


**cc creative commons**

**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**


La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**  
Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

**Usted es libre de:** 

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

**Bajo las condiciones siguientes:**

 **Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

 **No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

# **APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS REGALÍAS EN COLOMBIA\*.**

Una perspectiva socio jurídico y filosófico de la minería colombiana desde la teoría de justicia de Rawls

Ana Edith Castiblanco González<sup>1</sup>.

## **RESUMEN**

El presente artículo busca realizar el análisis de la actividad minera en Colombia bajo el enfoque de los principios de justicia manejados por Rawls en su teoría de la justicia.

Motivo por el cual, dentro del presente texto se abordarán conceptos como eficacia, validez, legitimidad, entre otros desde un enfoque distribucionista de deberes y beneficios en la normatividad vigente presentada por las instituciones encargadas regular la actividad minera en Colombia.

## **PALABRAS CLAVES.**

Riqueza, Maximización de la Riqueza, Principio de Diferencia (Eficiencia Paretiana) Principio de Efectividad, Legitimidad, Validez, Justicia.

---

\* La presente investigación jurídica se ha realizado por el autor con la finalidad de cumplir con los lineamientos establecidos por el Doctor Manuel Asdrúbal Prieto Salas – director trabajo de grado – y por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, para optar por el título de Abogado.

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código de estudiante 2108559, con cédula de ciudadanía número 1.075.671.938 Teléfono: 3143453572. E mail: aecastiblanco59@ucatolica.edu.co, Bogotá D.C. Colombia.

# **APPLICABILITY OF THE BEGINNING OF JOHN'S JUSTICE RAWLS IN THE DISTRIBUTION OF THE PRIVILEGES IN COLOMBIA.**

A perspective juridical and philosophical associate of the Colombian mining from the  
theory of justice of Rawls

## **ABSTRACT**

The present article thinks about how to realize the analysis of the mining activity in Colombia under the approach of the beginning of justice handled by Rawls in its theory of the justice.

I motivate for which, inside the present text there will be tackled concepts as efficacy, validity, legitimacy, between others from an approach distribucionista of duties and benefits in the current normatividad presented by the in charge institutions to regulate the mining activity in Colombia.

## **KEY WORDS**

Wealth, Maximization of the Wealth, difference Beginning (Efficiency Paretiana)  
Beginning of Effectiveness, Legitimacy, Validity, Justice.

## **SUMARIO**

Introducción.....	4
1. La minería en colombia.....	5
1.1. El posicionamiento del derecho minero en la economía colombiana. ....	7
1.2. Las regalías en colombia .....	12
2. El concepto de justicia y su entorno social .....	16
2.1.Rawls en la teoría de la justicia.....	19

2.2. Críticas a la teoría de la justicia de Rawls .....	21
3. El problema de la maximización de la riqueza frente al principio de diferencia.....	22
4. Legitimidad vs legalidad en el derecho minero. ....	25
5. Conclusiones .....	28
6. Referencias .....	29

## **INTRODUCCIÓN**

Si bien la economía es uno de los factores más importantes del desarrollo en un país, actualmente también lo está siendo la preservación del medio ambiente, ya que para nadie es un secreto que la tierra presenta altos índices de deterioro. Es por esto, que la incorporación de normas ambientales en los estados supone un reto para cada estado pues el mismo debe tratar de conciliar la explotación económica con la preservación de los recursos naturales renovables como no renovables.

En el caso colombiano la preocupación por realizar dicha conciliación aparece a finales del siglo XX, con una serie de paquetes normativos, que obligaban a las empresas mineras y a los mineros artesanales de baja y mediana escala a preservar recursos como el agua y los bosques. Es importante resaltar que en 1974 el código de recursos naturales y de protección del medio ambiente declara al medio ambiente como un patrimonio propio de la humanidad y es necesario protegerlo de cualquier actividad que atente en su contra de forma indiscriminada, velando por el desarrollo económico y social de Colombia. Así mismo, la protección a las comunidades y grupos étnicos potencialmente toma una importancia vital dentro del estado social de derecho ya que se busca proteger a dichas comunidades manteniendo así un patrimonio inmaterial de sumo valor.

Es por esta razón y atendiendo a la actualidad del tema que se aborda la siguiente pregunta de investigación: ¿Las políticas públicas implementadas por el gobierno Colombiano en materia regalías producto de la minería se ajustan a los principios de Diferencia y eficacia desarrollados por John Rawls para una sociedad justa?, debido a que la actividad minera es una área sensible para el estado colombiano no solo por su valor en la economía sino que a través de ella se impactan tanto derechos fundamentales

como colectivos todos los individuos que pertenecemos a la sociedad colombiana. Tocando los siguientes temas: Primero la Minería en Colombia; segundo la Maximización de la Riqueza Frente al Principio de Diferencia aplicado; tercero la Legitimidad vs Legalidad en la legislación minera colombiana; cuarto la legitimidad vs legalidad en el derecho minero y por último se abordaran algunas conclusiones sobre el tema tratado.

Para resolver la pregunta de investigación dentro de la presente disertación se emplea tanto la metodología inductiva, como la metodología deductiva y pragmática, pues se pondrá en tensión el caso de la minería ilegal o de hecho con la Teoría de la Justicia de JOHN RAWLS.

## **1. LA MINERÍA EN COLOMBIA.**

La minería colombiana se ha visto avocada al mejoramiento continuo tanto en la regulación de la actividad minera misma como en las condiciones laborales para los trabajadores mineros. Varios ejemplos de ello se enmarcan en la ley 9ª de 1979 en donde se dicta las medidas sanitarias en materia de protección ambiental, regulación, legalización y control de descarga de residuos y materiales que pueden afectar las condiciones sanitarias del medio ambiente (Congreso de la República de Colombia). Así como también, podemos encontrarnos con el decreto 2222 de 1993 en donde se define la escala de la minería funciones del empleador y trabajador, así como el comité de higiene y la seguridad Social para este tipo de labor (Congreso de la República de Colombia).

Por su parte la ley 685 de 2001 o código de minas tiene como objetivo el interés Público de fomentar la explotación técnica de los recursos Mineros de la propiedad Estatal y Privada (Congreso de la República de Colombia). Lo anterior, pretende estimular las actividades mineras sin dejar de satisfacer los requerimientos mínimos de seguridad que la misma demanda.

Como, por ejemplo, la protección de los recursos renovables y no renovables, así como la preservación del medio ambiente y su ecosistema dentro del concepto de integridad desarrollo sostenible y de fortalecimiento económico y social del país.

Por su parte el decreto 2637 del 2012 que reglamenta el artículo 112 de La Ley 1450 de 2011 dispone lo siguiente:

Para los fines de control de la comercialización de minerales el Instituto colombiano de geología y minería INGEOMINAS o quién haga sus veces deberá publicar la lista de los titulares mineros que se encuentran en la etapa de explotación y que cuentan con las autorizaciones o licencias ambientales requeridas, esta lista también debe incluir la información de los agentes que se encuentran autorizados para comercializar minerales (Congreso de la República de Colombia ).

Así mismo, el decreto 0933 de mayo del 2013 en donde se dictan disposiciones en materia de formalización de la minería tradicional y se modifican unas definiciones del glosario minero como la definición de minería tradición. Se puede evidenciar la aparición de conceptos tales como el manejo ambiental dentro de la explotación minera con arras de mitigar el impacto ambiental.

En el decreto 1374 del 2013 se establecieron los parámetros para el señalamiento de reservas de recursos naturales de manera temporal y se dictaron algunas disposiciones sobre la preservación de los mismos.

Igualmente el decreto 480 del 2014 se reglamentó las condiciones y los requisitos en la celebración y ejecución de los subcontratos de formalización minera, en donde se determinando que la autorización del subcontrato de formalización minera es parte esencial de la documentación requerida y causa de rechazo por la solicitud del contrato minero, dicha autorización y aprobación de subcontrato de formalización minera forma parte del folio de documentos que se han de tener en cuenta a la hora de adjudicar un contrato al igual que el plan de trabajo con su respectiva fiscalización del contenido del mismo. Así como también hacen parte el control y seguimiento ambiental sin este se estaría incurriendo en una de las causas de terminación del contrato ejes.

Finalmente, la minería colombiana se encuentra en una etapa de crecimiento sostenido el cual, corresponde al 7.5% del territorio nacional. Por ejemplo, la producción de oro en Colombia alcanza las 40 toneladas anuales y Según el Plan de visión Colombia 2019 Se espera que la producción de este mineral llegué a las 80 toneladas anuales (PBI Colombia, 2011, pp.1 -2), dicha alza supone una mayor confianza en el inversionista extranjero o/y nacional. Pero sin embargo genera una disminución en el ingreso ya que se establece que

las regalías presentan una baja dramática a nivel nacional para el desarrollo departamento, gracias a factores como la violencia civil y la corrupción estatal que impiden la correcta inversión de dichas regalías en los planes de gobierno que maneja cada departamento.

### **1.1.EI POSICIONAMIENTO DEL DERECHO MINERO EN LA ECONOMÍA COLOMBIANA.**

En Colombia, a raíz de la Segunda Guerra Mundial y con todas las implicaciones sociales y económicas que se suscitaron para la época. Es que el Estado vio la necesidad de darle una mayor relevancia a la industria minera, fomentando la exploración y la explotación, así como el aprovechamiento de recursos naturales y el desarrollo de diversas fuentes de Producción.

A partir de lo expuesto anteriormente el gobierno opta por crear el Ministerio de Minas y Petróleos mediante el Decreto 968 del 18 de mayo de 1940. En donde se modificó la estructura estatal vigente a la fecha y se reglamentó, al Ministerio de Economía Nacional, quien para la fecha era el encargado de establecer los reglamentos y políticas para el desarrollo de la actividad minera en Colombia. Es por este motivo, que la extracción la de carbón, sal y petróleo se convirtieron en las más destacadas dentro de la producción minera. Sin embargo, las Fuentes Energéticas como el gas natural y los minerales radioactivos, no se quedaron atrás y para la década de los sesentas.

Más adelante en los periodos comprendidos entre los años 1990 a 2011, de acuerdo con la información proporcionada por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) la producción de minerales en Colombia se triplicó pasando de

Un 31.7 a 99.9 millones de toneladas. Adicionalmente, ésta presento un promedio de crecimiento anual de 3.4% durante la década de los noventa, para luego acelerar su crecimiento a 7.7% entre los años 2000 y 2011, lo que equivale a un crecimiento promedio anual de 5.9% durante todo el periodo (Andrés Escobar, 2014, p. 16).

Las cifras antes referenciadas ejemplifican el crecimiento en materia de explotación y extracción de materiales como el carbón y la piedra caliza, en el ejercicio minero Colombiano. Así las cosas, es importante resaltar que materias primarias como el Carbón se han convertido en una actividad sumamente rentable para la economía Colombiana

cuya representación en el PIB<sup>2</sup>, ha demostrado un crecimiento sostenido en el tiempo llegando a representar el 67.6% de la producción total de la minería entre 1990 y el 85.9% en 2011.

Bajo este entendido se hablaría que en materia minera, Colombia presenta un volumen de extracción en crecimiento de diversos materiales minero como el carbón con un 1,684; seguido por los Materiales para construcción con 4,384 y que en los últimos años, de acuerdo a la Agencia Nacional de Minería se ha venido trabando el Oro con un 1,050, así como la Plata y Níquel que se da gracias a la expedición de Títulos Mineros. Cabe resaltar al respecto que los departamentos que presentan un mayor desarrollo son: Antioquia, Boyacá, Cundinamarca, Norte de Santander, Santander, Meta, Casanare y más recientemente la costa atlántica sin que esto implique de forma directa la cantidad de títulos que es equivalente a la mayor producción de esta (Defensoria del Pueblo Colombia, 2016).

Sin embargo, las cifras antes mencionadas son cifras oficiales manejadas tanto por el Ministerio de Minas y Energía como la Agencia Nacional de Minería. Pero ¿Qué sucede con las cifras extraoficiales que manejan los otros tipos de la minería existentes en Colombia?, como lo son la Minería de Hecho, la tradicional, la ilegal, ilícita, presentes en los departamentos como Choco, Valle del Cauca, Tolima, Casanare, Córdoba, entre otros departamentos a lo largo y ancho del territorio Nacional.

Teniendo en cuenta, que autores como Barreto sostiene que Minecol para el año 2000, informa de la existencia de actividad minera ilegal del 36% (María, 2003). Mientras que el Censo Minero Departamental Colombiano para los años 2010-2011 hablan de un 63% (Contraloría General de la República). Lo que permite observar un crecimiento vertiginoso de la actividad minera ilegal que no solo afecta a la economía sino también, la aparición de grupos insurrectos que se disputan el dominio sobre las minas y el producto de la misma para ser comercializado en el mercado obteniendo las ganancias para ellos y dejando a un lado al trabajador minero.

---

<sup>2</sup> PIB: Patrimonio Interno Bruto, Es el total de bienes y servicios producidos en un país durante un período de tiempo determinado. Incluye la producción generada por nacionales residentes en el país y por extranjeros residentes en el país, y excluye la producción de nacionales residentes en el exterior. Tomado de: <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/page/qu-producto-interno-bruto-pib>



En consecuencia la Minería de Hecho, la tradicional, la ilegal, ilícita son tipos de minería que aparecieron en el territorio colombiano debido a la falta de normatividad seria respecto a la actividad minera, así como el poco o nulo apoyo que el gobierno expresa hacia este sector. Ya que las regalías por esta actividad minera en departamentos como el Choco se ven diluidas en los altos niveles de corrupción generando altos índices de pobreza y la aparición de organizaciones al margen de la ley que buscan el dominio del negocio aumentando la violencia.

Además de la problemática social expuesta anteriormente el Gobierno nacional en temas mineros opta por adoptar políticas insuficientes para controlar la informalidad laboral en el sector minero. Un ejemplo de este fenómeno se evidencia en la privatización de la actividad minera y los estímulos tributarios que se otorgan a las industrias privadas para que exista una mayor inversión extranjera dejando de lado a empresas nacionales y comunidades minoritarias.

Es por lo expuesto anteriormente, que se sugiere un mayor compromiso del gobierno a nivel ejecutivo y legislativo. Puesto que, es evidente y latente la necesidad de implementar y aplicar Políticas Públicas y normativas que organicen la actividad la actividad minera de forma eficiente y eficaz, permitiendo una participación incluyente y preferencial a comunidades indígenas, palanqueras, campesinas. Así como también, al gobierno gobiernos a través de las Corporaciones autónomas regionales y organismos que velen no solo por el desarrollo económico sino también por la protección del ecosistema y preservación.

Debido a lo antes mencionado se puede inferir que el a nivel minero minero (Defensoría del Pueblo Colombia, 2016) antes mencionado supone un impacto social y ambiental que afecta tanto a los trabajadores como a la comunidad en donde se desarrolla la actividad minera.

Por otra parte es importante recalcar que la actividad minera representa un cambio de paradigma a nivel político, social, ambiental y económico para cualquier sociedad que busque un desarrollo sostenible y una economía productiva para el mismo.

En materia de políticas públicas el estado colombiano se ha preocupado por crear e implementar una serie de medidas que propendan la estabilización y formalización de dicha actividad a lo largo y ancho del país a través de las siguientes modalidades:

- i) Fortalecimiento de la actividad Minera
- ii) Evitar en mayor proporción la Ilegalidad en la Minería.

En este punto es imperativo recalcar que la minera en Colombia presenta unos niveles elevados de informalidad e ilegalidad en su ejercicio y es por este motivo que se ha optado por dejar de lado el “Paternalismo” en esta área, y abriendo la puerta a la inversión extranjera. Las mismas que entre el 2006 y 2010 han comprado o arrendado alrededor de doscientos millones de hectáreas de entre suelo y subsuelo Colombianos (Velasco, 2013, p. 3). En consecuencia y gracias a la explotación minera nacional y extranjera que se ha venido sosteniendo en Colombia, el Estado se ha visto obligado formalizar la actividad a nivel laboral y jurídico, implementando la figura de la Concesión como modelo contractual. Dicho contrato incluye en un solo título tanto la exploración, la construcción, el montaje y extracción de materias del subsuelo. Sin embargo, dicho contrato generaba una suerte de monopolio prohibido en Colombia, por parte de las empresas que les eran adjudicadas con la concesión.

Al respecto la sentencia C-750 de 2008 enuncia “el monopolio, desde el punto de vista económico se describe como la situación que se da cuando una empresa o un individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio” (Corte Constitucional Colombiana), y que dicha actividad se encuentra proscrita por la constitución política colombiana, la cual vela en su plexo normativo por la libre competencia y la libertad económica. Y solo se permitirá la creación de dicha figura cuando la misma, sirve a un interés colectivo como se evidencia en el art. 336 de la carta política.

En consecuencia y como lo establece la sentencia C-616 de 2001:

Estado tiene el deber y la facultad de evitar la conformación de monopolios, como también debe evitar las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo (Corte Constitucional Colombiana).

En materia legislativa nos encontramos con la Ley 685 de 2001 o código de minas el cual compiló y redujo los trámites propios de las contrataciones mineras con el propósito de incentivar la inversión extranjera y de promover la minería en un marco de estabilidad jurídica con miras al desarrollo económico, social y ambiental del país. Sin embargo, el margen de inversión no refleja un progreso significativo sino que por el contrario agudiza y evidencia la inconveniencia de tener como única figura de contratación a la concesión. Ya que, el mismo resulta insuficiente. Para autores como González Salazar

Ha sido tan precaria la aplicación de la concesión como modelo de contratación minera que en sus requisitos y exigencias, que lo que permite es conducido a que cualquier persona, sin acreditar capacidad técnica y económica alguna, adquiera la calidad de titular de contratos y sean muy escasos los proyectos serios y eficientes de desarrollo sostenible y racional del recurso minero (2014, p. 84).

En este orden de ideas las políticas implementadas por Colombia siempre han buscado equipararse a las políticas adoptadas por los países potencia, en donde existe un amparo legal tanto para el entorno ambiental, como para las personas que se dedican a la actividad minera. Sin embargo, para el año 2006 se objeta el Plan Nacional para el Desarrollo Minero Energético Visión 2019, por cuanto este carecía de desarrollo integral y no involucraba de forma apropiada a las comunidades indígenas y campesinas respecto a la modernización del código de minas.

Además dicho plan presentaba serias falencias en materia de coordinación interinstitucional e institucional, coordinación de información de cada institución, la demora en los trámites gubernamentales y la falta de respuesta eficiente y oportuna en los procesos de contratación estatal sobre todo en la etapa de pliego de condiciones en materia minera.

Por su parte en un informe de FEDESARROLLO manifestó que existe una evidente limitación tanto en el acceso a la información hacía los trabajadores mineros, como en el acompañamiento en los procesos de registro, obtención de permisos de explotación, además las licencias las licencias resultan sumamente costosas a nivel económico y de tiempo. Sin embargo lo más preocupante del mencionado informe resulta ser el hecho que las autoridades gubernamentales carecen de capacidad para regular y supervisar las actividades mineras desarrolladas a lo largo del territorio nacional (Fundación para la Educación superior y el desarrollo, 2008). Ante estos inconvenientes el gobierno ha optado por tomar medidas para tratar de mitigar el problema y es así como a través de diversas políticas públicas ha buscado formalizar de una buena vez el sector minero, para que su ejercicio sea efectivo y eficaz.

Bajo esta visión el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, mediante el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, estableció: que la minería sería uno de los sectores que jalonaría la economía del país, a través, de la explotación de diversos minerales (Plan Nacional de Desarrollo "prosperidad para todos"). Además, busco simplificación de los trámites, la limitación del acceso de información de las potenciales reservas mineras y autorizo las expropiaciones con el fin de evitar una explotación indiscriminada,

esto generó un impacto social desfavorable que se irradia en el desplazamiento forzoso de los habitantes de las zonas rurales, sin tener una reubicación adecuada para que los mismos pudieran establecerse sin llegar a convertirse en un índice más de desplazamiento y pobreza.

Por otro lado el gobierno Nacional ha optado por ejercer un mayor acompañamiento de la fuerza pública en las zonas de exploración y explotación, con el objeto de preservar el orden en dichas zonas mineras, brindando un acompañamiento a las industrias mineras que en su mayoría son extranjeras. Esto ha ocasionado enfrentamientos por las tierras entre los campesinos y los industriales.

A causa de lo antes mencionado la actividad minera se ha convertido en una suerte de permisión entre los entes estatales y la industria mineras, generando en dichas zonas toda suerte de conflictos de tipo social y económicos. Entre los más destacados encontramos la corrupción y los conflictos armados, los cuales se disputan para sí mismos el control de las ganancias propias de la actividad minera y obligan al ciudadano a soportar una mayor carga reflejada en las alzas a los impuestos.

En consecuencia se infiere que el Estado, por mano propia, ha fortalecido las industrias capitalistas y dejado de lado la industria tradicional, generando una desventaja en la sana competencia en el sector minero, lo cual, ha obligado a los sectores marginados a incursionar en grupos al margen de la ley para tratar de subsistir.

## **1.2. LAS REGALÍAS EN COLOMBIA**

La palabra regalía es ampliamente conocida por la mayoría de los ciudadanos, sin embargo, pocos saben que significa y mucho menos cómo funciona en la economía colombiana. Según la RAE regalía a nivel económico es:

La participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo, o lo que es lo mismo, regalía es la contraprestación económica en un porcentaje de los resultados por el uso de la propiedad ajena registrada por otra persona. (Real Academia Española., 2018).

Es decir, que tanto la persona o empresa que explote económicamente algún recurso, debe pagar una pequeña compensación por dicha actividad. Es así como, las regalías surgen

del uso de activos o derechos ajenos, como una contraprestación emanada de un contrato para dicha actividad.

En el caso de Colombia la minería representa actualmente uno de los pilares más importantes para aumentar el desarrollo nacional, la competitividad y el posicionamiento económico del Estado a nivel global. Sin embargo, las regalías que genera esta actividad en el país han sufrido grandes flagelos como la corrupción lo que ha ocasionado en la población mayores índices de pobreza, analfabetismos, inequidad y por supuesto una ineficiencia de ejecución y distribución de dichas regalías en los sectores más necesitados de territorio nacional.

En materia normativa nos encontramos que en 1905 el Congreso de la República expidió la Ley 6ª del mismo año en donde esta se otorgó a Roberto de Mares una concesión para explotación de yacimientos de petróleo en las áreas de Carare y Opón, de la cual fue descubierto el campo conocido como Cira-Infantas (Mayorga García, 2001). Y que más adelante terminaría cediéndose a Ecopetrol<sup>3</sup>.

Posteriormente, apareció la Ley 20 en su art 12 facultó al estado nacional para que este declarara reserva nacional cualquier área petrolífera del país y de esta forma la misma pasara a ser explotada por Ecopetrol sin tener que someterse al régimen ordinario de contratación y licitación (Congreso de la República de Colombia , 1969). El objetivo de dicha norma se sustentaba en mantener la administración de hidrocarburos nacionales en cabeza del gobierno nacional y de esta forma tener el directo de las regalías a través, de Ecopetrol con asociación de la inversión nacional o extranjera.

Más adelante en 1991 se hizo evidente la necesidad de modificar la legislación pre existente en materia legislativa, para Jaramillo la necesidad de modificar las normas en materia minera surgen de las presiones sociales, en la medida grupos sociales exigían una mayor participación en las reformas sociales por la cual fue convocada la Asamblea Nacional Constituyente (2003).

Con la consttucion del 91 el concepto de regalía se encuadra en los artículos 360 y 361 de la Constitución Política de Colombia que mención:

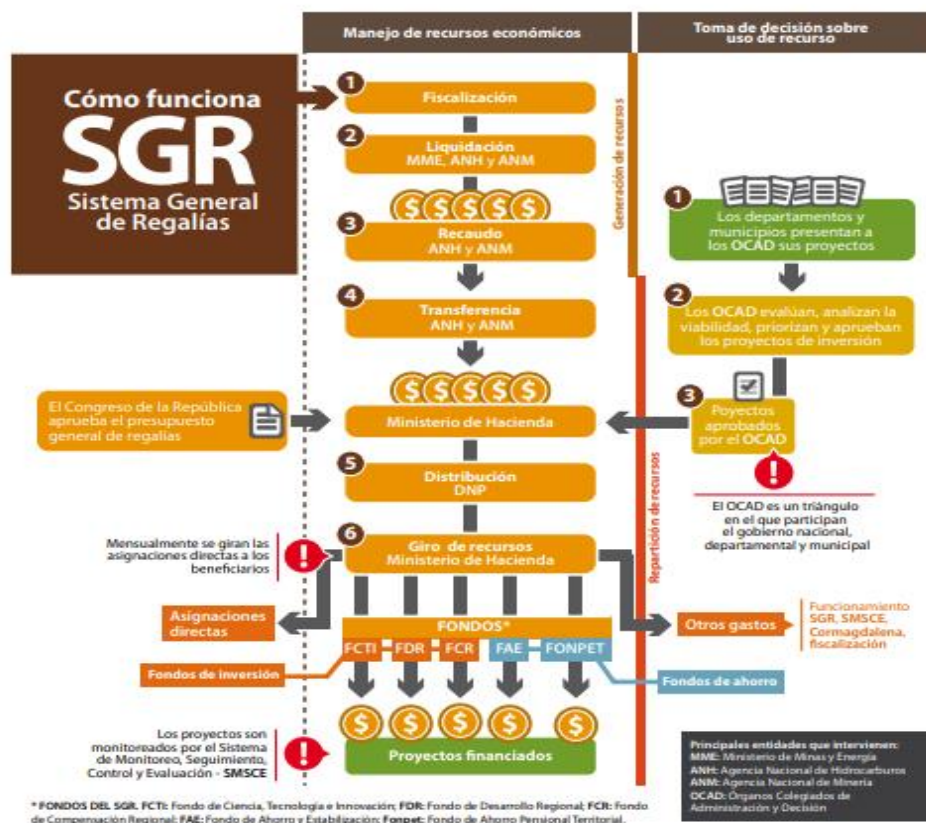
---

<sup>3</sup> Ecopetrol: compañía petrolera creada por el gobierno colombiano en 1948 con el objetivo de manejar las actividades mineras del país.

Las regalías son la contraprestaciones a favor del Estado que realizan las compañías explotadoras de recursos naturales no renovables, las cuales eran otorgadas directamente a los departamentos en los cuales se realicen las mismas [...] las mismas serán destinadas a una inversión social con el objetivo de buscar satisfacer las necesidades básicas de la sociedad priorizándose temas como el analfabetismo, primera infancia, salud y etc. (Constitucion Política Nacional , 1991).

Además en dicho plexo normativo se ordena la creación del Fondo Nacional de Regalías el cual administrara las regalías que no hayan sufrido asignación alguna, para las entidades territoriales según lo establezca la ley. Y serán utilizados en la prevención del medio ambiente, proyectos prioritarios propios de los planes de desarrollo regionales entre otros.

Es por ello, que el valor monetario de las regalías depende en lo fundamental del volumen de producción; del canon; del precio internacional cuando el bien se exporta; del costo de transporte entre la boca de mina y el puerto; y, de la tasa de cambio. Para controlar este proceso es que se crea el sistema general de regalías, el cual se encuentra explicado en la siguiente gráfica:



**FIGURA1. FONDO DEL SGR. FCTI: Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; FDR: Fondo de**

Desarrollo Regional; FCR: Fondo de Compensación Regional; FAE: Fondo de Ahorro y Estabilización; Fonpet: Fondo de Ahorro Pensional Territorial, recuperado de [https://agenciadenoticias.unal.edu.co/uploads/media/Claves\\_Digital\\_No.\\_59.pdf](https://agenciadenoticias.unal.edu.co/uploads/media/Claves_Digital_No._59.pdf)

En este punto la reestructuración de las regalías entre los municipios, departamentos y nación se hizo intrínseca, debiendo asignar un 22% de los ingresos corrientes a los municipios y el situado fiscal y los ingresos por regalías que serían repartidos en los departamentos de todo el país y no solo en las regiones beneficiadas por la presencia de algún recurso natural (Kalmanovitz, 2003).

En consecuencia los recursos del presupuesto nacional son provenientes en gran parte de las regalías propias de la explotación minera. Con el objetivo de que estas financien los programas sociales nacionales. Para Zapata los recursos provenientes de las regalías buscan favorecer un alto número de municipios y departamentos y sus ingresos propios (Zapata, 2010).

En este mismo sentido la jurisprudencia ha venido a llenando los vacíos normativos en materia minera por ejemplo la sentencia C-567/95 señala que “las regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables son una especie de contraprestación económica que hace parte del patrimonio del Estado (...)” (Corte Constitucional de Colombia). Y esto es que el acto Legislativo que crea el SGR, tiene por objetivo en primer lugar recaudar fondos los cuales, serían invertidos en varias áreas de la ciencia, tecnología e innovación de los departamentos, municipios y distritos. Así como también, distribuir los recursos excedentes a los fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional. En ningún caso los recursos de este fondo podrán financiar gasto corriente.

Por otra parte tanto las universidades públicas como privadas poseen cuatro y dos cupos, respectivamente, pero solo un voto en la toma de decisiones, dentro la junta directiva de la Secretaría Técnica de Colciencias. Lo anterior indica que en cada departamento colombiano quien realmente ejerce el poder de decisión es el gobernador y por ende el criterio de asignación de recursos para la inversión de proyectos abandona el criterio de la justicia lo cual, se traduce en un criterio político y no técnico que termina generando mayores índices de corrupción.

En consecuencia si se ve a las regalías desde un punto de vista el punto netamente económico, estas vendrían hacer el precio que se paga por la explotación valor de los recursos naturales no renovables el precio en el subsuelo. Lo que es un yerro absoluto,

puesto que tomar la regalía como un tributo para quienes explotan dichos bienes, los excluye de una responsabilidad social y ambiental para el país. Ya que, el uso de las regalías debe encaminarse al desarrollo social de las comunidades y de esta forma procurar un crecimiento sustentable de la economía del país, la estabilidad social y el medio ambiente.

## **2. EL CONCEPTO DE JUSTICIA Y SU ENTORNO SOCIAL**

El término justicia es uno de los más ambiguos dentro del lenguaje, que data desde la república de Platón ya que este en su obra lo conceptualiza como la virtud del hombre, que se deriva de la idea del bien y la armonía del mundo (Platon, 2005), más adelante Aristóteles en su obra *Ética Nicómaco*, define la justicia en grandes aristas que son la conmutativa o coercitiva en la restauración de la igualdad cuando esta fue mancillada, a través de la relación que era regulada en un contrato. Y la justicia distributiva la cual, radicaba en la en distribución social, abordando las necesidades y méritos que tiene cada integrante social, motivo por el cual, el autor entiende a la justicia como un dar a cada cual lo que le corresponde, en proporción a la contribución social que el mismo hace (Aristóteles, 2018). De esta manera el concepto de justicia fue más allá y tomó un carácter social y operativo.

Por su parte Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII entiende la justicia como un concepto propio de la ley natural y en su obra *la suma teológica* manifiesta que el concepto de justicia es el hábito por el cual el hombre le da a cada uno lo que le es propio y esto se logra mediante una voluntad perpetua y constante (Aquino, 2002). A partir de esta concepción se puede observar que el autor hace una distinción entre la justicia general y la justicia particular, la primera hace referencia a un bien común dirigida por la rectitud de la voluntad del sujeto. Mientras que la segunda está dirigida a las relaciones interpersonales entre los sujetos.

Tanto los planteamientos de Platón, Aristóteles y el mismo Santo Tomás sirvieron como base para fundamentar lo que se conoce como justicia social y los derechos de los ciudadanos dentro de la sociedad como agentes activos de participación en procura del bien común.



Sin embargo, existen otros autores que ven la justicia social desde un punto de vista utilitarista como Hutcheson que manifiesta “la mejor acción es aquella que procura la mayor felicidad al mayor número y la peor acción la que, del mismo modo, otorga miseria” (Hutcheson, 1725, p. 8). Su concepto se encuentra ampliamente fundamentado en la economía que respondía al precepto de que si la sociedad se encontraba ordenada por ende es justa. Así mismo, Sen & Williams entiende la justicia social como:

la combinación consecuencialismo entendido como líneas de acción, las cuales deben elegirse sobre la base de los estados que de ellas resultarían como producto, lo que el juicio de una acción no contempla quién hace qué a quién sino solamente las eventuales consecuencias que implica (1982).

En los estados sociales de derecho se debe atender el bienestar de la sociedad y la satisfacción de las necesidades debe ser amparada en el bienestar común y las mayorías comunitarias prestando un especial énfasis en las minorías étnicas, raciales, religiosas y culturales.

Por su parte la visión contractualista de la justicia social se basa en el ideal de que los seres humanos se adhieren a un contrato social de forma implícita, lo que les genera tanto obligaciones como derechos, cediendo una parte de su libertad al Estado. Esto les permite vivir en comunidad porque de lo contrario expresa Locke que el hombre no tendría ni trabajo, ni agricultura siendo la vida muy solitaria y peligrosa (Locke, 2003). Por esto es necesario asociarse en un contrato que reglamente el orden social y civil e imparta justicia a sus asociados. Sin embargo, los planteamientos contractualistas presentan grandes falencias como por ejemplo el postulado que todas las personas son iguales e independientes. Al respecto Martha Nussbaum que la doctrina contractualista se equivoca al pensar que todos los componentes humanos de una sociedad son iguales y tienen las mismas facultades, ya que este concepto no absorbe a minorías tales como los discapacitados, inimputables, entre otras minorías (Nussbaum, 2007).

Así las cosas la distribución de bienes como recursos materiales y culturales crean en la sociedad un reconocimiento del derecho al goce de estos recursos a los individuos pertenecientes a la misma, generando así la obligación de cuidado y protección sobre ellos, lo que se materializa en la participación consiente sobre las políticas de prevención y protección de los recursos no renovables.

Por otra parte dentro del sistema jurídico la justicia se encuentra expresada de forma operativa en la decisión judicial misma como lo afirman Rodríguez Ortigón, D. & León Molina, J al establecer que:

La decisión judicial cuenta con una estructura interpretativa variable y discutible, dado que deberá acoplarse a los preceptos normativos que la justicia constitucional reclama y que no sería plausible sin la división de los poderes. Esto le atribuye al juez, como administrador de justicia, la pronta y eficaz manifestación de justicia, labor que precisa un análisis racional y argumentativo suficiente para acercarse a una decisión constitucionalmente justa. Además, las limitaciones con las que cuenta el sistema aparecen en el lenguaje y en la interpretación, pero por medio del alcance del metalenguaje puede surgir una solución desde el lenguaje formal a lo que resulta ser un vacío normativo (2015, pág. 109).

La minería supone un gran reto para los operadores jurídicos colombianos, puesto que si bien existe normatividad al respecto esta resulta insuficiente para resolver los diversos acontecimientos o situaciones que estos producen, como por ejemplo, la minería ilegal y los daños medioambientales producto de la minería, que no solo afectan derechos tales como el trabajo, la dignidad humana, la inclusión pluricultural sino que afectan al medio ambiente y los derechos que el mismo posee en el ordenamiento colombiano.

Al respecto señalan Mendoza:

Paradójicamente el daño al medio ambiente en Colombia, es permanente y las autoridades Estatales nada hacen al respecto. Ya que, En Colombia la legislación es muy amplia, en su mayoría cubre todos los derechos y deberes de los ciudadanos, pero lamentablemente, se aplica más a conveniencia e intereses particulares que por el ejercicio mismo que la justicia demanda (2017, p. 66).

Lo anterior se desprende de la falta de educación en materia ambiental específicamente a lo que respecta la minería, desencadenado que no solo los grupos al margen de la ley sino las comunidades excluidas de la formalización minera, opten no solo por la destrucción del medio ambiente sino por la generación de confrontaciones violentas en estos sectores por el dominio de la explotación minera. Es por esto que el estado colombiano debe propender por crear políticas educativas, de empleo, de prevención y mitigación ambiental, así como inclusivas respecto a la explotación minera en el territorio colombiano, para que tanto el sector industrial ya sea nacional como extranjero y las minorías puedan beneficiarse de dicha actividad sin generar un impacto negativo en el ecosistema nacional.

Así como también debe proponer mesas de trabajo en las cuales participen sectores como los indígenas, afro campesinos, industriales con el fin de llegar a acuerdos consensuados en la búsqueda de lo que Becerra denomina “una transformación de la justicia retributiva” (. Becerra, 2009, p. 290) ya que dichos acuerdos favorecerían de una forma equitativa a cada una de las partes y las mismas serían tomadas en cuenta en la configuración de las políticas públicas.

## **2.1.RAWLS EN LA TEORÍA DE LA JUSTICIA**

El concepto de justicia como ya se ha mencionado anteriormente es un concepto ambiguo que se presta para la interpretación de cada individuo y es por ello que diversos autores han intentado teorizar al respecto. Sin embargo en 1971 Rawls presentó una teoría que representa una contribución significativa a la filosofía política, donde pretende superar el utilitarismo desde un entorno multidisciplinar que incluye la economía, la sociología, la psicología y la teología.

Para comenzar la teoría de Rawls se funda en el acuerdo entre sujetos racionales que son libres e iguales ante ley, lo que implica estos se encuentran sujetos a una situación contractual justa. Por ende el autor entiende a la sociedad como:

La asociación de personas autosuficientes que en sus relaciones con el entorno reconocen un mínimo de reglas conductuales como condicionantes de obligación para sí mismo y el otro y es por esto que se ciñen a las mismas en busca de una paz (J, 1971, p.18). Esto quiere denotar que la sociedad se asimila a una colmena de abejas u hormigas, en donde cada individuo se acopla al sistema respetando una serie de normas que le aseguran la sana convivencia y la interacción social de forma racional y equitativa.

Dicha asociación de sujetos debe ser desinteresada por parte de los sujetos que en su mayoría cuentan con una capacidad moral y un sentido de justicia común, capaces ajustarse a un contrato que se encuentra fundado en un velo de ignorancia respecto a la situación particularidad de cada individuo, con el objetivo de crear situaciones comunes de justicia amparada en un bien común.

Sin embargo, la teoría de Rawls va más allá de la superación de la visión utilitarista e institucionalista, sino que trata el pluralismo en las sociedades democráticas, dando una relevancia a las libertades políticas sobre las cívicas, puesto que los sujetos asociados

contractualmente se convierten en personas morales que crear un modelo de sociedad organizado y equitativo como se ha venido reiterando a lo largo del capítulo.

Dando paso de esta forma a la distinción existente entre la racionalidad y lo razonable. La primera se encuentra situada para Rawls en la esfera particular del sujeto en el contexto social, puesto que esta le permite autorregularse. Mientras que, la segunda se encuentra en la esfera pública de ese ciudadano que crea el sentimiento de cooperación y solidaridad (Rawls, 2002). Al respecto diversos autores reconocen la importancia de una ética pública dentro del sistema normativo y social. Este es el caso de Galán que sostiene:

La ética pública— hace referencia al conjunto de objetivos que debe alcanzar el poder político por medio de su Derecho y tiene como finalidad el desarrollo integral de cada persona, bajo el imperio del deber sobre la aspiración del individuo. Esta moral es reconocida por el Derecho con el término de justicia, mientras el origen o ejercicio del poder se conoce como legitimidad (2017, p. 111).

Así las cosas y como se ha mencionado con anterioridad aparece lo que se designa como el velo de la ignorancia que el desconocimiento de las posibles ventajas o desventajas en un determinado acontecimiento y de esta forma ninguno de los integrantes sociales podría utilizar dicha información para someter o persuadir al otro según su voluntad o necesidad. Por otra parte el sometimiento al orden supremo en la teoría de Rawls asegura la priorización de lo justo sobre lo bueno, dándole paso a lo que el autor denomina una justicia procedimental la cual, es articulada por la persona moral. En donde la libertad es el precondition de la igualdad. Por esto es que Mouffe considera que “La cuestión fundamental de la justicia política es, pues, encontrar ‘los principios más adecuados’ para realizar la libertad y la igualdad una vez que la sociedad es concebida como un sistema de cooperación entre personas libres e iguales” (1999, pág.5).

Por su parte autores como Hincapié & Quintana señalan que:

La teoría de Rawls intenta resolver la crisis de legitimidad de la democracia liberal, así como la tensión entre legalidad y legitimidad planteada por la Modernidad, mediante un procedimiento consensual que sometía el ordenamiento legal a unos criterios de justicia concertados con imparcialidad. Su propuesta, más que resolver la cuestión, reaviva el debate Kant-Hegel en los términos clásicos (2015, pág. 24).

En conclusión a teoría de justicia propuesta por Rawls busca la distribución equitativa tanto de ventajas como de desventajas sociales en procura de un bien común partiendo de la preconcepción de distribución equitativa de los bienes primarios bajo la concepción de la racionalidad que como se mencionó anteriormente hace parte de la esfera pública.

## 2.2. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS

Después de la aparición de la teoría de la justicia de Rawls y con el correr de los años aparecieron nuevas corrientes de pensamiento que encuentran falencias en dicha teoría como por ejemplo, los comunitaristas no ven al sujeto como un individuo autónomo capaz de elegir razonablemente sobre los principios universales sobre todo la justicia, ya que para estos el individuo reclama una participación colectiva estructurada en una institución impuesta que comparte características comunes tales como el lenguaje, la cultura y la visión moral entre otras.

Igualmente Sandel critica la teoría de Rawls afirmando: “la justicia como equidad concibe la unidad del yo como algo establecido previamente, diseñado con anterioridad a la elección que éste hace en el curso de su experiencia” (2000, p.21). Ya que dicha elección que hace Rawls resulta irrisoria puesto que prioriza los principios políticos.

Por su parte Habermas indica que la teoría de justicia de Rawls inicia la teoría de elección racional donde:

Las partes escogen unos principios que deben guiar el diseño de la estructura básica de la sociedad. Sin embargo, la teoría de la elección racional no da cuenta de un sentido de justicia que prioriza la reciprocidad y la cooperación justa, menos el que las partes decidan acatar las normas acordadas de conformidad con una noción de lo razonable (HABERMAS & RAWLS, 1998, p 45).

Es por esto que para Habermas lo que Rawls denomina el velo de la Ignorancia impide que los sujetos puedan establecer una relación justa con el otro ya que existen desigualdades propias de los contextos sociales entre un sujeto y otro que de una u otra manera terminara consicionando a favor de una de las partes.

En conclusión para Habermas Rawls privilegia las libertades negativas negándole la posibilidad a los sujetos de alcanzar una plena autonomía, pues estos se encuentran subyugados por las instituciones “...el uso público de la razón no tiene propiamente el sentido de una ejercitación actual de la autonomía política, sino que solamente sirve al pacífico mantenimiento de la estabilidad política” (HABERMAS, 2001, p. 67)

### **3. EL PROBLEMA DE LA MAXIMIZACIÓN DE LA RIQUEZA FRENTE AL PRINCIPIO DE DIFERENCIA.**

La noción de riqueza es un concepto que se encuentra generalizado en la concepción misma de valor. Por la cual, los bienes están en manos de quienes más los valoran, esta definición permite caracterizar a la sociedad como el ambiente evolutivo en donde solo sobrevive el que mejores características adaptativas presente.

En consecuencia, varios autores sostienen que el valor se encuentra ligado al poder adquisitivo. Ya que, un bien se catalogará como riqueza en la medida en que este sea adquirido con un alto valor, es decir, por quien posee más dinero para adquirirlo, al respecto Rosenkrantz menciona que lo realmente idiosincrásico del AED es que considera sin admitir prueba en contrario, que la medida en que uno valora el Bien está dada por el precio que está dispuesto a pagar por él (RosenKrantz, 1996). Si se reduce el valor a esta expresión se entendería que el juez, si fuere el caso, debería otorgar la explotación de una zona Protegida y/o reserva natural a un empresa extranjera que ha encontrado un yacimiento de oro u otro mineral justo en este lugar, ya que la misma tiene el suficiente dinero para pagarla y negando así el derecho a quienes se benefician de este lugar. Porque ellos no cuentan el dinero suficiente para salvaguardar dicha reserva ambiental, desconociendo así los derechos fundamentales de las poblaciones minoritarias como los indígenas, afro o palanqueras que residen en zonas con materiales minerales explotables.

Un ejemplo de dichas violaciones a las cuales se encuentran expuestas estas minorías es la flagrante violación del derecho de Propiedad, que por ende afecta el derecho al hábitad digno. Lo que nos lleva a cuestionar si en verdad el estado está cumpliendo el principio de la primacía del bien común sobre el interés individual.

En consecuencia se debe analizar si realmente existen ventajas al ver, la riqueza como un valor, o esta misma como una posibilidad más de los pudientes o representa una desventaja infranqueable. Si se analiza desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho nos encontraremos con un paradigma, el cual se fundamenta en determinar la factibilidad de evaluación que da tanto el legislador como el operador jurista de sus decisiones en materia minera.

Para tratar de solucionar este paradigma, deben contraponerse dos conceptos, la Maximización de la riqueza, y el principio de Diferencia, entendida esta primera también como la riqueza en sentido instrumental, donde los bienes quedan en manos de personas

con medios de adquisición más altos que otros. Para Dworkin esa ganancia o ese valor más alto por el que se paga, debe estar destinado a instituciones o debe ser captado por instituciones que tengan como fin distribuir la ganancia en aras de un mayor beneficio (1980).

En materia de minería colombiana si se parte desde en la maximización de la riqueza se entendería que dicha actividad será maximizadora de riqueza siempre y cuando las regalías- como se tiene dispuesto en la legislación Colombia, se distribuyeran de manera efectiva a las poblaciones para implementar proyectos que reduzcan y mitiguen los impactos de dicha actividad. Beneficiando a la mayor cantidad de personas posibles siguiendo así la teoría de la justicia propuesta por Rawls en cuanto a la distribución social de los bienes primarios. Sin embargo, dicha situación solo es cumplida en un primer momento, es decir en una fase ideal de lo que es la norma. Ya que en la realidad y gracias a factores contingentes como la corrupción dichas regalías se desvían de su función principal para entrar en las arcas privadas.

Es en este punto donde se deben adoptar de forma práctica los principios propuestos John Rawls, partiendo de la base de una aplicación fáctica de los Principios Morales donde todas las instituciones se encuentran en igualdad de condiciones y deben propender por asignar dichos recursos en proyectos tanto de inversión social como ambiental que permitan el desarrollo del municipio, lo que se verá directamente reflejado en la calidad de vida y bienestar común de la comunidad, dejando de lado los intereses particulares de unos pocos.

Es importante en este punto resaltar que en algunas ocasiones la comunidad recibirá un beneficio sin que la misma haya sido menoscabada o perjudicada de alguna forma, por ejemplo si hubo explotación minera en el departamento de Boyacá pero esta cuenta con una infraestructura sostenible a nivel social y ambiental. Dichas regalías podrían ser destinadas a otro departamento o municipio que necesite de inversión social o ambiental, en aras del bien común nacional.

Por otra parte el principio de diferencia del que habla Rawls se fundamenta en la necesidad de que haya un perjuicio o un menoscabo, que será subsanado por la distribución equitativa de la riqueza con el fin de mejorar dicho flagelo.

Sin embargo si se analiza el concepto de eficiencia propuesto por Rawls donde se habla de una distribución de ganancias y beneficios que mejora la situación de las partes más representativas, y se desmejora la situación de los menos favorecidos (Rawls, 1971). Se habla de una evidente contradicción entre la eficiencia y el principio de diferencia, generando una desigualdad material.

Esta misma contradicción se encuentra presente en Colombia pues si se analiza con detenimiento siempre que se busca mejorar un sector de la economía como en el presente caso es la minería, se ve irremediablemente afectado el sector ambiental ya que este está sufriendo una carga que no debería soportar. Sin embargo, si se es todavía más insivo, encontramos que dentro del mismo sector más favorecido en este caso el minero, existen desigualdades dadas.

Un ejemplo de ello se podría ver de forma clara si el gobierno estableciera a través de sus políticas que la minería a baja escala se legalizara a partir de una determinada fecha bajo los mismos presupuestos que la minería a gran escala. La desigualdad que se evidencia en esta situación se denota tanto en los recursos como en los gastos generados ya que la minería a baja escala no impacta de la misma forma en materia de explotación que la de gran escala y las obligaciones ambientales no son las mismas, pues el impacto ambiental no fue el mismo. Así como tampoco a nivel económico resultaría útil ya que la relación costo beneficio se encontraría desproporcionado a favor del costo para las empresas que se dedicaran a la explotación minera menor escala en materia de eficiencia, mientras que para las industrias que se dedican a la gran escala resultaría sumamente lucrativo pero esto sería extremadamente e insoportablemente injusto para la sana competencia y la responsabilidad social que debe salvaguardar el gobierno colombiano. En conclusión el menoscabo de un derecho resulta tolerable siempre y cuando dicha desmejora evite que se presente un menoscabo más gravoso, es decir, una injusticia para evitar una injusticia mayor.

Finalmente es deber del estado colombiano asignar en materia minera deberes y derechos y ejercer su control sobre los mismos a través de intuiciones idóneas para tal fin como lo son las Corporaciones autónomas regionales, las secretarías de medio ambiente, el ministerio de ambiente y la misma Anla, entre otras. A través de políticas equitativas que aseguren la correcta distribución de las regalías producto de la



explotación minera del país y de esta forma dichas ganancias sean invertidas en sectores del país que realmente las necesiten.

#### **4. LEGITIMIDAD VS LEGALIDAD EN EL DERECHO MINERO.**

El conflicto latente entre la legalidad y la legitimidad se presenta según Comanducci “a raíz de la frecuente violación de los derechos fundamentales después de la Segunda Guerra Mundial” (Comanducci, 2003, p. 75) y sobre todo durante el imperio de Hitler, Mussolini y demás dictaduras que se valieron del poder constituyente secundario para que, junto con ellos se generan todo tipo de leyes en contra de la dignidad de las personas, que se oponían a estos postulados o en contra de los que ellos consideraban que no estaba dentro de la esfera que construían y que generaba un “riesgo”.

Para los dictadores el legalismo, representa un criterio dogmático inamovible dentro del sistema normativo y es intrínseco al sistema representativo mismo, para Palacios es la coexistencia entre la aceptación de la violencia como metodología válida a la hora de hacerse y sostenerse en el poder (1995, p. 386).

Más adelante y gracias a la necesidad de reevaluar dichos conceptos, el mundo jurídico vio la necesidad replantearse conceptos tal como validez de la normativa, rigidez constitucional, control de constitucionalidad de las leyes, fuerza vinculante de la constitución, sobre interpretación y la aplicación como norma principal del ordenamiento jurídico, presentándose así lo que algunos autores llaman la Refundación Jurídica del derecho y de las Instituciones Políticas (Ferrajoli, 2008, p. 304), ya que se deja de lado ese positivismo excluyente que durante muchos años reinó como teoría ponderada. El cual, no tomaba en cuenta principios como la eficacia de las normas mismas que ellos creían completas, para autores como Alterio este fenómeno de transición también fue llamado Neconstitucionalismo u Objetivación de la moral en la norma Jurídica (Alterio, 2011, p. 31).

Por su parte Rawls, hace referencia a la Legitimidad de las instituciones desde una perspectiva orientada no a la misma legitimidad en sí, sino que la misma presenta un grado de coacciones, desfasando ya las posibilidades de darse la legitimidad en sí misma. Es decir, que se divide en diversas aristas como política en donde los principios que guían

el accionar estatal no deberían poder ser rechazados razonablemente por los ciudadanos razonables. La de neutralidad de justificación que habla del acuerdo con la cual el Estado no debe apelar a la verdad de doctrinas comprensivas para fundamentar su ejercicio del poder político y por ende, la de persona razonable, renunciar a usar el poder estatal para imponer su doctrina como verdadera, participando como eje cooperativo con el fin de para alcanzar los fundamentos políticos que sean independientes de la aceptación de una determinada doctrina comprensiva (Garreta Leclercq, 2007).

Teniendo en cuenta lo anterior, partamos del hecho que las políticas Públicas existentes en materia de minería en Colombia fueron fundadas bajo la premisa del velo de la Ignorancia, presuponiendo que los agentes representativos, están completamente exentos de prejuicios e interés para que, la toma de decisiones sea lo más imparcial que en términos de Razonabilidad es el bien común como interés superior. Sin embargo, a la hora de llevar esto al terreno práctico u operacional se denotan una serie de vacíos que se escapan a la regulación misma, un ejemplo de ello son los Derechos fundamentales, que como bien los describe Ferrajoli, está fuera de la Órbita de decisión política, es decir, que una vez sean garantizados por la constitución adquieren características Rígidas que impiden que los mismos, pueden ser materia de discusión política o modificados. Tal es el caso, del desarrollo social y los derechos ambientales, los cuales, han sufrido una serie de afectaciones por el desconocimiento del carácter fundamental de los mismos, sobornándolos a la economía misma y a la competencia empresarial en aras del enriquecimiento desproporcional de un sector de la población colombiana.

Así mismo, no debe dejarse de lado, que la falta de legitimidad de las autoridades estatales y de las normas reguladoras en las zonas en las que se explota de forma artesanal e ilegal, se debe fundamentalmente a la falta de presencia del Estado, con esto se da cabida a que Fuerzas armadas al Margen de la Ley y los mismos pobladores se apropien de dichas zonas, creando una normatividad paralela a la ya existente que en varias ocasiones resulta más eficiente e incluyente, careciendo de validez dentro del sistema jurídico colombiano. Pero siendo válidas para aquellas personas que se encuentran dentro de estos territorios mineros ya que se rigen por el mismo día tras días, sobre todo en aquellos lugares donde la minería se practica de forma ilegal. Gracias a la falta de garantías institucionales, creando así un pluralismo jurídico.

En cuanto a la legalidad en lo que respecta al derecho minero, el gobierno nacional ha optado por formalizar la actividad minero a través de la Ley 685 del año 2001, donde se dejó de un lado la lucha contra la minería ilegal y se pasó a hacer frente a la legalización de la llamada Minería de Hecho. En el Artículo 165 del Código de minas se establece que los mecanismos de legalización y ofrece las clases de minería amparadas por la ley (Congreso de la República de Colombia). Con las cuales se desarrollaría el Programa de Legalización de la Minería de Hecho. Dicho programa se implementó en el Plan Nacional de Desarrollo del 2002-2006 y luego de en el PND 2006-2010, prorrogando por más de 8 años.

Tiempo en el cual, los mineros de Hechos debían hacer la legalización de las minas y de su correspondiente explotación. Que según el código de minas era de 3 años. Posterior a esta norma y para mejorar eficiencia, la ley 1382 de 2010, prorrogó por dos años más el plazo. Ya que las solicitudes y los procedimientos que se llevaron a cabo desde la expedición de la norma resultaban insuficientes y más costosos para realizar la legalización minera generando así una crisis social en el sector.

Lo anterior deja en evidencia una de las tantas falencias normativa en el sector minero y esto se da por la falta de planeación y proyección de las Autoridades nacionales. Creando de esta forma todo un paquete de normas que han resultado ineficientes e insuficientes a la hora de legalizar dicha actividad.

Esta situación se puede atribuir a la falta de planeación como también a la falta de estudios sociológicos y económicos de dichas zonas mineras; ya que la normatividad en su mayoría, está orientadas a la exclusión de los pequeños y mediamos mineros tanto de tradición como de Hecho favorecimiento así a las grandes industrias mineras.

Así mismo es de resalta como que la compensación ambiental en Colombia se encuentra amparada por la Constitución Política nacional, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al medio Ambiente, lo cual obliga tanto al estado como a los particulares a proteger las riquezas naturales y crean políticas que se encaminan en a ellos. Al respecto Poveda menciona:

Es obligación del estado colombiano mantener políticas públicas que propendan a la educación ambiental en el país. Sin embargo, los últimos gobiernos del país han impulsado un modelo extractivista de los recursos naturales no renovables que se ha concretado en gran medida en el incremento de las actividades de extracción en buena parte del territorio nacional (Poveda, 2016, p. 21).

En conclusión, se podría decir, que las normas dirigidas a la actividad minera, son legalmente ineficientes. Ya que, no están produciendo el efecto para lo cuales fueron creadas, es decir regular la actividad minera en el estado colombiano y generar un interés social con ella, en donde no solo se beneficien las grandes empresas sino que se da paso a los principios constituciones de la económica, garantizando también los fines esenciales del Estado y las derechos fundamentales de los asociados, en especial las comunidades afro, indígenas, raizales, gitanas y campesinas.

## **5. CONCLUSIONES**

En materia de protección minería Colombia todavía se encuentra rezagada en relación con otros países del continente americano, ya que para nadie resulta desconocido que la actividad minera soporta una serie de condiciones precarias en o pertinente tanto a la situación laboral de los mineros como en el control de la inversión social y ambiental producto de las regalías que debería tener cada departamento y municipio en el país.

En consecuencia y dando respuesta a la pregunta de investigación planeada en materia minera los principios de diferencia y eficacia respecto la distribución de servicios y beneficios plantea John Rawls se cumple en apariencia. Y digo en apariencia ya que la configuración normativa si se encuentra fundada en el velo de la ignorancia. Sin embargo, a la hora de distribuir las ganancias propias de las regalías estas se pierden gracias a factores como la corrupción y la violencia sectorial que sufren los departamentos mineros por el control de dichas zonas.

Además es importante resaltar que con la actual legislación no solo se está incurriendo en el mismo error de la teoría de Rawls ya que se están favoreciendo a los más acaudalados o con mayor adquisitivo y se están dejando de lado a las comunidades minoritarias desconociéndoles sus derechos fundamentales y colectivos tales como el derecho al ambiente sano, a desarrollar un trabajo en condiciones dignas y a transmitir su cultura de generación en generación. Puesto que si bien el mandato legal existe, el mismo de una adecuada planificación y ordenamiento tanto en el área ambiental como en el área social que determine las verdaderas funciones de las autoridades ambientales en materia minera.

Así mismo en materia legal la asignación de licencias medioambientales que permiten la explotación minera son adjudicadas de forma objetiva bajo la premisa primero en el tiempo primero en el derecho, lo cual impide que se escoja la opción más favorable no solo para el medio ambiente, sino para la comunidad que allí reside y no solamente hablo de personas sino también de animales, flora y fauna ya que, los mismos también deben ser sujetos de derechos y protección estatal. .

Como conclusión general se debe resaltar que la actividad minera en su gran mayoría y a baja escala está desarrollada bajo la ilegalidad, motivo por el cual, los principios de la Justicia propuestos por John Rawls, no se pueden ajustar a al desarrollo de dicha actividad, puesto que la sociedad colombiana es todo menos justa y mucho menos participativa. Además, la normatividad minera existente se encuentra, permeada por la falta de legitimidad a causa del pluralismo normativo existente en las áreas mineras es decir, la norma del estado y la norma del que manda en la zona.

Sin embargo, se puede negar que a partir de la implementación del Plan Nacional de Desarrollo de 2000, el gobierno ha invertido recursos y esfuerzos para tratar la problemática de la minería ilegal, implementando planes de apoyo que mejoren la situación tanto de los que desarrollan la minería de tradición a baja o media escala, como los que la potencializan a gran escala.

## **6. REFERENCIAS**

Alberto, M. S. (Aponte, L, & Cardona, C. (2009). Educación ambiental y evaluación de la densidad poblacional para la conservación de los cóndores reintroducidos en el Parque Nacional Natural Los Nevados y su zona amortiguadora (tesis de pregrado). Universidad de Caldas, ).

Alterio, A. M. (2011). La “Esfera de lo indecible” en el Constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico. *Universitas revista de filosofía, Derecho Y politica, 13*, 3-36.

Andrés Escobar, H. M. (2014). *El sector Minero Actual*. Bogotá: UPME.

- Aquino, S. T. (2002). *Suma Teológica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aristóteles. (2018). *Ética a Nicómaco*. Tecnos: Madrid.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitucion Política Nacional* . Bogotá: legis .
- Becerra, D. (2009). La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 3(2), 271-292. Recuperado el 08 de 04 de 2018, de [http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas\\_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/719/734](http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/719/734)
- Comanducci, P. (2003). *“Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico”*. Madrid: Trotta.
- Congreso de la República de Colombia . (2012). *Decreto 2637*. Bogotá : Gaceta Diario Oficial .
- Congreso de la República de Colombia . (1979). *Ley 9* . Bogotá : Gaceta oficial .
- Congreso de la República de Colombia . (1993). *Decreto 2222*. Bogotá : Gaceta diario oficial .
- Congreso de la República de Colombia . (1969). *ley 20/1969*. Colombia : Gaceta Diario Oficial .
- Congreso de la República de Colombia . (2001). *685* . Bogotá : Gaceta Diario Oficial .
- Congreso de la República de Colombia . (2011 ). *Ley 285*. Bogotá : Gaceta Diario Oficial .
- Contraloría General de la República. (2010-2011). *La Explotación Ilícita de Recursos Minerales en Colombia: Caso Valle del Cauca (Rio Dagua) – Chocó (Rio San Juan) Efectos Sociales Y ambientales*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- Corte Constitucional Colombiana . (2001). *C-616, MP: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL*. Bogotá: Relatoria Corte Constitucional Colombiana .

- Corte Constitucional Colombiana. (2008). *Sentencia C-750 de 2008, MP: Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ*. Bogotá: Relatoria Corte Constitucional Colombiana.
- Corte Constitucional de Colombia . (1995). *sentencia C-567; MP: FABIO MORON DIAZ*. Bogotá: relatoria corte constitucional colombiana .
- Defensoria del Pueblo Colombia . (2016). *Mineria sin control* . Bogota : Defensoria del Pueblo colombia . Obtenido de <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMineria2016.pdf>
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo* . Madrid : Trotta .
- Fundación para la educación superior y el desarrollo. (2008). *LA MINERIA EN COLOMBIA: IMPACTO SOCIOECONÓMICO Y FISCAL*. Bogota: [http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/1012/Repor\\_Abril\\_%202008\\_Cardenas\\_y\\_Reina.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/1012/Repor_Abril_%202008_Cardenas_y_Reina.pdf?sequence=3&isAllowed=y).
- Galán Galindo, A. (2017). ENTRE JUSTICIA Y MORALIDAD: CRITERIOS METATEÓRICOS EN CUANTO A LA JUSTICIA, LA MORAL Y EL DERECHO. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 10(2), 103-118. Recuperado el 08 de 04 de 2018, de [http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas\\_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1321/1254](http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1321/1254)
- Garreta Leclercq, M. (2007). *Legitimidad política y neutralidad estatal*. Buenos Aire: Eudeba.
- González Salazar, N. E. (2014). *LA CONCESIÓN MINERA EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE EL MARCO NORMATIVO Y REGULATORIO FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y ESTABILIDAD JURÍDICA*. bogota: Repositorio universidad del Rosario Bogotá. Recuperado el 04 de 04 de 2018, de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8987/52378961-2014.pdf?sequence=1>
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez*. . Madrid: Trotta,.

- Habermas, J., & RAWLS, J. (1998). *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós.
- Hincapié Cetina, D., & Mejía Quintana, O. (2015). JUSTICIA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 9(2 ), 11-48. doi:<http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2015.9.2.1>
- Hutcheson, F. (1725). *An Inquiry Concerning Moral Good and Evil*. Nueva York: Garland Publications.
- Jaramillo, J. F. (2003). Poderes políticos y constitucionales en Colombia. *Modernidades, nueva constitución y poderes constituyentes, 1*, 238.
- Kalmanovitz, S. (2003). *Economía y nación: Una breve historia de Colombia*. Bogotá: Banco de la República; Biblioteca Luis Ángel Arango.
- Locke, J. ( 2003 ). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. México: Porrúa.
- María, B. L. (2003). *Formalización de la minería en pequeña escala en América Latina*. Perú: Cooper acción. Recuperado el 08 de 04 de 2018, de <https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/25877/121463.pdf?sequence=1>
- Mayorga García, F. (2001). La industria petrolera en Colombia. *Credencial Historia*, 151. Recuperado el 08 de 04 de 2018, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/julio2002/laindustria.htm>
- Mendoza Silva, J. A. (2017). *Política y Ambiente: la política educacional colombiana hacia el cuidado del ambiente natural*. Bogotá: Repositorio de la universidad Católica de Colombia. doi:<http://hdl.handle.net/10983/14355>
- MOUFFE, C. ( 1999). *El retorno de lo político Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la Justicia*. Madrid: Paidós.
- Palacios., M. (1995). *Entre la legitimidad y la violencia: Colombia 1875 y 1994*. Bogotá: Norma .



- PBI Colombia. (29 de 11 de 2011). *ISSU*. Recuperado el 08 de 04 de 2018, de ISSU: [https://issuu.com/pbicolombia/docs/111122\\_boletin\\_no\\_18\\_web2](https://issuu.com/pbicolombia/docs/111122_boletin_no_18_web2)
- Plan Nacional de Desarrollo "prosperidad para todos". (2010-2014.). *Departamento Nacional de Planeacion* . Recuperado el 04 de 04 de 2018, de Departamento Nacional de Planeacion : <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/PND-2010-2014/Paginas/Plan-Nacional-De-2010-2014.aspx>
- Platon. (2005). *La República*. Madrid: Alianza Editorial.
- Poveda Poveda, L. M. (2016). Licenciamiento ambiental en Colombia y su debate frente a la compensación ambiental. *Repositorio Universidad Católica de Colombia* , 1-26.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura.
- Rawls, J. (2002). *Liberalismo político*. México: fondo de cultura económico.
- Real Academia Española. (1 de enero de 2018). *Diccionario de la real academia de la lengua española*. Recuperado el 08 de 04 de 2018, de Diccionario de la real academia de la lengua española: <http://dle.rae.es/?id=VguBR1J>
- Rodríguez Ortegón, D., & León Molina, J. (2015). LA LÓGICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS EN MARCO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 9(2), 95-110. doi:<http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2>
- Ronald Dworkin. (1980). ¿E s la Riqueza un Valor? *The journal of legal studies*, 9, 191 - 226. Recuperado el 08 de 04 de 2018
- RosenKrantz, C. F. (1996). La Riqueza no es un Valor, Algunas Reflexiones acerca de Dworkin y del Análisis Económico del Derecho. *Revista jaurídica universidad de palermo* (1), 93-106. Recuperado el 2018 de 04 de 08, de [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica06.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica06.pdf)
- Sandel, M. (1996). Democracy's discontent America in search of a public Philosophy. *The Belknap Press of Harvard University*, 1-150.

- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Sen, A., & Williams, T. (1982). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: University Press.
- Velasco, J. D. ( 2013. ). *Negociando la tierra: empresas extranjeras, minería a gran escala y derechos humanos en Colombia*. Bogotá: centro de Recursos para el Análisis de Conflictos.
- Zapata, J. G. (2010). Coordinación y gestión territorial de la política social en Colombia. *United Nations Publications, 148*, 1-63.