

Derecho de preferencia en asignación de áreas para las explotaciones mineras El caso de Perú, Chile y Colombia

*The Preference Right in the Areas Assignment
for Mining Exploitation
The Perú, Chile and Colombia's Cases*

Alesa Catherine Ortiz Rodríguez*

Resumen

Según el Código de Minas colombiano (Ley 685 de 2001), las áreas mineras de interés se asignarán mediante contrato de concesión a la persona natural o jurídica que presente primero la propuesta respectiva, que se preferirá a aquellas presentadas con posterioridad, aun cuando hayan sido radicadas ante la autoridad minera por personas o grupos de personas que de manera tradicional y a pequeña escala hayan venido adelantando la explotación, sin títulos mineros otorgados por el Estado. En Perú y en Chile los criterios de asignación de áreas mineras de interés son objeto de diferentes tratamientos jurídicos, con base en los cuales se puede concluir que la legislación colombiana adopta una solución jurídica más formalista que las legislaciones comparadas, para efectos de asignar las zonas de interés minero.

* Catedrática Derecho Minero, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC.
Correo e.: acor52@gmail.com, acor52@hotmail.com

Palabras clave:

Concesiones mineras, Derecho de preferencia, Minería tradicional, Minería artesanal.

Abstract

According to the Colombian Mining Code (Law 685 of 2001), the interesting mining areas will be assigned by means of a Concession Contract to the natural or juridical person who first presents the respective proposal. It will be preferred those presented later, registered with the mining authority by a group or a person that in a traditional manner and in a small scale have been carrying out the exploitation, without mining titles assigned by the State. In Perú and in Chile the assignation criteria of interest mining areas are subject to different juridical treatments, based upon which can be concluded that Colombian legislation adopts a more formalist solution than the compared legislations, in order to assign interesting mining zones.

Key words:

Mining Concessions, Preferred Right, Traditional Mining, Artisan Mining.

Introducción

En Colombia, gran parte de la explotación minera se ha adelantado tradicionalmente de manera informal por pequeños productores artesanales, que han hecho de la minería su actividad económica de subsistencia. Frente a lo anterior, el legislador colombiano ha dispuesto como principio rector del Derecho de Minas que “El primero en el tiempo, es el primero en el derecho”, tratamiento jurídico que permite que personas diferentes a quienes han adelantado por largo tiempo la explotación sin el título minero necesario puedan solicitar las áreas respectivas, presentando para ello propuesta de contrato de concesión sin que exista necesidad de consultar o dar traslado de tal propuesta a quienes han venido efectuando la explotación de manera tradicional y a baja escala; situación que ha generado múltiples conflictos sociales en zonas tradicionalmente mineras.

El presente escrito tiene como objetivo comparar el tratamiento jurídico que el legislador colombiano ha adoptado mediante la Ley 685 de 2001 (Código de Minas colombiano) con la normatividad de Chile y Perú, con respecto a la actividad de mineros artesanales que de manera tradicional han desarrollado la actividad minera a pequeña escala y sin obtener títulos del Estado. Tal análisis nos permitirá establecer si los parámetros acogidos en la Ley 685 de 2001 para asignar las áreas objeto de solicitudes responden a criterios sustanciales mediante los cuales se aplique tratamiento especial a las

explotaciones mineras tradicionales y de hecho, o si, por el contrario, son meramente formalistas, comparándolos con los de Chile y Perú.

Para efectos del presente escrito entenderemos como *derecho de preferencia* la prerrogativa en virtud de la cual las solicitudes de áreas mineras de interés presentadas por pequeños mineros o mineros tradicionales se tramitarán con prelación de las presentadas por terceras personas que no ostenten tal calidad. En virtud del *derecho de preferencia*, las solicitudes presentadas por terceros, que no hayan adelantado ni se encuentren ejecutando actividades mineras en las zonas de interés, deberán ceder ante aquellas peticiones presentadas por mineros tradicionales o artesanales que de hecho, esto es, que sin título minero vigente e inscrito, hayan efectuado actividad minera en dichas zonas.

Este estudio contendrá tres partes: en la primera se abordará el Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal del Perú, en la segunda se expondrá lo pertinente del Código de Minería de Chile y en la última, el Código de Minas colombiano (Ley 685 de 2001).

1. El derecho de preferencia en el régimen minero peruano

En el Perú se estableció de manera expresa el *derecho de preferencia* para productores mineros artesanales. En efecto, mediante el Decreto Supremo

N.º 013-2002-EM se aprobó el Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal¹.

El *derecho de preferencia* se ejerce respecto de las áreas que los productores mineros artesanales han venido ocupando, ya sea en zonas de suspensión de admisión de petitorios o en áreas publicadas como de libre denunciabilidad.

En esta legislación se definió específicamente la categoría de productor minero artesanal², y sus derechos y beneficios están sujetos a la acreditación de tal calidad y su registro ante la Dirección General de Minería, según el procedimiento establecido.

Según la ley peruana, los productores mineros artesanales son aquellos que se dedican habitualmente y como medio de sustento a la explotación o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales o equipos básicos y que posean por cualquier título hasta un mil (1000) hectáreas, entre denuncios, petitorios o concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros. Así mismo, aquellos que posean por cualquier título una capacidad instalada de producción o beneficio de 25 toneladas métricas por día, con excepción de los productores de materiales de construcción, arenas, gravas auríferas de placer, metales

pesados detríticos, en que el límite será una capacidad instalada de producción o beneficio de hasta doscientos (200) metros cúbicos por día.

Según el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal del Perú, para el ejercicio del derecho de preferencia se requiere el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a. Que los mineros artesanales que hayan estado realizando sus actividades individual o colectivamente en un área determinada estén debidamente organizados y registrados por la Dirección General de Minería y que hayan designado y acreditado un apoderado común o a su representante legal, según corresponda.
- b. Que el área que los mineros han venido ocupando en forma pacífica se encuentre libre de derechos mineros, o en zona de suspensión de admisión de petitorios o en áreas publicadas como de libre denunciabilidad.
- c. Que hayan estado realizando actividad minera artesanal en forma pública, pacífica, ordenada y continua en el área que ocupan.
- d. Que el área que ocupan sea identificada por la respectiva Dirección Regional de Energía y Minas con la información técnica que permita al INACC³ ubicarla en el

¹ www.minem.gob.pe/mineria/normas_mineria.asp?tema=1, consultado en junio de 2007.

² Ver el Título Décimo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería del Perú.

- Sistema de Cuadrículas mediante las correspondientes coordenadas UTM.
- e. Que se configure como precondition los requisitos referidos en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería del Perú, respecto de la condición de Productor Minero Artesanal.
 - f. Que hayan llenado debidamente la Declaración Jurada Bienal, indicando como condición suspensiva el punto relativo a la tenencia de derechos mineros.

Es importante destacar que en la legislación peruana se definieron de manera precisa los plazos perentorios para el ejercicio del derecho de preferencia por parte de los productores mineros artesanales, según el tipo de área que se pretenda solicitar.

- Ejercicio del *derecho de preferencia* sobre áreas en las que se dispuso la suspensión de admisión de petitorios: al término del periodo de suspensión de admisión de petitorios en una zona geográfica determinada, tendrá un plazo de dos meses para que los mineros artesanales que cumplan con las condiciones antes descritas puedan ejercer el *derecho de preferencia* para formular petitorios sobre las áreas en las que se encuentren realizando actividad minera artesanal, siempre que ellas estén libres de derechos mineros. Transcurrido dicho plazo caducará el *derecho de preferencia* otorgado a los

mineros artesanales para formular petitorios mineros sobre las áreas en las que se dispuso la suspensión de admisión de petitorios.

- Ejercicio del *derecho de preferencia* sobre las áreas libres: la facultad de ejercer el *derecho de preferencia* sobre las áreas libres se inició con la incorporación de estas en la base de datos del Ministerio de Energía y Minas del Perú al 25 de marzo del 2002 y termina con el otorgamiento de la concesión correspondiente si el productor minero artesanal cumple con los requisitos establecidos en la ley para el efecto.

En este sentido, debe efectuarse el empadronamiento correspondiente y la adecuación de tales áreas al Sistema de Cuadrículas, lo que se hará saber a terceros que formulen o pretendan formular petitorios sobre tales áreas. El empadronamiento será aprobado por Resolución Ministerial de Energía y Minas.

Verificado el cumplimiento de los requisitos descritos, la Dirección General de Minería solicitará al INACC que proceda a la reserva del área correspondiente. Dentro del plazo de dos meses de publicada la Resolución Ministerial mediante la cual se apruebe el empadronamiento, la solicitud debe presentarse de conformidad con las normas del procedimiento minero ordinario establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley de Minería de Perú y la reglamentación correspondiente.

³ Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero del Perú.

Transcurrido el plazo de dos meses antes referido, caducará el *derecho de preferencia* otorgado a los mineros artesanales para formular petitorios mineros sobre las áreas libres que ocupan.

- *Derecho de preferencia* sobre áreas de derechos mineros extinguidos: entendidas como aquellas que han venido ocupándose a la fecha de entrada en vigencia de la Ley y que, luego del procedimiento correspondiente, son publicadas de libre denunciabilidad.

Consentida o, en su caso, ejecutoriada la resolución de extinción expedida por el INACC, se dispondrá la publicación de libre denunciabilidad del derecho minero extinguido, de conformidad con lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Minería del Perú y la reglamentación respectiva.

Dentro del plazo de dos meses, indicado por el INACC en la publicación pertinente, la solicitud se presentará de conformidad con las normas del procedimiento minero ordinario establecido por el Texto Único Ordenado y la reglamentación correspondiente. La publicación de libre denunciabilidad deberá contener el aviso del plazo preferente de dos meses, indicando su fecha de inicio y término.

Transcurridos los dos meses indicados

en la publicación de libre denunciabilidad, caducará el derecho de preferencia otorgado a los mineros artesanales para formular petitorios sobre las áreas declaradas de libre denunciabilidad que ocupan.

2. La prevalencia del primer descubridor en Chile⁴

En Chile, el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, con excepción de las arcillas superficiales, las arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción y las salinas artificiales formadas en las riberas del mar, lagunas o lagos (artículos 1 y 13 Código de Minería Chile).

En este país no existe tratamiento jurídico especial para la minería artesanal ejercida por pequeños productores mineros. Según el artículo 22 del Código de Minería, toda persona puede hacer manifestaciones o pedimentos⁵ y adquirir concesiones mineras en trámites o constituidas, o cuotas en ellas, o acciones en sociedades regidas por dicho código.

Ahora bien, en el derecho minero chileno, en principio, tiene preferencia para constituir la pertenencia quien primero presente la manifestación. Al titular de la manifestación que primero haya sido presentada, o de la

⁴ Ministerio Minas y Energía Chile en www.minmineria.cl, consultado el 7 de julio del 2007.

⁵ El procedimiento de constitución de la concesión minera se inicia con un escrito que para la concesión de exploración se denomina pedimento y para la de explotación, manifestación.

manifestación que se tenga por presentada primero, se le presumirá descubridor, salvo que haya habido fuerza o dolo para anticiparse a presentar pedimento o manifestación o para retardar la presentación del que realmente descubrió primero (artículo 41 Código de Minería Chile).

Si una persona presenta pedimento o manifestación sobre terrenos respecto de los cuales ejecuta trabajos de minería por orden o encargo de otra, la presentación se entenderá hecha por esta. Igual efecto se producirá en favor del que realmente descubrió primero, cuando se haya usado la fuerza o el dolo a que se refiere el inciso anterior.

En Chile, si bien no existe prelación para los pequeños mineros o mineros artesanales, no se aplica de manera tajante el principio de "primero en el tiempo, primero en el derecho", adoptado en la legislación colombiana. En ese país, como se ha visto, existe *derecho de preferencia* para el primer descubridor del yacimiento.

Sin embargo, cabe destacar que aunque el derecho de preferencia para el acceso a las áreas mineras de interés es menos formal que el que se establece en el derecho colombiano, no se encuentra claramente el mecanismo o la oportunidad procesal para que el verdadero descubridor del yacimiento se oponga a la solicitud que un tercero que no ostente tal calidad o que actuando de mala fe presenta la manifestación pertinente. Al respecto, debe

considerarse lo dispuesto en el artículo 61 del Código de Minería de Chile, según el cual sólo podrá oponerse a la solicitud de mensura del terreno objeto de la manifestación aquel cuyo pedimento haya sido presentado con anterioridad a la fecha en que haya sido o se tenga por presentada la manifestación de la zona que se pretende mensurar. En este mismo sentido, no se establece como causal de nulidad de una concesión minera el habersele concedido a una persona diferente al primer descubridor. Por lo tanto, no se encuentra claramente definido el mecanismo mediante el cual el primer descubridor pueda oponerse a la manifestación o pedimento que presente una tercera persona que actuando de mala fe no ostente tal calidad.

En este contexto, según el artículo 91 del Código de Minería de Chile, la sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión. Así mismo, en ese país el poseedor de una concesión minera puede ganarla por prescripción adquisitiva, perdiéndola, así, su dueño, lo que significa que con base en esta disposición puede prevalecer el derecho de quienes vienen adelantando actividad minera de manera tradicional sin concesión alguna, frente a los que la adquirieron y no ejercieron los derechos y obligaciones otorgadas en las condiciones previstas por la ley.

3. Régimen jurídico colombiano: el primero en el tiempo es el primero en el derecho

Como se ha visto, en Colombia, para entregar las áreas mineras de interés, el criterio es: “el primero en el tiempo es el primero en el derecho”. Por lo tanto, las zonas mineras de interés pueden ser otorgadas a la primera persona que presente la propuesta de contrato de concesión sin que sea necesario consultar o hacer traslado de dicha propuesta a las personas que de hecho y tradicionalmente han venido efectuando la explotación minera. De esta manera, el artículo 274 de la Ley 685 de 2001 dispone lo siguiente:

La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente (subrayado fuera de texto).

Por otro lado, si bien la Ley 685 de 2001 no establece derecho de prelación para la asignación del área

a favor de los pequeños mineros tradicionales que vienen adelantando la explotación frente a terceros no explotadores, la legislación colombiana ha adoptado amnistías legales para estimular el ejercicio lícito de la minería, sobre todo la ejecutada por los pequeños explotadores mineros.

Pues bien, según el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, aquellos explotadores de minas de propiedad estatal, sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, solicitarán en el término improrrogable de tres años, contados a partir del primero de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les fueran otorgadas en concesión, siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Ante esta solicitud, los alcaldes municipales no podrán suspender la explotación, ni podrán decomisar los minerales objeto de la solicitud⁶, hasta tanto tal solicitud sea resuelta por la autoridad minera competente⁷; igualmente, el artículo 165⁸ de la Ley 685 de 2001 excluye la responsabilidad penal de los solicitantes del Plan de Legalización frente al delito de Explotación Ilícita de Yacimiento Minero y Aprovechamiento Ilícito de Yacimiento Minero⁹; así mismo, el plan de legalización genera para el Estado la obligación de efectuar visitas

⁶ Los artículos 306 y 161 de la Ley 685 de 2001 atribuyen a los alcaldes municipales la competencia de suspender las explotaciones ilícitas dentro de su jurisdicción y de decomisar el mineral extraído.

⁷ El Ministerio de Minas y Energía ha delegado funciones mineras en el INGEOMINAS y en las gobernaciones de Boyacá, Norte de Santander, Caldas, Bolívar, Guajira, Cesar y Antioquia.

⁸ El artículo 165 de la Ley 685 de 2001 fue reglamentado por el Decreto 2390 de 2002.

⁹ El beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas en un título minero, también constituye delito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 338 del Código Penal.

técnicas conjuntas, entre la Autoridad Minera y la Autoridad Ambiental, con el objetivo de verificar la viabilidad del proyecto y elaborar el Programa de Trabajos y Obras y el Plan de Manejo Ambiental a aplicar por el minero en el área solicitada.

En el inciso segundo del artículo 165 de la Ley 685 de 2001 se dispone que el proceso de legalización minera se efectuará de manera gratuita por parte de la autoridad competente, la cual destinará los recursos necesarios, en los términos del artículo 58 de la Ley 141 de 1994. Frente a lo anterior, debe notarse que la ley exime a los solicitantes de los costos generados durante el proceso de legalización, es decir, desde el momento de presentación de la solicitud a la Autoridad Minera Competente hasta su resolución definitiva, es decir, hasta el momento de rechazo de la solicitud o hasta la inscripción del Contrato Único de Concesión en el Registro Minero Nacional.

Cabe anotar que uno de los efectos del proceso de legalización contenido en el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 es la captura del área explotada por el minero de hecho, en el evento en que la misma se encuentre libre. No obstante lo anterior, reiteramos que el Plan de Legalización de Minería de Hecho no genera derecho de preferencia a favor de sus solicitantes. En efecto, el artículo 4 del Decreto 2390 de 2002 –reglamentario del artículo 165 de la Ley 685 de 2001– dispone que la solicitud de legalización de minería de hecho se

rechazará en el caso de que la zona pedida para el mismo mineral se superponga con:

Solicitudes de legalización en trámite, propuestas de contratos de concesión y solicitudes anteriores, solicitudes de autorizaciones temporales anteriores o autorizaciones temporales en ejecución, títulos mineros otorgados inscritos o no inscritos en el Registro Minero Nacional, títulos de propiedad privada del subsuelo, zonas de reserva especial, zonas de seguridad nacional, zonas excluibles de la minería, zonas de minería restringida y demás áreas de protección ecológica y ambiental de acuerdo con la normatividad ambiental vigente, sin la correspondiente autorización o en áreas de inversión estatal; y las áreas sobre las que se hubiere resuelto abrir licitaciones y concurso dentro de las zonas anteriormente aportadas, tal y como lo dispone el artículo 351 del Código de Minas...

Conclusiones

1. La legislación minera colombiana (Ley 685 de 2001) es la más formalista, en cuanto al criterio de asignación de áreas mineras de interés, entre las normatividades comparadas (Chile y Perú). El criterio de "primero en el tiempo, primero en el derecho", establecido en la Ley 685 de 2001, excluye de manera tajante la posibilidad de que los mineros tradicionales que han venido adelantando su actividad sin título minero puedan ejercer el derecho de preferencia frente a

propuestas de contrato de concesión presentadas por terceros.

2. El Plan de Legalización de Minería de Hecho, previsto en el artículo 165 del Código de Minas colombiano, aunque constituye una política estatal para legalizar las explotaciones mineras tradicionales que se han adelantado sin título minero vigente e inscrito, no otorga derecho de preferencia a los beneficiarios de estas, toda vez que tales solicitudes serán rechazadas si se superponen con solicitudes o títulos mineros presentados con anterioridad al pedimento de legalización de minería de hecho.
3. Mientras que en la legislación colombiana se eliminó cualquier tipo de tratamiento diferencial con respecto a las explotaciones mineras según su escala, en Perú se adoptó un reglamento especial para actividades tradicionales mediante la "Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal".
4. En Perú se reconoció de manera expresa el *derecho de preferencia* para los mineros tradicionales y artesanales, el cual está reglado de tal forma que se establece de manera perentoria el término procesal de dos meses para que se ejerza tal prerrogativa. Dicho término perentorio es totalmente pertinente para evitar dejar al arbitrio de los mineros artesanales la formalización y legalización de las zonas en las cuales están efectuando la explotación minera.
5. Aunque en Chile no existe tratamiento jurídico especial para la minería artesanal ejercida por pequeños productores mineros, la normatividad de ese país adopta criterios más sustanciales que la legislación colombiana en cuanto a la asignación de áreas de interés minero. En Chile el poseedor de una concesión minera puede ganarla por prescripción adquisitiva, perdiéndola, así, su dueño, lo que significa que con base en esta disposición puede prevalecer el derecho de quienes vienen adelantando actividad minera de manera tradicional sin concesión alguna, frente a los que la adquirieron y no ejercieron los derechos y obligaciones otorgadas en las condiciones previstas por la ley. Por otro lado, en este país se otorga *derecho de preferencia* a favor del primer descubridor, sin embargo, en la legislación chilena no se encuentra claramente definido el mecanismo mediante el cual este pueda oponerse a la manifestación o pedimento que presente una tercera persona que, actuando de mala fe, no ostente tal calidad.
6. Todas las explotaciones mineras, sin distinguir su escala, deben asegurar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene minera, con el objetivo de garantizar la integridad de la vida y salud de los trabajadores que laboren en ellas; igualmente, toda actividad minera debe adelantarse garantizando el cumplimiento del

principio de desarrollo sostenible,
para que sean compatibles con los

parámetros de protección al
medioambiente.

Bibliografía

REPÚBLICA DE CHILE: *Código de Minería Chileno*.

REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Ley 685 de 2001, Código de Minas Colombiano*.

_____ : *Decreto 2390 de 2002*, reglamentario del artículo 165 de la Ley 685 de 2001.

REPÚBLICA DEL PERÚ: *Decreto Supremo N.º 013-2002-EM*, mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal del Perú.

_____ : *Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería del Perú*.

