidas por la Ley 2 de 1959, se admite sustracción para actividades mineras siempre y cuando se tenga como parámetro el principio de precaución ambiental.[11] Los resguardos y territorios indígenas tampoco son considerados como áreas de minería restringida.

Solicitudes y títulos mineros

La segunda figura son los títulos mineros, los cuales fueron definidos en la primera sección del documento. En la Amazonia ha habido un aumento considerable de títulos mineros entre 2008 y 2015, aunque con variaciones subregionales. Lo anterior a pesar de que alrededor del 66% del territorio amazónico del país está declarado como área protegida o resguardo indígena. Los parques nacionales naturales y otras áreas protegidas que hay en la Amazonia –como las reservas forestales protectoras– son zonas excluibles de la minería según el Código de Minas; no obstante, como se anotó antes, los resguardos no gozan de la misma prerrogativa, por lo que cualquier tercero puede solicitar un título minero en un resguardo, siempre y cuando respete el derecho a la consulta previa. En otras palabras, sólo el 18% del territorio amazónico está declarado como área protegida de conservación y por ende es zona excluible de otorgamiento de títulos mineros.

Ahora bien, este panorama varía según cada departamento. Así por ejemplo, en el departamento de Amazonas existen 2'360.178,87 hectáreas constituidas como Parques Nacionales Naturales, 9'677.643,36 hectáreas declaradas como resguardos indígenas[12] y 9.691.841,17 hectáreas dentro de la Reserva Forestal de la Amazonía.[13] Cerca del 88% del departamento de Amazonas se encuentra bajo la figura de Resguardo Indígena, un 5.7% es Reserva Forestal por Ley 2 de 1959, un 17 % es Parques Nacionales Naturales y finalmente el área sustraída de la Reserva Forestal es de aproximadamente un 0.5 % (61.000 ha). Además, todas estas figuras están traslapadas en más de un 80% (Plan de Desarrollo Departamento del Amazonas 2012 – 2015). Así, sólo el 17% del departamento está excluido de la minería.

De cualquier manera, es importante anotar que ninguno de los títulos mineros otorgados en la Amazonia a la fecha cuenta con licencia ambiental, es decir, ninguno ha pasado de la fase de exploración a la de explotación todavía. Adicionalmente, en el caso del departamento de Amazonas, todas las actividades mineras carecen de título, por lo cual la regulación aplicable es sobre todo la de la minería sin título, que se abordará más adelante.

Áreas Mineras Estratégicas

La tercera figura son las áreas de reserva minera estratégica. Estas áreas son zonas del territorio delimitadas por la autoridad minera en la que no opera el principio de primero en el tiempo, primero en el derecho para la contratación minera (los particulares solicitan a la autoridad minera las concesiones), sino que es la Agencia Nacional de Minería la que mediante subasta pública puede

[11] Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002.

[12] Plan de Desarrollo Departamento del Amazonas 2012 – 2015.

[13] Resolución 1277 de 2014

adjudicar concesiones mineras a proponentes que ofrezcan las mejores condiciones técnicas y económicas para hacer extracción minera en dichas áreas. Esta figura está regulada por el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, el cual establece:

> *"Áreas de Reserva Estratégica Mineras: La Autoridad Minera Nacional determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales, con base en la información geocientífica disponible, podrá delimitar indefinidamente áreas especiales que se encuentren libres. Estas áreas serán objeto de evaluación sobre su potencial minero, para lo cual se deberán adelantar estudios geológicos mineros por parte del Servicio Geológico Colombiano y/o por terceros contratados por la Autoridad Minera Nacional. Con base en dicha evaluación, esta Autoridad seleccionará las áreas que presenten un alto potencial minero."*

En cumplimiento del mandato del primer inciso de este artículo, en la Resolución 180102 del 30 de enero de 2012, el Ministerio de Minas y Energía fijó la lista de los minerales estratégicos para el país, entre los cuales se cuentan oro, platino, cobre, minerales de fosfato, minerales de potasio, minerales de magnesio, carbón metalúrgico, uranio, hierro y minerales de coltán. De acuerdo con los estudios realizados por esa cartera, el nororiente de la Amazonia colombiana es una zona con un potencial minero estratégico. Como desarrollo de la política de aprovechar dicho potencial, en julio de 2012 la Agencia Nacional de Minería declaró un área minera estratégica de 17 millones de hectáreas en el nororiente de la Amazonia en los departamentos de Guainía, Guaviare, Vaupés y Amazonas. Esta medida fue parcialmente limitada por la Resolución 1518 de 2012 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la cual suspendió las sustracciones de la reserva forestal de la Amazonia para actividades mineras hasta tanto la reserva no se zonificara. En 2015 la Resolución 0045 fue demandada ante el Consejo de Estado, el cual suspendió provisionalmente esta norma por no haber sido consultada con las comunidades indígenas y porque suponer una "alta potencialidad de generar cambios y transformaciones notables en gran parte del territorio colombiano, de lo que se deduce que es necesario un estudio más acucioso y participativo para la expedición de ésas medidas".

En 2016, la Corte Constitucional declaró que el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015 era condicionalmente exequible en el entendido de que si la autoridad minera había declarado áreas de reserva minera con anterioridad a dicha sentencia, deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde se encuentran ubicadas con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera. No obstante, en la zona en la que se declaró el área estratégica minera del nororiente amazónico hay pocos municipios, por lo que esta concertación debería hacerse principalmente con las gobernaciones y con las autoridades indígenas de los resguardos. En cualquier caso, como la norma que declaró esta área se encuentra provisionalmente suspendida, puede que dicho proceso no se lleve a cabo. Sin embargo, es claro que este fallo va en consonancia con el auto del Consejo de Estado antes mencionado en materia del derecho a la participación.

[14] Corte Constitucional, sentencia C-036 de 2016.

Minería sobre el río Inírida
Fotografía: Rodrigo Durán Bahamón ©

Zonas mineras indígenas

En cuarto lugar, son especialmente relevantes la figura de las zonas mineras indígenas y del derecho de prelación consagrados en los artículos 122-129 del Código de Minas[15]. En virtud de estas figuras, las comunidades indígenas cuentan con un derecho de prelación para hacer minería en sus territorios, lo cual quiere decir que si un tercero está interesado en hacer minería en sus territorios, las comunidades tienen un derecho preferente para solicitar a la autoridad minera que sean ellas mismas quienes exploten los minerales en sus territorios. La forma que establece la ley minera para hacerlo es mediante una zona minera indígena. La autoridad minera, con base en estudios técnicos y sociales, puede declarar zonas mineras en los territorios indígenas del país. La declaratoria de zonas mineras indígenas puede hacerse de oficio o a solicitud de una comunidad. Una vez una comunidad indígena obtiene la declaratoria de una zona minera, debe sujetarse en adelante a las condiciones técnicas minero-ambientales que señala la ley para hacer la explotación de los minerales. Sin embargo, si las comunidades no inician la explotación minera en los primeros tres años después de haber solicitado la declaratoria de la zona minera, la autoridad minera queda facultada para otorgar concesiones mineras a cualquier tercero que esté interesado en explotar el territorio declarado como zona minera. La Corte Constitucional ha señalado que los procesos de declaratoria de este tipo de áreas deben hacerse en cumplimiento del derecho fundamental a la consulta previa.[16]

Cabe destacar que estas disposiciones deben interpretarse en conjunto con el artículo 34 del Código de Minas. Esto significa que si un territorio indígena está traslapado con alguna zona excluible de la minería -como un parque nacional natural- no puede ser objeto de declaratoria de una zona minera indígena en su interior. Quizás es por esta razón que en la Amazonia casi no hay zonas mineras indígenas, pues muchos territorios indígenas están traslapados con áreas protegidas o en zonas contiguas a estos. Con independencia de la razón, lo cierto es que en las últimas dos décadas sólo se han declarado dos zonas mineras indígenas en la Amazonia. La primera fue declarada en 1992 en el resguardo Remanso-Chorrobocón en el municipio de Puerto Inírida en el departamento de

[15] La figura, en todo caso, ya estaba regulada desde el Código de Minas de 1988.

[16] Corte Constitucional, sentencia C-036 de 2016.

Guainía, a solicitud de las comunidades Puinave y Curripaco que allí habitan.[17] Esta zona minera tiene extensión de 47.769 hectáreas. La segunda fue declarada en territorio de las comunidades de Tapurucuara, Querari y Uniq en el municipio Mitú en el departamento del Vaupés y tiene una extensión de 6.909 hectáreas.[18] Como se ha documentado en otros informes de esta serie, algunas comunidades en la zona del medio río Caquetá y del río Putumayo han intentado promover la declaratoria de una tercera zona minera indígena, pero la iniciativa no ha sido pacífica pues ha generado resistencia entre las autoridades tradicionales y muchas comunidades no tienen claridad sobre las implicaciones de la figura.

En la actualidad, algunas asociaciones indígenas del departamento han manifestado que las iniciativas de constituir nuevas zonas de minería indígena en la Amazonia constituyen una estrategia para asegurar que sean las comunidades quienes puedan explotar sus territorios antes que terceros o empresas privadas. Aunque esto es un punto de álgida discusión entre las comunidades, el impacto y los mensajes que las políticas mineras nacionales –como la de las áreas mineras estratégicas- pueden tener en los entornos locales y regionales del departamento es considerable. Sin embargo, la posición oficial de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana –OPIAC– es que no se desarrollen actividades mineras en la Amazonia colombiana.

[17] Resolución 32634 de 1992 del Ministerio de Minas y Energía.

[18] Resolución 181529 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía.

Minería sin título

En quinto lugar, las disposiciones que regulan los procesos de legalización de minería sin título son fundamentales en la Amazonia, sobre todo en el departamento de Amazonas donde no hay un solo título minero. En general, la legislación ha introducido distintas categorías para referirse a esta minería como minería de hecho, minería ilegal, minería informal, minería tradicional, pequeña minería y minería criminal. Enseguida reseñamos brevemente las definiciones legales de estas categorías, aunque como se ve en los demás informes de esta serie, en la práctica ha sido difícil catalogar las actividades mineras en la Amazonia con estas denominaciones, en buena parte por la falta de información, pero también por la injerencia de los grupos armados en la extracción minera en la región y por las particularidades en materia de ordenamiento territorial.

El Decreto 2636 de 1994 reglamentario del programa de legalización de la Ley 141 de 1994, definió a los explotadores mineros de hecho como "las personas que sin título minero vigente, lleven a cabo explotaciones de depósitos y yacimientos mineros". Sin embargo, desde el punto de vista jurídico no se distingue entre minería de hecho y minería ilegal, e indistintamente se las considera actividades mineras no inscritas en el Registro Minero Nacional y sin título minero. Pese a esto, desde el punto de vista social es preciso diferenciarlas, pues el concepto de minería de hecho "refleja de una mejor manera la realidad

social de las personas que ejercen esta actividad con cierto tiempo de antelación y como medio de subsistencia y que, en muchos casos, no han logrado regularizar o legalizar sus actividades debido a las dificultades en el cumplimiento de los requisitos exigidos por las autoridades mineras y ambientales para tal fin, aunado a los obstáculos tecnológicos, educativos y de distancias geográficas que deben suplir estas comunidades para tener acceso a la información" (Defensoría del Pueblo 2010).

En su artículo 107, la Ley 1450 de 2011 dispuso que es deber del Gobierno nacional implementar una estrategia para diferenciar la minería informal de la minería ilegal y fijó el deber de construir una estrategia que proteja los mineros informales, garantizando su mínimo vital y el desarrollo de actividades mineras u otras actividades que le garanticen una vida digna. En 2003 el Glosario Técnico Minero había definido la minería informal como aquella que está constituida por unidades de explotación pequeñas y medianas de propiedad individual y sin ningún tipo de registros contables. En el mismo sentido, la minería ilegal –catalogada también como una forma de minería artesanal e informal (Glosario Técnico Minero, 2003)– se define como aquella que se desarrolla al margen de la ley, sin el correspondiente título minero (Guiza 2013).

De otra parte, el concepto de minería tradicional fue introducido por la ley 1382 de 2010, entendiendo por esta definición aquella minería que realizan personas, grupos o comunidades que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional y que acrediten que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua durante cinco años a través de documentación comercial y técnica, y una existencia mínima de diez años anteriores a la vigencia de esta ley. Ante la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010 (Sentencia C-366 de 2011), se expidió el Decreto 933 de 2013, con el propósito de continuar con los procesos de formalización iniciados bajo la vigencia de dicha ley. El decreto 933 definió la minería tradicional como aquella que se ha ejercido desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001, en un área específica de forma continua o discontinua, por personas naturales o grupos de personas naturales o asociaciones sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, en yacimientos minerales de propiedad del Estado y que, por las características socioeconómicas de estas y la ubicación del yacimiento, constituyen para dichas comunidades la principal fuente de manutención y generación de ingresos, además de considerarse una fuente de abastecimiento regional de los minerales extraídos. Esta minería es también informal y puede ser objeto de los procesos de formalización a los que hacen referencia los artículos 31 y 257 de la Ley 685 de 2001, así como los programas de que trata el Capítulo XXIV de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas. Por lo anterior, se entiende que la minería tradicional es una forma de la minería informal (Art. 1). También se ha utilizado la categoría de pequeña minería, pero esta es una denominación sin implicaciones jurídicas (Guiza 2013a).[19]

[19]En cuanto al término de minería en pequeña escala o pequeña minería, la legislación minera vigente en Colombia no hace ningún tipo de discriminación o estratificación entre las diferentes escalas de explotación minera, por lo cual los mismos requisitos que deben cumplir las grandes concesiones mineras para obtener las correspondientes autorizaciones mineras y ambientales los debe cumplir el pequeño minero (Guiza 2013).

Otra normatividad importante es la que regula el uso de maquinarias en la minería sin título. El Artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 prohíbe en todo el territorio nacional la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional. Según el artículo 106 de esta ley, el incumplimiento de esta prohibición, "además de la acción penal correspondiente y sin perjuicio de otras medidas sancionatorias, dará lugar al decomiso de dichos bienes y a la imposición de una multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que impondrá la autoridad policiva correspondiente". Este artículo, junto con el artículo 6° de la Decisión número 774 del 30 de julio de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones, fueron reglamentados por el Decreto 2235 de 2012, norma que facultó a la Policía Nacional para destruir la maquinaria pesada (y sus partes) utilizada en actividades de exploración o explotación de minerales sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley.

El Código de Minas también reconoce el barequeo como una actividad minera sin título. Según el artículo 155, el barequeo consiste en el lavado de arenas por medio de técnicas manuales sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas. Para ejercer el barequeo es necesario inscribirse ante el alcalde del municipio en el que se realicen las actividades, o ante el propietario si la extracción se hace en predios privados. Este tipo de extracción está prohibida en las zonas excluidas de la minería del artículo 34 y en varias de las zonas de minería restringida del artículo 35 del Código de Minas, así como en las zonas concesionadas para minería legal y a 300 m de distancia de éstas. En la Amazonia las principales técnicas de extracción son las motobombas y las dragas, ambas usadas para la explotación del oro aluvial. En algunas regiones como el sur del Vaupés y el sur del Guainía se lleva a cabo minería de veta, pero en Putumayo, Caquetá y Amazonas la minería se realiza principalmente en depósitos aluviales con la maquinaria antes mencionada. Adicionalmente, el chatarreo –que consiste en el lavado de arenas desechadas- también es permitido como una forma de extracción minera sin título.

En todo caso, de manera genérica se puede decir que se trata de actividades mineras consideradas como explotaciones pequeñas y de poca profundidad[20], pues indistintamente de que no sean técnicamente artesanales ni tampoco tradicionales en los términos antes señalados, en el ordenamiento jurídico colombiano la pequeña minería puede ser considerada también como minería artesanal, ilegal, informal, de hecho, de subsistencia y tradicional (Güiza 2013). A pesar de ello, en la práctica la fuerza pública ha destruido maquinaria minera en la Amazonia por no reunir las condiciones de estas clasificaciones de la minería sin título o por estar asociada a grupos armados ilegales. En efecto, como se reporta en otros informes de esta serie, existen vínculos entre la minería sin título y los grupos armados al margen de la ley, por lo que las actividades mineras sin

[20] El Glosario Minero, adoptado mediante el Decreto 2191 de 2003 considera explotaciones pequeñas y de poca profundidad las que se realicen con herramientas e implementos simples de uso manual, accionados por la fuerza humana, y cuya cantidad extraída no sobrepase en ningún caso a las doscientas cincuenta (250) toneladas anuales de material.

Minería de aluvión en el Río Puré
Fotografía: Cristóbal von Rothkirch - Parques Nacionales Naturales de Colombia.©

título en el Amazonas en algunos casos se acercan a lo que el Gobierno ha llamado minería criminal. No obstante, es necesario contar con información empírica más detallada para dimensionar los desafíos de implementar las anteriores normas y así evitar el riesgo de criminalizar a personas y comunidades indígenas que no están vinculadas con grupos armados.

Recientemente se expidió el Decreto 276 de 2015, por medio del cual se creó el Registro Único de Comercializadores Mineros (RUCOM), el cual es una herramienta para rastrear la trazabilidad en la comercialización de los minerales y registrar a quienes comercian con estos como un mecanismo para combatir la procedencia ilícita de los recursos mineros. El Decreto 276 define conceptos como titular minero en etapa de explotación, comercializador autorizado de minerales y explotador minero autorizado. En esta última categoría están incluidos los solicitantes del programa de formalización, los beneficiarios de reservas de área especial, subcontratistas de formalización minera, barequeros, chatarreros, entre otros, quienes están eximidos de inscribirse en el RUCOM, el cual está dirigido principalmente a los comercializadores.

Regulación del mercurio

La sexta disposición de la regulación minera especialmente relevante en el contexto de la Amazonia es la Ley 1658 de 2013 o Ley del Mercurio, que es la primera norma nacional que reglamentó el uso, transporte y comercialización del mercurio y que además establece incentivos para su eliminación y reducción. Como se ha documentado en otros informes de esta serie, todas las actividades mineras presentes en la región amazónica carecen de título minero y muchas de ellas emplean métodos de extracción que implican el uso de sustancias altamente contaminantes como el cianuro o el mercurio (Rodríguez y Rubiano 2016). La Ley 1658 se propone eliminar el uso del mercurio en todo el territorio nacional para el año 2018, lo cual incluye a la industria minera, sobre todo aquella que se realiza informalmente, como la que se hace en la Amazonia. De acuerdo con esta ley, el Gobierno deberá elaborar un Plan Único de Mercurio con dimensiones sectoriales e interministeriales. Actualmente este plan y sus componentes se encuentran en construcción.

De igual forma, en 2013, Colombia firmó el Convenio de Minamata sobre mercurio, el cual apunta a reducir y eliminar progresivamente el uso de mercurio en distintas industrias y actividades. La pequeña minería artesanal de oro es una de las actividades priorizadas por el Proyecto Global de Mercurio del Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente –PNUMA– y por el Convenio de Minamata. Actualmente el país avanza hacia la ratificación del Convenio. El Convenio se refiere a la minería artesanal y de pequeña escala ("artisanal and small-scale gold mining")[21], pero aún hay dudas sobre cómo debería

[21] Convenio de Minamata sobre Mercurio (2013), artículo 7.

Colombia cumplir con este compromiso internacional, pues a pesar de la normatividad antes explicada, en el país no hay consenso jurídico ni político sobre quiénes hacen parte del llamado sector de la minería ilegal, informal y tradicional. Tampoco hay consenso entre la ley y las asociaciones y federaciones de mineros sobre el nivel de mecanización que se requiere para ser considerado minero artesanal (Urán 2013).

***

En principio, todo este marco regulatorio de la minería debe interpretarse de forma conjunta y armónica con los derechos territoriales de las comunidades amazónicas y de las obligaciones de protección ambiental del Estado con respecto a esta región, los cuales se exponen a continuación en las secciones 3 y 4. No obstante, como se verá, existen tensiones y contradicciones entre estos marcos regulatorios, así como algunos vacíos.

3. Las políticas y normas para la protección de la Amazonia

Acuerdos y tratados internacionales de especial relevancia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional han destacado la especial relación de las comunidades indígenas con sus tierras y sus recursos. Como lo ha señalado la Corte IDH, el ejercicio de los derechos territoriales de las comunidades indígenas está íntimamente asociado a la conservación del ambiente, el agua y los recursos naturales en general. De ahí que el derecho al territorio y a los recursos esté consagrado en el instrumento más garantista de protección de derechos indígenas, que es la Declaración Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), la cual fue suscrita por Colombia. Por esta razón, al analizar el impacto de la minería sobre los derechos territoriales de los indígenas, es pertinente tener en cuenta las obligaciones internacionales y nacionales del Estado colombiano con respecto a la protección del ambiente, la biodiversidad y los recursos naturales, muchas de las cuales son relevantes para la biorregión amazónica y, como se mostrará en el siguiente acápite, tienden además a entrar en tensión con la normatividad minera.

En el ámbito de los compromisos internacionales, hay varios instrumentos que obligan al Estado colombiano, pero aquí se destacarán sólo los más importantes y directamente relevantes para la Amazonia.

Colombia suscribió la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de 1992, la cual contiene una serie de principios para guiar el proceso de desarrollo sostenible, entre los cuales se destacan los que consagran la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales (2), la obligación de desarrollarse considerando las necesidades de las generaciones futuras (3), la participación y el acceso a la información en la toma de decisiones que afecten el ambiente (10), el principio de precaución como guía de las políticas y normas ambientales (15), la obligación de hacer estudios de impacto ambiental (17), entre otros. Si bien la Declaración de Río hace parte del llamado derecho blando (soft law) y por ende no es vinculante en principio, Colombia incluyó los principios de Río en la Ley 99 de 1993 y los designó como rectores de la política ambiental del país. Esta

Cerro Mono en el río Inírida
Fotografía: Rodrigo Durán Bahamón ©

ley reglamenta la estructura del Sistema Nacional Ambiental (Y creó por primera vez el Ministerio de Ambiente). La Ley 99 incorporó al orden interno los principios de la Declaración de Río como pautas rectoras de la política ambiental de país.[22]

El Estado colombiano también hace parte del Convenio de Diversidad Biológica (1993), instrumento que tiene como fines 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. Como parte de las obligaciones del Convenio relativas a las medidas conservación de biodiversidad in situ, Colombia cuenta con un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, 17 de las cuales están en la región amazónica. En cumplimiento de las obligaciones del Convenio, recientemente también se ha impulsado una Estrategia a 2020 y un Plan Nacional de Biodiversidad. Asimismo, en 2012 se adoptó una nueva Política para la Gestión Integral de la Biodiversidad y los Servicios Ecosistémicos, que articula las dinámicas del país con las Metas Aichi 2011-2020, aprobadas en la Conferencia de las Partes del Convenio de 2010 en Nagoya y que apuntan a materializar los objetivos del mismo.

El país es igualmente parte de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, del Protocolo de Kyoto y del Acuerdo de París en virtud de lo cual se ha obligado no a reducir pero sí a limitar sus emisiones de gases efecto invernadero y a tomar medidas de adaptación para reducir la vulnerabilidad al cambio climático.[23] Estas obligaciones son especialmente relevantes para la Amazonia, pues dada su condición de bioma regulador del clima global, ha sido identificada como uno de los puntos críticos para el mantenimiento de la estabilidad climática planetaria (Poveda 2010).

Asimismo, el país es parte de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), suscrito en 1978 junto con Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela con el fin de promover acciones conjuntas para el desarrollo armónico de la cuenca amazónica, así como para la preservación del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales de la

[22] Esto fue confirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2002.

[23] Los Estados parte de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático están divididos de acuerdo con sus obligaciones. Los países del Anexo I son los Estados desarrollados que tienen obligaciones de reducción de emisiones, mientras que los países no Anexo I son los Estados en vías de desarrollo que sólo tienen obligaciones de adaptación. Colombia hace parte de los países no Anexo I.

Río Inírida
Fotografía: Rodrigo Durán Bahamón ©

de la región. En el marco de la OTCA existe una agenda de trabajo frente al tema de minería, aunque está centrada en el aspecto de seguridad y defensa asociado a esta actividad. Lo mismo ocurre en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la cual ha expedido medidas regulando asuntos como los protocolos para la destrucción de maquinaria pesada destinada a la minería ilegal.

Otro instrumento clave para la Amazonia del que es parte Colombia es la Convención de Naciones Unidas contra la Desertificación. Por ser parte de este tratado, el Estado se obliga a preparar y ejecutar programas de acción destinados a prevenir la degradación de las tierras, luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía, especialmente en las zonas subhúmedas secas, semiáridas y áridas. Esto debe hacerse con participación popular y asistiendo a las poblaciones locales para que se ayuden a sí mismas a fin de prevenir y revertir la tendencia al empobrecimiento de la tierra. La Orinoquia y la región del noroccidente amazónico son vulnerables a procesos de desertificación por deforestación, por lo cual este instrumento es fundamental para el fenómeno de la minería en la Amazonia, ya que la pérdida de cobertura boscosa es uno de los impactos de esta actividad extractivas (Ministerio de Ambiente 2007).

Finalmente, vale la pena mencionar la Convención de Ramsar sobre protección de humedales para la avifauna, la cual sirve como marco para la acción nacional y la cooperación internacional en pro de la conservación y el uso racional de los humedales y sus recursos y de la cual es parte el Estado colombiano. Bajo esta convención, los Estados pueden incluir sitios en la lista Ramsar de humedales de importancia internacional. La definición de humedal es amplia, pues se admite que se declaren sitios como humedales, pantanos, marismas, lagos, ríos, pastizales húmedos y turberas, oasis, estuarios, deltas y bajos de marea, zonas marinas próximas a las costas, manglares y arrecifes de coral, así como sitios artificiales tales como estanques piscícolas, arrozales y embalses Al incluir un sitio en la lista, los Estados se comprometen a conservarlos y a desarrollar acciones nacionales y locales para asegurar su desarrollo sostenible. En Colombia se han declarado seis sitios Ramsar, los cuales suman una extensión de 713.000 hectáreas.[24]

La Constitución Ecológica y el Sistema Nacional Ambiental en el Amazonas

Buena parte de estos compromisos internacionales con la protección del ambiente, en general, y con la Amazonia, en particular, se han desarrollado a nivel doméstico. La Constitución de 1991 incorpora una serie de cláusulas relativas a la protección y conservación del ambiente y los recursos naturales. La Carta dice que proteger las riquezas

[24] Corresponden al sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, en la Ciénaga Grande de Santa Marta; La Laguna de la Cocha en Pasto, Nariño; el Delta del Río Baudó, en el sur del Chocó; el complejo de Humedales Laguna del Otún; el sistema lacustre de Chingaza, y la Estrella Fluvial del Inírida.

culturales y naturales de la Nación es obligación del Estado y de las personas (artículos 8 y 95-8). La Corte Constitucional ha dicho que este deber del Estado de protección del ambiente se concreta de dos formas. Por un lado, se concreta con la obligación de planificar el manejo de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (artículo 80). Por el otro, se materializa en la consagración de acciones judiciales para la defensa del ambiente y de sanciones penales, civiles y administrativas por daños al mismo.[25] En la Constitución también se establecen otras disposiciones en materia ambiental, como las obligaciones estatales de garantizar el servicio público de saneamiento ambiental (49 y 366), promover educación ambiental (67), conservar las áreas de especial importancia ecológica (80) y garantizar el derecho al ambiente sano (79), así como las competencias ambientales de las entidades territoriales (300, 313) y los organismos autónomos (268, 277) y el régimen de autonomía de las corporaciones autónomas regionales (150), que son las principales autoridades ambientales a nivel regional.

Dos disposiciones muy importantes para el tema de la minería en la Amazonia tienen que ver con la función ecológica de la propiedad y la exclusión del comercio de algunos bienes. La primera está consagrada en el artículo 58, el cual dice que la propiedad privada debe cumplir con una función ecológica, en el sentido de que el ejercicio de dicha propiedad no es un derecho absoluto del cual se pueda abusar en contra de la preservación del ambiente.[26] La segunda es la calificación de los bienes de uso público, los parques nacionales y los territorios étnicos como imprescriptibles, inembargables e inajenables. Estos bienes se excluyen del comercio, pues deben protegerse por razones ambientales, culturales o sociales. Adicionalmente, como se anotó antes, la Constitución también señala que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables que este contiene, sin perjuicio de los derechos adquiridos (332), y que es su deber regular las condiciones para la explotación de estos recursos, así como sobre los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos (360). Finalmente, en la Carta Política también se consagra que el principio de desarrollo sostenible debe guiar el proceso de desarrollo económico (80) y que el medio ambiente es un límite a la libertad económica y la iniciativa privada (333).

Estas obligaciones constitucionales han tenido un desarrollo a nivel legal. El Decreto ley 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales), que fue la primera norma nacional sistemática y organizada destinada a la protección ambiental, ya contenía una serie de obligaciones de protección a recursos naturales como el agua, la fauna, el aire y los bosques. Posteriormente, la Ley 99 de 1993 creó el Sistema Nacional Ambiental así como el Ministerio de Medio Ambiente (hoy de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Otras normas, como la Ley 2 de 1959 (que creó las cinco grandes zonas de reserva forestal del país); el Decreto 2041 de 2014 sobre licencias ambientales; el Decreto 2372 de 2010 sobre el Sistema Nacional de Áreas Protegidas; la Ley 1658 de 2013 sobre la eliminación del mercurio en la minería y todas las industrias, y la Ley 1333 de

[25] Corte Constitucional, sentencias C-423 de 1994 y C-596 de 1998.

[26] Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998.

2009 sobre el régimen sancionatorio ambiental, materializan obligaciones constitucionales en materia ambiental como la planificación ambiental, el deber de investigar y sancionar los daños ambientales, y el ordenamiento ambiental del territorio, entre otras.

Desde el punto de vista del arreglo institucional, la Ley 99 de 1993 también creó el Sistema Nacional Ambiental (SINA), del cual hacen parte las autoridades ambientales del país como el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las corporaciones autónomas regionales, las entidades territoriales, los institutos de investigación adscritos y vinculados al Ministerio, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales. En la Amazonia tienen jurisdicción la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia -Corpoamazonia- y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA.

En un fallo del año 2012, la Corte Constitucional determinó que las autoridades indígenas tienen funciones de autoridades ambientales en sus territorios y por ende las autoridades estatales del SINA deben coordinar su actuación con las primeras.[27] Sin embargo, como se verá más adelante, esto no se ha reglamentado y es difícil de implementar en parte por la ausencia de una regulación de las entidades territoriales indígenas (ETI).

La zona de reserva forestal de la Amazonia

Una de las normas más importantes de protección ambiental de la Amazonia en relación con la minería es la Resolución 1518 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la cual declara que no se aceptarán solicitudes de sustracción de la Reserva forestal de la Amazonia que tengan como fin el desarrollo de proyectos mineros, hasta tanto ese ministerio ordene y zonifique la reserva de acuerdo con los estudios técnicos necesarios. Esta norma se fundamentó en el principio de precaución ambiental, dado que la expansión de la minería sobre la Amazonia es un fenómeno que cumple con los requisitos para que se aplique este principio: 1) hay un peligro de daño grave e irreversible; 2) hay un principio de certeza científica de los daños que la minería podría causar, y 3) la autoridad está tomando una decisión encaminada a la protección del ambiente.[28] El resultado del proceso de zonificación, el cual está en marcha, determinará el alcance de la minería de la Amazonia.

En el año 2014 el Ministerio, con fundamento en los estudios realizados por el Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas Sinchi, expidió la Resolución 1277, mediante la cual se adoptó la zonificación y el ordenamiento de la Reserva Forestal de la Amazonia, establecida en la Ley 2ª de 1959, en los departamentos de Amazonas, Cauca, Guainía, Putumayo y Vaupés en tipos de zonas A y B.[29] No obstante, la zonificación no se hizo en las áreas pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas

[27] Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2012.

[28] Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2002.

[29] De acuerdo con esta resolución, las zonas tipo "A" son aquellas que garantizan el mantenimiento de los procesos ecológicos básicos necesarios para asegurar la oferta de servicios ecosistémicos relacionados principalmente con la regulación hídrica y climática; la asimilación de contaminantes del aire y del agua; la formación y protección del suelo; la protección de paisajes singulares y de

Protegidas -SINAP ni en los territorios indígenas traslapados con buena parte de la reserva de Ley 2a.

Así, para la Amazonía en lo relativo a las zonas tipo "A" se zonificó en el departamento del Amazonas una extensión aproximada de 509.924,52 hectáreas que corresponden al 27,33% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia en el departamento; en el Guainía una extensión aproximada de 519.693,46 hectáreas que corresponden al 27,86% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia en el departamento; en el Putumayo, un área aproximada de 25.319 hectáreas que corresponden al 17,23% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia departamental; y en el Vaupés, una extensión aproximada de 586.016,68 hectáreas que corresponden al 31,41% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia en el departamento.

Con respecto a las zonas tipo "B", en el departamento de Amazonas se zonificó una extensión aproximada de 210.093,07 hectáreas que corresponden al 11,26% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia en el departamento; en el Guainía, una extensión aproximada de 23.523,82 hectáreas que corresponden al 1,26% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia departamental; en Putumayo, aproximadamente 107.191,92 hectáreas que corresponden al 72,93% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia en el departamento; en el Vaupés, una extensión aproximada de 10.369,70 hectáreas que corresponden al 0,55% del área de la Reserva Forestal de la Amazonia departamental.

La zonificación que hizo estas dos resoluciones no tiene sustento legal claro, pues se basa en categorías –A, B y C- que no están ni en la Ley 2 de 1959, ni en el Código de Recursos Naturales de 1974, ni en ninguna otra norma. Además, a pesar de no zonificar toda el área de la reserva forestal como lo exigía la Resolución 1518, el Ministerio levantó la prohibición de sustraer en toda la reserva dejando desprotegida una buena parte del territorio amazónico, incluyendo los resguardos indígenas no traslapados con áreas del sistema de parques nacionales. Igualmente, los estudios que justificaron la zonificación se hicieron en 2009 y 2010 antes de que se expidiera la Resolución 1518 y sin considerar los riesgos de la minería sobre la región. Con estas decisiones, el Ministerio violó el principio de precaución y ordenó apenas el 10% del territorio de la reserva forestal de la Amazonia (Rodríguez y Baquero 2014).

4 . La protección jurídica de los derechos territoriales indígenas en la Amazonia

La Constitución de 1991 reconoció por primera vez a Colombia como una Nación pluriétnica y multicultural y consagró una serie de derechos territoriales y de autogobierno en cabeza de las comunidades étnicas.[30] La autonomía territorial y política (art.286, 287, 288, 290, 321 y 329), la jurisdicción indígena (art. 246), los derechos

patrimonio cultural; y el soporte a la diversidad biológica. Y las zonas tipo "B" se caracterizan por tener coberturas favorables para un manejo sostenible del recurso forestal mediante un enfoque de ordenación forestal integral y la gestión integral de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos.

[30]Las minorías étnicas en Colombia son los pueblos indígenas, las comunidades negras, los gitanos o Rrom y los raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia. Aunque hay presencia de personas y comunidades negras en la Amazonia, esta es minoritaria y no hay ningún territorio colectivo afrocolombiano en la región. La Amazonia es territorio mayoritariamente indígena.

Espacio de discusión de autoridades indígenas en la maloka.
Fotografía: Edgar Castro Aguilera - Parques Nacionales Naturales de Colombia.

lingüísticos (art. 10), la etno-educación (art. 68) y la consulta previa (art. 330) son algunos de los principales reconocimientos. A esta serie de derechos constitucionales se suman las disposiciones del Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por Colombia por medio de la Ley 21 de 1991, que hace parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto tiene el mismo valor jurídico que la propia Constitución. Derechos como dictarse sus propias formas de vida (Art.4), el derecho al territorio y a la relación especial que tienen los pueblos indígenas con el mismo (Art.13), utilizar, administrar y conservar los recursos naturales que se encuentran en sus territorios ancestrales (Art.15) hacen parte del Convenio 169. De este amplio marco constitucional se desprende un importante desarrollo legislativo y jurisprudencial en materia de protección y reconocimiento de los derechos de las comunidades étnicas que ha permitido avanzar en la construcción de un Estado culturalmente diverso y con autonomía de sus pueblos indígenas.

A continuación se presentan los principales desarrollos de tres temas sobre derechos territoriales para las comunidades indígenas colombianas, los cuales han sido especialmente notables en la Amazonia y son relevantes para el tema minero: la gobernanza y autonomía territorial, la consulta previa y el derecho a no ser desplazado y el derecho a la reparación para las víctimas del conflicto.

Gobernanza local y autonomía territorial

El derecho al territorio está íntimamente asociado a los derechos a la autonomía, al desarrollo propio y a las tierras y recursos. Estos derechos han sido reconocidos en múltiples instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, el Convenio 169 de la OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 1 y 27) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5 d). La Constitución de 1991 y la Ley 21 de 1991 materializaron derechos territoriales para las comunidades indígenas a través de distintas disposiciones.

Una de las figuras más importantes que ha permitido avanzar en la materialización de la gobernanza local ha sido el reconocimiento de los resguardos indígenas como parte de los derechos de autogobierno y el derecho a un territorio colectivo. Si bien la figura del resguardo es previa a la Constitución de 1991, e incluso tiene su origen en leyes de la época colonial, la Constitución reforzó su estatus. El artículo 329 establece que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable y el artículo 63 les otorga, junto a los parques nacionales naturales, los bienes de uso público y el patrimonio arqueológico de la Nación, el carácter de bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables, y por lo tanto quedan fuera de

cualquier transacción comercial. Estas características hacen de los resguardos una importante figura de protección de los territorios de las comunidades indígenas, pues a pesar de que la Corte Constitucional ha aclarado que el derecho al territorio es mucho más amplio y no requiere de la formalidad del título para protegerse,[31] en la práctica, su reconocimiento formal ha representado una mayor garantía.

A pesar de que los resguardos materializan el reconocimiento del derecho colectivo al territorio, su existencia no implica una forma de organización político-administrativa determinada. Por lo tanto, la titulación de la tierra per se no configura una entidad territorial del nivel local que otorgue funciones de autoridades públicas a las comunidades indígenas. La Constitución reconoció el derecho a la autonomía y autogobierno de las comunidades indígenas a través de sus propias autoridades e instituciones, con lo cual buscaba hacer coincidir el territorio y la organización sociocultural con la estructura político-administrativa por medio de las Entidades Territoriales Indígenas –ETI- (Art. 329). Así, pretendió instaurar un nuevo régimen territorial en el que los territorios indígenas adquirirían el carácter de entidades territoriales del nivel local, quedando al mismo nivel de los municipios y distritos.

No obstante, esta disposición constitucional quedó pendiente para su posterior reglamentación por medio de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial –LOOT-, que después de más de 20 años de espera fue finalmente expedida en el 2012 (Ley 1454 de ese año). Sin embargo, la LOOT de 2012 no reglamentó las ETI. Este vacío normativo ha imposibilitado una efectiva materialización de la autonomía y el autogobierno de las comunidades étnicas, pues las autoridades indígenas deben lidiar con las otras figuras de organización político-administrativas del territorio como las gobernaciones, que si bien son autoridades del nivel regional, han asumido funciones de los municipios -autoridades del nivel local- en el manejo de los recursos de transferencia, e incluso en algunos casos en el ordenamiento del territorio. Es así como se reconoce el territorio por medio del resguardo, pero no hay reglas claras de cómo funcionan estos resguardos en términos político-administrativos en el nivel nacional, regional y local.

Este vacío político administrativo es especialmente crítico en la región amazónica del país, pues justamente en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés no se han creado entidades territoriales del nivel local (municipios o distritos) en el 93%, 83% y 44% de cada departamento respectivamente. Esto tiene que ver con que el hecho de que antes de 1991 la región amazónica era parte de los llamados territorios nacionales, los cuales eran zonas del territorio administradas por el Gobierno nacional a través de gobernadores o corregidores designados. Salvo los centros urbanos y político-administrativos –las capitales de los departamentos amazónicos como Leticia, Mitú, Inírida, por ejemplo- buena parte del territorio amazónico ha permanecido ordenado bajo la categoría de corregimientos departamentales, a pesar de que la Corte Constitucional haya declara-

[31] Sobre la definición de territorio, ver Corte Constitucional, sentencia T-547 de 2010. Ver también Corte IDH, Casos Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), Yakye Axa vs. Paraguay (2004), Moiwana vs. Surinam (2005)Saramaka vs. Surinam (2007), Sarayaku vs. Ecuador (2012).

do inconstitucional esta figura desde el 2001 (C-141 de 2001), y en reiteradas ocasiones haya exhortado al Congreso y al gobierno a reglamentar la materia.[32]

Además, puesto que en la década de 1980 hubo un aumento en la declaratoria de resguardos en la región amazónica, muchos de estos territorios han permanecido como corregimientos a la espera de ser declarados como ETI en el futuro. Por lo anterior, el manejo de los recursos de transferencias y la relación con los gobiernos departamental y nacional por parte de las comunidades indígenas amazónicas ha enfrentado mayores dificultades que en el resto del país, pues las funciones del nivel local recaen hoy en día en el nivel departamental creando múltiples dificultades prácticas de gestión pública en zonas apartadas sin un gobierno local autónomo como es el caso de los corregimientos.

Sin embargo, eso no quiere decir que en dichos territorios no haya autoridad; por el contrario, están gobernados por sus respectivos cabildos o autoridades indígenas que se han agrupado bajo la figura de Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas – en adelante AATI– creadas y reglamentadas por el Decreto Ley 1088 de 1993. En su momento, este Decreto fue expedido como una regulación transitoria a la espera de la futura reglamentación de las ETI en la LOOT, pero en la práctica ha sido asumida como una regulación permanente, pues a la fecha de hoy las ETI siguen sin reglamentarse. El Decreto 1088 le confiere a las AATI,[33] el carácter de entidades públicas especiales con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuesto propio, en un intento por parte del gobierno de llenar ese vacío político-administrativo y permitir que fueran las propias comunidades las que administraran sus territorios. Esta normatividad tiene sustento jurídico en el artículo 56 transitorio de la Constitución, que establece que mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329 (LOOT) que reglamentará las ETI, el gobierno "podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales".

El Decreto 1088 señala que los cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas "en representación de sus respectivos territorios indígenas" podrán conformar asociaciones de autoridades indígenas. Nótese que lo hacen en representación de sus territorios y que la norma utilizó esta expresión y no la de resguardos indígenas. Lo anterior, leído a la luz del artículo 56 transitorio que lo fundamenta y que se relaciona en los considerandos del Decreto, permite inferir que se les quiso dar a través de esta figura una posibilidad de actuación político-administrativa mayor y de coordinación más expedita con las demás entidades territoriales, y que dicha posibilidad de actuación reconoce la injerencia de las comunidades indígenas en áreas que aunque no se encuentren ocupadas en forma regular y permanente, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas, sociales y culturales.

[32] Una vez expedida la LOOT, la Corte, en la sentencia C-489 de 2012, reiteró que persiste este vacío que debe ser reglamentado por el Congreso de la República.

[33] La Corte Constitucional, en la sentencia SU 383 de 2003 referencia a las AATIS como "autoridades de carácter público especial, con capacidad para la definición, ejecución y seguimiento de los planes, proyectos y programas que promueven el desarrollo integral de las comunidades asociadas".

De este modo, las AATI han adquirido una gran relevancia en el contexto amazónico. Esta figura les ha permitido a las comunidades indígenas establecer diálogos con los gobiernos departamentales, como es el caso de la Mesa Permanente de Coordinación Interadministrativa del departamento de Amazonas que reúne a las 11 AATI del departamento con la gobernación y las autoridades ambientales[34] en un espacio de diálogo y concertación. La Mesa ha sido un espacio que le ha permitido a las AATI lograr importantes acuerdos en materia de educación, salud y territorio. Hoy en día, las comunidades indígenas de la Amazonia diseñan sus propios currículos educativos y contratan a los profesores directamente, lo que les permite elegir cómo enseñar y definir un sistema educativo que responda a sus prioridades culturales (Preciado 2007). Es de resaltar que a pesar de que la Mesa se ha constituido en un espacio importante de diálogo entre las comunidades indígenas y las autoridades del nivel regional que ha logrado importantes acuerdos en pro de la autonomía de las comunidades indígenas en materia de salud, educación y ordenamiento territorial, aún hace falta la creación de las ETI como mecanismo que empodere a las comunidades y les otorgue mayor autonomía como verdaderas autoridades del nivel local.

En el contexto de una región como la amazónica, con una creciente presión por la extracción de los recursos mineros, la existencia de autoridades indígenas con funciones claras frente a la participación de las decisiones que se tomen en sus territorios es fundamental. Adicionalmente, de acuerdo con los estándares internacionales, la autonomía de las comunidades y su efectiva participación en la toma de decisiones que las afectan es un derecho que no puede ser negado. Recientemente se expidió el Decreto 1953 de 2014[35] que reglamenta algunos aspectos del funcionamiento de los territorios indígenas como entidades territoriales autónomas, pero esta regulación es aún parcial. En la actualidad, ninguna de las AATI en la región amazónica ha iniciado el tránsito hacia los requisitos del Decreto 1953. En cualquier caso, esta norma no regula todos los aspectos propios de una entidad territorial y, como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-617 de 2015,[36] es un instrumento de tipo transitorio y no reemplaza el deber Congreso de expedir una ley que regule las ETI de forma integral. Desafortunadamente, hasta la fecha, el Congreso de la República no ha cumplido con su deber constitucional de impulsar, tramitar y expedir una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que cree las ETI.

[34] Estas autoridades son la Corporación Autónoma Regional, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia (CORPOAMAZONIA), la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Nororiente Amazónico (CDA) y la Dirección Territorial Amazonia de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (UAESPNN). En la mesa también está el Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas (SINCHI).

[35] El Decreto contiene seis títulos relacionados con el funcionamiento de los territorios indígenas, así: el Título I regula lo relativo al objeto, ámbito de aplicación y los principios generales para el funcionamiento de los territorios indígenas; el Título II, las competencias generales de los territorios indígenas y de sus autoridades propias; el Título III, la administración del sistema educativo indígena; el Título IV, el sistema indígena de salud propio intercultural; el Título V, el agua potable y saneamiento básico, y el Título VI, los mecanismos para el fortalecimiento a la jurisdicción especial indígena.

[36] Sentencia que declaró constitucional el Decreto 1953 de 2014 por considerar que no desconoció las reglas de habilitación previstas en el artículo 56 transitorio y, en consecuencia, tampoco se vulneraron los artículos 150 y 329 de la Constitución.

Consulta previa y consentimiento previo, libre e informado

La consulta previa es otro derecho de las comunidades étnicas que ha sido ampliamente desarrollado en el caso colombiano. El Convenio 169 de la OIT, del cual es parte el Estado colombiano, obliga a los gobiernos a consultar a los pueblos indígenas y tribales, por medio de procedimientos adecuados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente (Art. 6 Convenio 169 OIT). El artículo 330 de la Constitución reconoce el derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de decisiones relacionadas con la autorización de la exploración y explotación de los recursos del subsuelo, con el fin de evitar la vulneración de su integridad cultural, social y económica. En su amplia jurisprudencia sobre la materia la Corte Constitucional ha establecido que la consulta previa es un derecho fundamental que garantiza la integridad cultural y la subsistencia como grupo de las comunidades étnicas.[37]

En sus decisiones, la Corte Constitucional ha fijado una serie de principios que deben guiar todo proceso de consulta y garantizar su efectiva materialización y protección. Así, según ha expresado la Corte, el gobierno es el llamado a realizar los procesos de consulta previa y no las empresas de forma independiente. Por eso las reuniones que sostengan las empresas con las comunidades no podrán valer como procesos de consulta previa si no están mediadas por el gobierno.[38] El alto tribunal ha establecido que todo proceso de consulta requiere de una pre-consulta para definir los términos, el procedimiento y el ámbito territorial en el que se va adelantar la consulta[39] de acuerdo con las particularidades culturales de la comunidad a consultar y que permita llevar un proceso que se adecúe a las necesidades de cada caso. En este sentido, para la Corte quienes están facultados para tomar las decisiones en el proceso de consulta deben ser las autoridades representativas que efectivamente estén habilitadas para tomar decisiones en nombre de la comunidad,[40] autoridades que se pueden acordar en la pre-consulta. De ahí que no cualquier miembro del grupo esté facultado para tomar decisiones en el proceso y la simple firma de un miembro de la comunidad que no ha sido autorizado no acredita por sí sola la realización de la consulta.

En este mismo sentido, la Corte ha precisado que en estos procesos el interesado debe darle información plena a la comunidad a consultar sobre la medida objeto de consulta, es decir, sobre los impactos económicos, sociales, culturales y ambientales. Además, la información debe ser completa y verificable.[41] De ahí que la buena fe deba guiar todo el proceso, lo que implica que el procedimiento de consulta no debe ser abordado como un requisito formal, ni como un mero trámite, sino como un procedimiento orientado a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas[42] y que puede tomar más tiempo del esperado.

[38] Ibíd.

[39] Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003 y Sentencia C-175 de 2009

[40] Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005.

[41] Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008.

[42] Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009.

Por último, la Corte ha establecido que en los casos en los que las partes no puedan llegar a un acuerdo, el gobierno es el facultado para tomar la decisión final, siempre y cuando esta no sea arbitraria ni autoritaria y que por el contrario sea razonable, objetiva y proporcionada, así como en los casos en los que la subsistencia del pueblo indígena, como grupo culturalmente diferenciado, esté comprometida por el desarrollo o implementación de un proyecto, será necesario recabar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos interesados.[43] Esta última regla ha sido uno de los pasos más importantes e implica un nuevo reconocimiento a la protección del consentimiento libre, previo e informado como salvaguarda de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas. No obstante, ha habido resistencia de varios sectores frente al estándar del consentimiento, así como múltiples dificultades para materializarlo (Rodríguez 2013).

En el contexto de la extracción de recursos naturales, la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado adquieren toda relevancia para salvaguardar los derechos de las comunidades étnicas, como son el territorio y el manejo de los recursos naturales, entre otros. La garantía mínima para las comunidades indígenas de participación en las decisiones que las afectan es la consulta previa. A propósito de las actividades mineras en la Amazonia, recientemente la Corte Constitucional expidió la sentencia T-384ª de 2014 en virtud de la cual declaró que la consulta previa para declarar el Parque Nacional Yaigojé-Apaporis en los departamentos de Vaupés y Amazonas fue ajustada a la ley y que la empresa minera que tiene concesiones en el parque y sus áreas aledañas había torpedeado el proceso de consulta.

Pueblos en aislamiento voluntario

En los últimos años se han publicado distintos estudios confirmado la presencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario en la Amazonia colombiana. Al caso de los Nukak (Mahecha y Franky 2012) se han sumado los Yurí o Caraballo, en la cuenca del río Puré (Franco 2012). De hecho, es posible que en Colombia subsistan diez o más pueblos aislados de la civilización occidental en las selvas amazónicas en las que el gobierno nacional ha establecido parques nacionales y resguardos indígenas (Franco 2012: 128). Estos estudios han dado lugar a un proceso de construcción de una política pública para la protección de pueblos en estado de asilamiento voluntario en el país, la cual se encuentra actualmente en elaboración y discusión.

Adicionalmente, en años pasados la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado dos audiencias indagando por el nivel de protección que los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos han garantizado a los pueblos en aislamiento voluntario en sus territorios (CIDH 2013). La CIDH ha expedido recomendaciones para los Estados, entre las cuales se destaca evitar el otorgamiento de permisos y autorizaciones de actividades extractivas en los territorios en los cuales puedan encontrarse pueblos en aislamiento voluntario, por las consecuencias que estas actividades podrían tener, no solo sobre la decisión del aislamiento sino sobre la supervivencia misma de estos pueblos. Estas recomendaciones se basan en el hecho de que la decisión de estar en aislamiento voluntario está amparada por los derechos a la autonomía, al autogobierno, al desarrollo propio y a las tierras y recursos antes mencionados.

[43] Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009. Sentencia T-129 de 2011; Sentencias T-601 de 2011; sentencia T-693 de 2011.

Derecho a no ser desplazado y a la reparación del territorio

La Corte Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que los pueblos indígenas son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución[44]. El fundamento de este reconocimiento se basa en distintos aspectos históricos, sociales y jurídicos, como la persistencia de patrones históricos de discriminación en contra de los pueblos indígenas, la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, la amenaza de pérdida del conocimiento tradicional y las visiones locales sobre el desarrollo y el manejo del mundo, la situación de pobreza, desigualdad y desnutrición que padecen los indígenas del país, entre otros.

Uno de los factores que justifica que los pueblos indígenas tengan una protección especial es la afectación que en ellos ha generado el conflicto armado, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios. Esta situación –dice la Corte Constitucional– "adquiere particular gravedad en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes".[45] En el Auto 004 de 2009, expedido en seguimiento de la sentencia T-025 de 2004 –fallo que declaró que la situación de la población desplazada por la violencia constituía un estado de cosas inconstitucional[46]– la Corte Constitucional hace un diagnóstico de la situación de los pueblos indígenas con énfasis en aquellos que han sido víctimas de desplazamiento forzado a causa del conflicto. En su análisis, la Corte declara que los pueblos indígenas del país están en riesgo de exterminio físico y cultural a causa del conflicto armado. Para la Corte, el conflicto armado es el factor que más propicia la violación de derechos de las comunidades étnicas, tanto en el plano individual como en el colectivo. El peligro de exterminio cultural y físico es evidente ya sea por el desplazamiento y dispersión de los integrantes y comunidades étnicas, o por la actuación violenta de cualquiera de los actores del conflicto armado en los territorios de las comunidades que deriva en la muerte de sus integrantes. La pobreza extrema y el abandono institucional son también causas de desplazamiento, que incluso se ven también intensificadas por el conflicto armado.[47]

[44] Corte Constitucional, sentencia T-032 de 2012; Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2013.

[45] Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2011 y Auto 004 de 2009.

[46] La sentencia T-025 de 2004, hace parte de un grupo de decisiones judiciales que se han denominado en Colombia "fallos estructurales". Se trata de decisiones complejas adoptadas por la Corte Constitucional colombiana que se caracterizan por (1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa; (2) por involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas; y, (3) por implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada, no solamente a quienes hayan sido los demandantes del caso concreto (Rodríguez y Rodríguez 2010: 26 y ss.).

[47] En los dos años previos a la expedición del Auto 004 la Corte realizó audiencias técnicas con organizaciones indígenas y recibió documentación e información de las mismas sobre la situación de los pueblos indígenas del país. En los anexos del Auto 004 se detalla la información recibida correspondiente a pueblos indígenas en particular.

Maloka de un pueblo indígena en aislamiento voluntario. Parque Nacional Natural Río Puré.
Fotografía: Cristóbal von Rothkirch - Parques Nacionales Naturales de Colombia ©

La Corte señala que los factores que causan la desintegración, eliminación y desplazamiento de los indígenas son causados directamente por el conflicto, como en el caso de la militarización o de las confrontaciones bélicas en el territorio, masacres, señalamientos, prostitución forzada y otros. La Corte también señala que existen *factores relacionados con el conflicto* como el despojo territorial por intereses económicos asociados a proyectos lícitos e ilícitos y como intereses en sus tierras por ser corredores estratégicos o muy ricas en recursos (subrayado fuera del texto). Por último, también se mencionan factores que se intensifican con la guerra, como la pobreza. En el Auto 004 la Corte señala que *"el conflicto armado y sus procesos económicos conexos generan asimismo daño ambiental, disminuyendo la caza y la pesca y causando inseguridad alimentaria; pérdida de la posibilidad de autosostenimiento con prácticas propias, así como incremento de las muertes por desnutrición, sumadas a desnutrición e inseguridad alimentaria por confinamientos y bloqueos"* (subrayado fuera del texto).

En este Auto de seguimiento, la Corte puso de presente la gravedad de las circunstancias de los indígenas en situación de desplazamiento[48] y expidió dos órdenes: la primera es el diseño e implementación de un Programa de Garantía de Derechos para los pueblos indígenas en situación y riesgo de desplazamiento, y la segunda es el diseño, concertación y puesta en marcha de Planes de Salvaguarda Étnica para los casi 40 pueblos indígenas que están en riesgo de exterminio físico y cultural. La Corte estableció que el proceso de ejecución y cumplimiento de las dos órdenes debía ser concertado y consultado con los pueblos indígenas y debía contar con su participación activa en su diseño e implementación.

Así las cosas, la Corte ha reconocido que el conflicto armado y sus procesos asociados -como la minería lícita e ilícita- generan graves afectaciones a los derechos territoriales de los pueblos indígenas del país, al punto que están al borde del exterminio físico y cultural. En la región fronteriza de la Amazonia no hay proyectos mineros a gran escala, pero sí hay títulos y solicitudes mineras. La sola existencia de un título minero puede producir impactos sociales y ambientales considerables en los territorios indígenas, pues aun cuando no hay extracción, el título puede producir la expectativa de que la habrá y en general puede generar incertidumbre. Además, en todos estos departamentos también hay actividades de minería ilegal, por lo que la supervivencia de varios pueblos indígenas de la región -algunos de ellos en aislamiento voluntario y por ende en especial

[48] En 2009 se estimaba que aproximadamente 74.000 indígenas –2% del total de la población desplazada– han sido desplazados por la violencia (SNAIPD 2009: 19 citado en Rodríguez, Orduz, Rubiano et al. 2010).

situación de vulnerabilidad- se ve afectada por esas actividades ilícitas también, como es el caso del departamento de Amazonas.

Como parte de una política de gobierno en materia de garantía de derechos de las víctimas del conflicto armado, en 2011 se expidió la Ley 1448 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la cual contiene una serie de garantías en materia de verdad, justicia y reparación. Como desarrollo de la Ley 1448 se expidió el Decreto 4633 de 2011 sobre reparación a pueblos indígenas víctimas del conflicto. El Decreto 4633 estableció rutas para la reparación a las víctimas indígenas del conflicto armado. Además, estableció que el territorio colectivo de los grupos étnicos puede ser considerado como víctima del conflicto y por ende puede ser considerado sujeto de programas de reparación colectiva.

Varios pueblos indígenas amazónicos han sufrido en carne propia las consecuencias de la guerra, como se documenta en otros informes de esta serie. En algunos casos, la minería en la Amazonia ha estado asociada a la afectación que sufren los pueblos indígenas a causa del conflicto armado. Por esta razón, la reparación del territorio es un derecho territorial relevante en el contexto de la expansión de la minería en la Amazonia y de su relación con el conflicto armado. Valga anotar que en el actual proceso de paz con las Farc en La Habana, se están discutiendo las condiciones para la reparación de las víctimas de las Farc, pero hasta ahora no se ha contemplado de manera seria la reparación de los daños ambientales y culturales producidos por la minería ilegal en el marco del actuar de esa organización.

5. ¿Está armonizada la normatividad minera con la protección del ambiente y de los derechos territoriales indígenas?

A nivel de política y normatividad se aprecian varias tensiones, vacíos y puntos de choque que amenazan la protección de los derechos territoriales de las comunidades de la Amazonia. En primer lugar, la legislación minera no está acorde de manera integral con la garantía del derecho a la consulta previa. La interpretación dominante ha establecido que la expedición de un título minero no debe ser consultada; sólo hasta cuando el proyecto pretenda solicitar una licencia ambiental se debe hacer un proceso de consulta previa. Esto es bastante problemático, pues la sola fase de exploración puede producir graves impactos sociales y ambientales que pueden afectar los derechos territoriales de las comunidades. El anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos y libertades de los pueblos indígenas, James Anaya, señaló en su informe de visita a Colombia en 2010 que "todavía falta el cabal cumplimiento con la recomendación del anterior Relator Especial que 'no deben alentarse los proyectos de inversión, infra-estructura, extracción y explotación de recursos naturales, desarrollo productivo etc., sin previa, amplia y legítima consulta y participación de los pueblos indígenas'".

En su informe de 2013 sobre Industrias extractivas y pueblos indígenas, dicho Relator concluye que "como regla general, es obligatorio obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para realizar actividades extractivas dentro de los territorios indígenas." De ahí que el entonces Relator resalte que cuando una comunidad indígena se oponga inequívocamente a un proyecto que el Estado busca consultar y se

resista a participar en la consulta, la obligación de consultar por parte del Estado deja de existir, en la medida en que se entiende que la comunidad ha denegado expresamente su consentimiento. Como los operadores de la legislación minera colombiana han soslayado la importancia de consultar los títulos mineros, e incluso muchos de ellos se han otorgado en zonas excluibles, aún hay un largo trecho para cumplir con la recomendación del Relator.

Otra muestra de esta incompatibilidad es el hecho de que la declaratoria de un área minera estratégica en la región amazónica se haya hecho sin consulta previa. De hecho, el Ministerio de Minas ha manifestado que la declaratoria de áreas estratégicas mineras no debe consultarse, sino que lo que debe consultarse son los proyectos específicos que se contraten en su interior.[49] Esta interpretación desconoce que la sola declaratoria de un área minera ya implica una decisión sobre la vocación del territorio, por lo cual envía el mensaje de que la región es apta para la explotación minera, y por ende puede producir impactos sociales considerables. Esto desconoce también la vocación que se le había dado al territorio amazónico desde la década de los años ochenta como zona de conservación de la diversidad biológica y cultural.

Adicionalmente, esta decisión aumenta la vulnerabilidad de la Amazonia de cara a posibles procesos de sequía, erosión de suelos y desertificación a causa de la minería, lo cual necesariamente transformaría profundamente los modos de vida de las comunidades. El Consejo de Estado suspendió provisionalmente la resolución que declaró el área minera estratégica, haciendo evidente que dicha decisión del gobierno no había considerado la participación de las comunidades locales sobre su contenido.

En segundo lugar, la Constitución y la ley minera establecen una separación entre la propiedad del suelo y la propiedad del subsuelo que es bastante problemática para efectos de controlar y regular la minería en la Amazonia, sobre todo desde el punto de vista de la autonomía territorial. Los resguardos indígenas son considerados inembargables, imprescriptibles e inajenables, pero esa calificación sólo se predica del suelo y no del subsuelo, pues este último es de propiedad la Nación. Además, con frecuencia los intereses de la política minera nacional no tienen consideración por la autonomía de las entidades territoriales en relación con la decisión de permitir o no actividades mineras en sus territorios.[50] No existe tampoco ninguna restricción para que cualquier tercero pueda solicitar títulos mineros en territorios indígenas. Esto se debe a que la legislación minera no considera que los territorios indígenas puedan ser zonas excluibles de la minería, o al menos de minería restringida.

Lo anterior limita el alcance de la autonomía territorial de estos pueblos, ya que se ven obligados a aceptar que la autoridad minera pueda conceder contratos mineros para que se haga exploración minera en sus territorios. Esto va en contra de los estándares de la jurisprudencia constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a las tierras y a los recursos y la relación especial entre las comuni-

[49] Resolución 0045 de 2012 del Ministerio de Minas y Energía.

[50] Recientemente la Corte Constitucional ha establecido que el ordenamiento minero no puede hacerse a costa de la autonomía de las entidades territoriales. Ver sentencias C-123 de 2014 y C-035 de 2016.

dades y sus territorios, sin mencionar la vulneración al derecho a la participación. La falta de reglamentación de las ETI, una vez más, acentúa esta tensión. En ese sentido y considerando que varios pueblos indígenas amazónicos están en riesgo de extinción física y cultural, valdría la pena discutir si es pertinente que los resguardos sigan siendo territorios abiertos a la concesión de títulos mineros sin mayores filtros previos sobre las implicaciones de dichas concesiones y la decisión de las autoridades indígenas al respecto.

En consonancia con este punto, las normas mineras y ambientales no han reglamentado el reconocimiento de las autoridades indígenas como autoridades ambientales, particularmente en el caso de la minería. En virtud de sus derechos a la participación, autonomía, libre determinación y desarrollo propio, las comunidades indígenas tienen el derecho de fungir como autoridades ambientales en sus territorios. En ese sentido, las autoridades del Sistema Nacional Ambiental y del sector minero deberían coordinar sus decisiones con las autoridades indígenas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en varias sentencias. Sin embargo, ni las normas ambientales ni las mineras contienen mecanismos para hacer efectiva esta potestad.

En cuarto lugar, la legislación minera impide que no explotar minerales sea una posibilidad real y efectiva para aquellas comunidades que no desean participar de esta actividad económica. La figura de las zonas mineras indígenas, tal y como está regulada, es un buen ejemplo de ello (Mendoza 2012). Las comunidades indígenas tienen derecho a explotar los recursos del subsuelo, como parte de sus derechos a la autodeterminación, a las tierras y recursos y al desarrollo propio. Sin embargo, la normatividad minera está diseñada de forma tal que las comunidades deben ajustarse a las formas y a los tiempos de explotación que ha fijado el sector minero, al punto de que si en tres años no han cumplido con los requisitos técnicos para hacer la exploración, el Estado puede concesionar el área minera indígena a un tercero (Rubiano 2012). La falta de reglamentación de las ETI también se combina de manera perversa con la prescriptibilidad del derecho de prelación para la explotación en las zonas mineras indígenas, pues les impide a las comunidades decidir de forma autónoma si quieren o no hacer minería en sus territorios.

En quinto lugar, la normatividad sobre minería de hecho o minería sin título es especialmente difícil de implementar en la Amazonia, debido a que no hay suficiente información sobre el tipo de actividades ni sobre las poblaciones involucradas en la extracción. Se sabe que grupos armados ilegales están involucrados en la extracción en zonas de los departamentos de Caquetá, Guainía, Amazonas y Putumayo, pero en estas regiones hay también presencia importante de comunidades indígenas con visiones encontradas sobre la minería, y en zonas como Putumayo y Vaupés hay también presencia de colonos dedicados a la minería desde hace varias décadas.

En todo caso, la presencia y presión de los grupos armados vicia la posibilidad de que las comunidades indígenas decidan de manera autónoma sobre si quieren o no involucrarse en la minería y en qué condiciones. Por esta razón, la regulación de figuras como las zonas mineras indígenas es también inapropiada como herramienta para que las comunidades indígenas decidan si quieren hacer minería en sus territorios, pues no sólo les exige requisitos difíciles de cumplir y los empuja implícitamente hacia la decisión de inclinarse por

hacer minería, sino que en contextos de conflicto armado es una figura que impide tomar decisiones autónomas y libres.

Por otro lado, la rigidez de las categorías legales que definen la minería sin título han hecho que varias comunidades y personas decidan autodenominarse como barequeros, pues es la única denominación de minería sin título que no exige permisos ni está sujeta a la persecución penal, pero que está condicionada al no uso de maquinaria. Sin embargo, la gran mayoría de las actividades mineras en la Amazonia hacen uso de maquinaria, por lo que difícilmente cabrían bajo esta categoría. Además, el requisito de inscribirse como barequeros ante el alcalde de la jurisdicción es imposible de cumplir en muchos casos, pues buena parte del territorio amazónico no está municipalizado y las ETI, que serían las autoridades territoriales del nivel local, no han sido creadas, con lo cual hay un vacío para implementar estas disposiciones.

Adicionalmente, muchos de los territorios donde hay actividades mineras en el Amazonas son áreas excluibles de la minería –como parques nacionales- por lo que el barequeo y el chatarreo tampoco estarían permitidos en esas zonas. Finalmente, esta falta de claridad sobre cómo denominar la minería sin título en la Amazonia ha hecho que para la fuerza pública toda la minería sea criminal y por ende sujeta a operativos policivos.

En suma, las anteriores tensiones y vacíos normativos aumentan la vulnerabilidad de las comunidades indígenas y locales de la Amazonia a ver afectados sus derechos territoriales, sobre todo los de aquellas que no tienen interés en participar de la minería o de las que lo han hecho y buscan distanciarse de esta. En general, parece haber una falta de sintonía entre la política minera, por un lado, y la política de protección de la diversidad cultural y biológica amazónica y los derechos humanos, por el otro. Esto ha sido anotado por el Relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, quien en su informe de visita a Colombia de 2010 recomendó al Estado "armonizar la política pública de desarrollo económico del país, en especial en lo que se refiere a los denominados 'mega proyectos' relativos a la extracción de recursos e infraestructuras agroindustriales y turísticas, con los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales, de conformidad con las disposiciones del Convenio Nº 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas".

El Relator Anaya recalcó también en su informe de 2013 sobre Industrias extractivas y pueblos indígenas, que "se requieren modelos de extracción de los recursos que sean diferentes del modelo hasta ahora predominante para que la extracción de recursos dentro de los territorios de los pueblos indígenas se lleve a cabo de forma compatible con sus derechos".

Por esto, el mejor parámetro para regular las implicaciones de la minería legal en la Amazonia es, como lo sugieren Uprimny y Orduz (2013), el principio de precaución. En el debate sobre si es viable o no expandir la política minera del gobierno hacia la Amazonia, este principio debe ser el criterio fundamental. Este principio motivó la expedición de la Resolución 1518 de 2012 que limitó el área minera estratégica en la Amazonia y, en general, debería guiar toda consideración sobre la minería en la región.

La viabilidad de una industria como la minera, que puede producir graves y a veces irreversibles

Cerros Teta en la Reserva Nacional Natural Puinawai
Fotografía: Rodrigo Durán Bahamón ©

impactos y pasivos ambientales, debería evaluarse con mucho más rigor y más información, sobre todo en una zona tan frágil como la Amazonia. Adicionalmente, antes de tomar cualquier decisión sobre la minería en la región amazónica, se debería avanzar primero en ordenamiento territorial a través de la regulación de las ETI y de la zonificación de la reserva forestal de la Amazonia con participación de las comunidades locales. De igual forma, la existencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario debe considerarse también como un parámetro fundamental al tomar cualquier decisión que permita actividades mineras en la Amazonia colombiana.

Pero la falta de sintonía a nivel político y jurídico entre la normatividad minera, de un lado, y la normatividad ambiental y de derechos territoriales indígenas, del otro, no se predica solamente de la regulación de la minería legal. Como se mostró antes, la regulación de la minería sin título en general es poco clara y su implementación no sigue parámetros definidos que estén adaptados a los contextos locales, lo cual es especialmente notorio en la Amazonia. Esto se debe en buena parte a la falta de información y conocimiento sobre el origen, trayectoria y estado actual de las actividades mineras en la región. La ausencia de un censo minero y la escasa información sobre la extracción minera en la región y sus impactos sociales, culturales y ambientales dificultan la implementación de la normatividad sobre el tema. Adicionalmente, el ordenamiento territorial de la Amazonia restringe la posibilidad de hacer minería sin título en una porción importante del territorio amazónico y la condición de áreas no municipalizadas de la región limita también algunas de las disposiciones sobre esta normatividad. En ese sentido, es urgente promover un debate entre el Estado, las comunidades indígenas, las personas dedicadas a la minería, los demás habitantes de la región (colonos, afrocolombianos, campesinos) e incluso los grupos ilegales como la guerrilla –a propósito del proceso de paz con las Farc- para ajustar el marco político y jurídico sobre la minería en el contexto de la Amazonia.

Referencias Bibliográficas

CEPAL, Patrimonio Natural, Ministerio de Ambiente y Parques Nacionales. Folleto Amazonia posible y sostenible. Disponible en web en: http://www.cepal.org/colombia/noticias/paginas/6/44936/Folleto_Amazonia_Posible_y_Sostenible.pdf (2012)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Estado de los Recursos Naturales y del Ambiente 2010-2011. Contraloría General de la República: Bogotá. Disponible en web en: http://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2011/12/contraloriaestadodelosrecursosnaturalesydelambiente2010-2011.pdf (2011)

CÓRDOBA, José María. La seguridad jurídica en la Ley 685 de 2001. Colegio de Abogados de Minas y Petróleos (ed.). Temas mineros y petroleros. Bogotá: Colegio de Abogados de Minas y Petróleos. 2005.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La minería de hecho en Colombia. Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente: Bogotá. Disponible en web en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/mineriaColombia.pdfhttp://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/mineriaColombia.pdf
http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/mineriaColombia.pdf (2010)

DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN NACIONAL. Bases del Plan Nacional de Desarrollo: "III. Crecimiento sostenible y competitividad". Disponible en web en: http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=6yjofaugVUQ%3d&tabid=1238http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=6yjofaugVUQ%3d&tabid=1238
http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=6yjofaugVUQ%3d&tabid=1238 (2010)

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La minería de hecho en Colombia. Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente: Bogotá. Disponible en web en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/mineriaColombia.pdf (2010)

FIERRO, Julio. Políticas mineras en Colombia. Bogotá: ILSA. 2012

FRANCO, Roberto. Cariba Malo. Episodios de resistencia de un pueblo indígena aislado del Amazonas. Leticia: Universidad Nacional-ACT-UAESPNN. 2012

FUNDACIÓN GAIA AMAZONAS y FUNDACIÓN ALISOS. Justificación de la moratoria minera en la Amazonia colombiana. Bogotá, Fundación Gaia Amazonas. Documento sin publicar. 2012

GÜIZA, Leonardo. La pequeña minería en Colombia: una actividad no tan pequeña. Dyna, Nro. 181, pp. 109-117. 2013

GÜIZA, Leonardo. "Colombia". En Lenin Valencia (comp.). La realidad de la minería en los países amazónicos. Lima: SPDA. 2013a

MAHECHA, Dany y Carlos Eduardo Franky. Colombia: Los Nükak, el último pueblo de tradición nómada contactado oficialmente en Colombia, en IWGIA (2012), "Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial". IWGIA. 2012

MENDOZA, Diana. Estudio de caso. Minería en territorios indígenas del Guainía en la Orinoquia y la Amazonia colombiana. Bogotá: PNUD. 2012

NEGRETE, Rodrigo. Derechos, minería y conflictos. Aspectos normativos. En: Luis Jorge Garay (ed.). Minería en Colombia. Derechos, políticas y gobernanza. Bogotá: Contraloría General de la República. 2013

POVEDA, Germán. El papel de la Amazonia en el clima global y continental: impactos del cambio climático y la deforestación . En: Juan Álvaro Echeverri y Catalina Pérez Niño (eds.). Amazonia colombiana, imaginarios y realidades. Bogotá: Imani-Instituto Amazónico de Investigaciones Universidad Nacional de Colombia - Cátedra Jorge Eliécer Gaitán. 2010

PRECIADO, Juan Carlos. La Mesa Permanente de Coordinación Interadministrativa, una experiencia de construcción de entidades territoriales indígenas. Foro Nacional Ambiental – Documento de Políticas Públicas No 22. 2007

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Minería ilegal en Colombia. Informe preventivo. Procuraduría General de la Nación: Bogotá. 2011

RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, James Anaya. Informe visita a Colombia: La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Naciones Unidas A/HRC/15/37/Add.3 2010

RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, James Anaya. Informe: Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. Naciones Unidas A/HRC/24/41. 2013

RODRÍGUEZ, Cesar y Diana Rodríguez. Cortes y cambio social. Bogotá: Dejusticia. 2010

RODRÍGUEZ, Manuel. El Estado Verde: el caso de la política de conservación de la Amazonia y del Chocó Biogeográfico colombianos. Documento sin publicar. 2012

RODRÍGUEZ, Diana y Carlos Baquero. ¿Se pinchó el salvadidas de la Amazonia? Disponible en web en: http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/se-pincho-el-salvavidas-de-la-amazonia (2014)

RODRÍGUEZ, César, Natalia Orduz, Sebastián Rubiano et al.. Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Bogotá: Universidad de los Andes, Colección Justicia Global. 2010

RODRÍGUEZ, Sabina. El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado. Universidad de los Andes – Grupo de Derecho de Interés Público - Documento de Trabajo No 3. 2013

RUBIANO, Sebastián. La regulación ambiental y social de la minería en Colombia: comentarios al proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Foro Nacional Ambiental – Documento de Políticas Públicas No 37. 2012

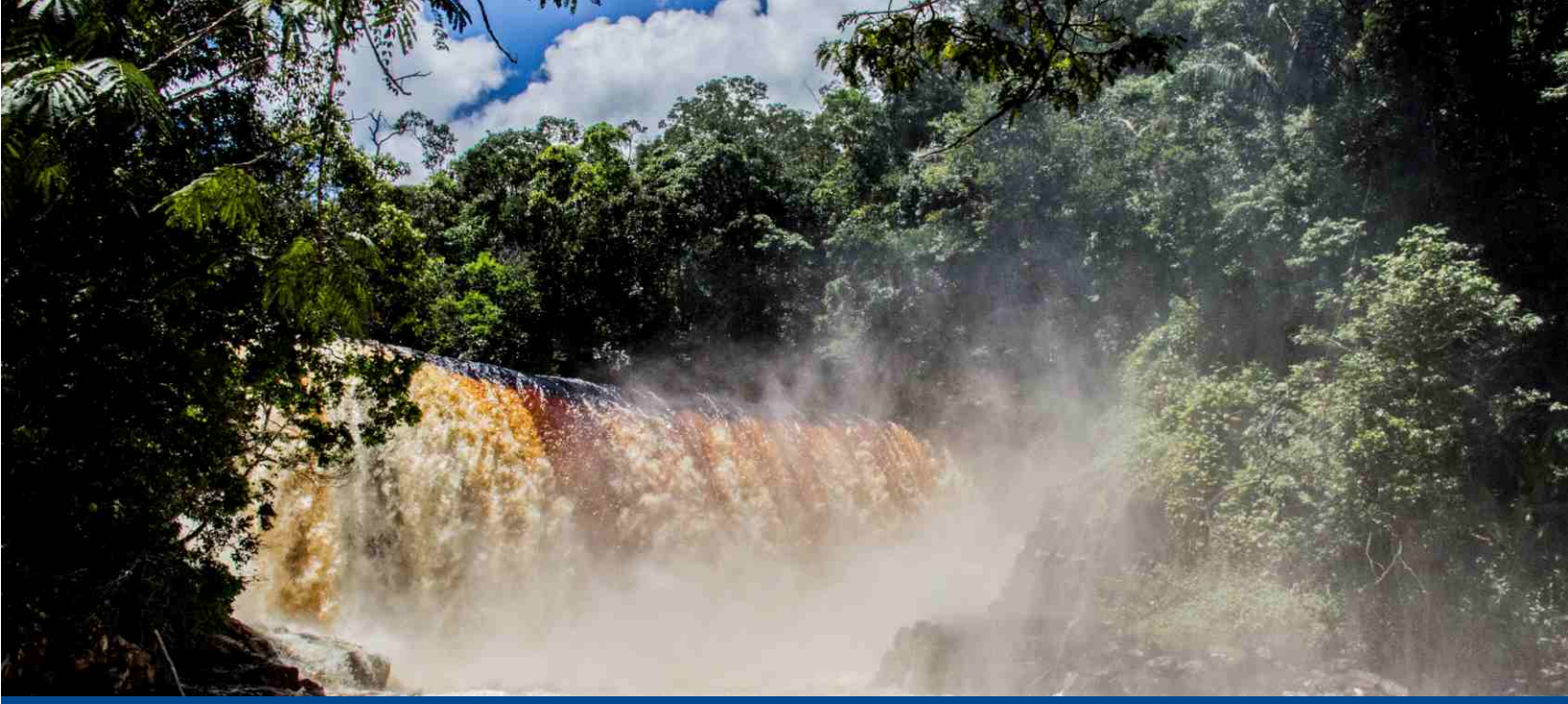
SALAZAR-HOLGUÍN F., Benavides-Molineros J., Trespalacios-González O. L. y Pinzón-Flórez L. F.. Informe sobre el estado de los recursos naturales renovables y del ambiente 2009. Bogotá: Contraloría General de la República. 2009

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES. Ordenamiento ambiental y conservación. La experiencia de las aéreas protegidas traslapadas con territorios indígenas en la Amazonia colombiana. Bogotá: UAESPNN-Ministerio de Ambiente. 2011

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES. Documentos varios de la Ficha Jurídica del PNN Yaigojé-Apaporis. 2008-2010

UPRIMNY, Rodrigo y Orduz, Natalia. “El Principio de Precaución y la Amazonía”. Tomado de http://www.cepal.org/colombia/noticias/paginas/6/44936/Principio_de_Precauci%C3%B3n.pdf (2013)

URÁN, Alexandra. La legalización de la minería a pequeña escala. En: Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales N. o 14, septiembre 2013



La Iniciativa para la Conservación en la Amazonía Andina (ICAA) es un programa regional de largo plazo creado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), que suma e integra los esfuerzos de más de 30 organizaciones socias, locales e internacionales, para fortalecer la conservación del bioma amazónico en Colombia, Ecuador y Perú.

Los objetivos de ICAA son: 1) contribuir con la reducción de la tasa de deforestación y la pérdida de biodiversidad; 2) lograr que los aspectos clave de gobernanza de recursos naturales funcionen de manera más efectiva; y 3) mejorar la calidad y la sostenibilidad de los medios de vida de las poblaciones amazónicas.

A través de esta iniciativa, USAID reafirma su compromiso con la conservación y el desarrollo sostenible en la Amazonía Andina.