

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS PROYECTOS MINEROS EN COLOMBIA

Un estudio sobre las competencias de las autoridades minero ambientales desde el principio de colaboración armónica

Trabajo de grado para optar al título de abogada

Luisa María Correa Parra

Asesor:

Juan Esteban Vásquez Vera

Universidad EAFIT

Facultad de Derecho

Medellín

2018

Nota de aceptación:

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Medellín, junio de 2018.

Resumen

Este trabajo busca hacer un estudio académico sobre la problemática jurídico ambiental que se presenta en los proyectos de minería en Colombia, relacionados con el desarrollo del principio de seguridad jurídica y el de colaboración armónica entre entidades. Para ello se recolectarán los datos e información necesaria, para lograr realizar un estudio global del contexto de la actividad minera, del marco normativo, institucional y de principios, así como de la forma en que intervienen las autoridades mineras y ambientales desde sus competencias y bajo la normativa actual en materia medio ambiental, así como la intervención de las entidades territoriales y las comunidades en el desarrollo de los proyectos mineros, para proceder con un análisis sobre las problemáticas y los obstáculos que se encuentran en la ejecución de estos proyectos, bajo la óptica del principio de colaboración armónica. Finalmente se realizarán unas reflexiones al respecto y se propondrán unas posibles soluciones. Lo anterior, con el fin de presentar una perspectiva general del futuro de los proyectos mineros en Colombia.

Palabras claves

Autoridad Ambiental, Autoridad Minera, Autoridades Territoriales, Competencias, Comunidades, Derecho Ambiental, Derecho Minero, Explotación, Inversión, Principio de Colaboración Armónica, Principio de Seguridad Jurídica, Proyectos Mineros.

Tabla de contenido

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| Capítulo 1: La minería y el medio ambiente en el contexto colombiano | 11 |
| 1.1. Marco Constitucional de la minería y del medio ambiente en Colombia desde el año 1991 | 13 |
| 1.1.1. La actividad minera en Colombia a la luz de los principios de la Constitución Política de 1991..... | 13 |
| 1.1.2. Marco ambiental en la Constitución de 1991 que impacta a la actividad minera. | 14 |
| 1.2. Marco legal y reglamentario del sector minero colombiano en la actualidad | 15 |
| 1.2.1. De la Ley 685 de 2001..... | 15 |
| 1.2.2. Principios desarrollados en la Ley 685 de 2001 que rigen la actividad minera en Colombia. | 18 |
| 1.2.3. Reglamentaciones de la Ley 685 de 2001 del actual Gobierno Nacional (2010 - 2018). | 19 |
| 1.2.4. Políticas públicas y planes de desarrollo con enfoque al sector minero..... | 20 |
| 1.3. Desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional en torno a la actividad minera en Colombia a partir de la expedición de la Ley 685 de 2001..... | 23 |
| 1.4. Entidades que conforman el sector minero administrativo..... | 25 |
| 1.5. Marco normativo ambiental en relación con la minería | 26 |
| 1.5.1. Marco legal y reglamentario ambiental en torno a la actividad minera | 26 |
| 1.5.2. Principios generales en materia de Derecho Ambiental..... | 29 |
| 1.6. Entidades administrativas ambientales que intervienen en la actividad minera. | 35 |
| Capítulo 2: Seguridad Jurídica y Colaboración Armónica: principios claves para el futuro de los proyectos mineros en Colombia | 39 |
| 2.1. Principio de Seguridad Jurídica y el sector minero colombiano..... | 39 |
| 2.1.1. Concepto del principio de seguridad jurídica en la doctrina colombiana | 40 |
| 2.1.2. Principio de seguridad jurídica desde la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional | 42 |
| 2.1.3. Aplicación del principio de seguridad jurídica en materia minera en Colombia ... | 43 |
| 2.2. Principio de Colaboración Armónica y su aplicación en el contexto minero | 48 |
| 2.2.1. Concepto del principio de colaboración armónica en la Constitución Política de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. | 48 |

| | |
|--|----|
| 2.2.2. Aplicación del principio de colaboración armónica en el caso de la minería en Colombia..... | 53 |
|--|----|

Capítulo 3: Seguridad Jurídica en los proyectos mineros: algunas problemáticas actuales en el desarrollo de los proyectos mineros en Colombia..... 59

| | |
|---|----|
| 3.1. La falta de articulación de la comunicación entre autoridad minera y ambiental para la definición de áreas excluidas o restringidas de la actividad minera | 59 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.1.1. Zonas excluidas o restringidas de la minería..... | 59 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 3.1.2. Problemática: Ausencia de armonización legal de las competencias de la Autoridad Minera y la Ambiental en la definición de las áreas excluidas o restringidas de la minería | 63 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 3.2. La Falta de Participación de las entidades territoriales..... | 70 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 3.2.1. Problemática: restricciones a la participación de las entidades territoriales en el sector minero..... | 71 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.2.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la participación de las entidades territoriales en el sector minero | 72 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.2.3. La salida que se ha presentado a esta problemática: inclusión de las entidades territoriales para que participen en la ejecución de los proyectos mineros..... | 74 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.3. Participación de las comunidades y su percepción negativa de la actividad minera | 76 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.3.1. Problemática: percepción negativa de la actividad minera por parte de las comunidades. | 76 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 3.3.2. Jurisprudencia Constitucional en torno a la participación de las comunidades en el desarrollo de los proyectos mineros en Colombia | 80 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.3.3. Una salida a la problemática planteada: Consulta Popular y Consulta Previa. | 82 |
|--|----|

REFLEXIONES 85

RECOMENDACIONES..... 95

| | |
|--|----|
| Algunas recomendaciones para potenciar el futuro de los proyectos mineros en Colombia: Posibles soluciones a las problemáticas planteadas..... | 95 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 1. Para la falta de articulación de la comunicación entre autoridad minera y ambiental para la definición de áreas excluidas o restringidas de la actividad minera. | 96 |
|--|----|

| | |
|--|-----|
| 2. Para la falta de participación de las entidades territoriales | 105 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 3. Para la ausencia de aplicación de mecanismos para la participación de las comunidades en los proyectos mineros..... | 106 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 4. La actuación decisiva del titular minero o inversionista..... | 109 |
|--|-----|

REFERENCIAS 113

APÉNDICE..... 125

INTRODUCCIÓN

El potencial minero que tiene el país ha traído diversidad de consecuencias para el desarrollo de las regiones, pues el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables de forma responsable, tiene una finalidad social ordenada por la Constitución, que recae en el deber del Estado de mejorar la calidad de vida de sus habitantes a través del capital que se recaude por la actividad minera, con objetivos de carácter social, económico y ambiental. Sin embargo el carácter negativo con que se ha dotado a la minería, como consecuencia de los daños que ha causado la actividad minera desregulada, tanto la legal como la ilegal, ha hecho formularse que el gran reto del sector sea mejorar la imagen de la minería, que cada día demuestra que puede ser ‘bien hecha’, a través de medidas que permitan disminuir la informalidad en la actividad, ser más amigables con el medio ambiente, mejorar las condiciones laborales, disminuir la conflictividad social y crear confianza en las instituciones.

Durante el 2017 se logró un récord histórico en el recaudo de regalías y contraprestaciones económicas por concepto de la explotación de minerales en el país, pues la cifra llegó a los \$2,1 billones, aumentando en un 25% comparado con el 2016, que fue de \$1,6 billones (El Nuevo Siglo, 2018). Como vemos, considerando que Colombia ha sido un país de tradición minera, y que ha experimentado un crecimiento sostenido en los últimos años, esta actividad ha sido de gran importancia para el entorno económico y social del país, llevando a que este sector se posicionara como uno de los principales generadores de desarrollo económico del país, razón por la cual el actual Gobierno Nacional (2010 – 2018) ha otorgado el estatus de “locomotora de desarrollo” a la minería, resaltando la necesidad de sus aportes y recursos para construir un país más justo, moderno y seguro, que recae además en una de las prioridades del gobierno que es la generación de empleo.

No se puede perder de vista la importancia que la minería legal y bien hecha representa para el desarrollo de las regiones, pues basta con observar dentro de cada hogar colombiano e identificar que cuentan con algún producto mineral que posiblemente desconocemos. Como por ejemplo productos de belleza y aseo, o los teléfonos móviles y los computadores que son una fiel muestra de la necesidad humana del uso de minerales, pues estos dispositivos se han convertido en parte fundamental de nuestra época, ya que nos permiten estar comunicados entre otros servicios que

proporcionan, poniéndose de presente que la minería y tecnología actual van de la mano. En suma, los minerales que se extraen de la actividad minera son necesarios para “todas las aplicaciones de la vida moderna, desde la construcción de viviendas y edificios, hasta aeropuertos y electrodomésticos, pasando por rutas, vías férreas, vehículos, trenes, aviones, computadores y una extensa lista de productos que hacen parte de nuestra vida diaria” (Conciencia minera, 2013).

Sin embargo, una minería bien hecha y responsable con el medio ambiente, requiere de la posibilidad de acceder a capitales que permitan acudir a tecnologías de alta productividad y reducido impacto ambiental, que fortalezcan la actividad y mitiguen en mayor medida los daños al medio ambiente y ecosistemas, y que pongan en práctica el ejercicio innovador de la responsabilidad social empresarial en el territorio (Benavides, 2014, p. 41). Como señala Escobar y Martínez (2014, p. 60) “con el objeto no solo de aprovechar responsablemente la riqueza minera del país sino también de defender la relativa solidez macroeconómica del sector externo colombiano, es importante mantener el atractivo del sector minero colombiano a los ojos de los inversionistas internacionales”. Por ello, uno de los principales retos del sector minero es recuperar la inversión extranjera y posicionarse como un país competitivo.

Esto se debe a que la participación de la minería en el flujo de inversión extranjera directa (IED), la cual es crucial en el desarrollo del sector minero colombiano, se ha venido deteriorando en los últimos años, de tal forma que pasó del 24% (entre 1999 y 2013) a cero en 2016 (Asociación Colombiana de Minería, 2018, p. 6). A su vez, comparado Colombia con otros países de la región se evidencia la pérdida de competitividad en la atracción de capitales mineros. Según SNL Metals, el país atrajo apenas el 6% de la inversión en exploración minera en Latinoamérica mientras que México, Perú y Chile atrajeron respectivamente el 21%, 22% y 23% de la inversión en exploración de la región y lideran así la atracción de capitales externos en la región (p. 6).

Lo anterior encuentra su sustento en los resultados arrojados por uno de los instrumentos más utilizados en el mundo para comparar la percepción de la realidad que, para un inversionista, rodea al sector minero de un país, que es la Encuesta Anual de Compañías Mineras (Annual Survey of Mining Companies), realizada por el Instituto Fraser de Canadá. Este anualmente realiza encuestas a más de 700 compañías dedicadas a la exploración, el desarrollo y actividades conexas con la minería, con el objetivo de calcular el índice de atracción de la inversión minera a nivel mundial, y de esta manera ordenar a las provincias, estados y países de acuerdo con la magnitud en que los

factores de política pública y regulación, alientan o desalientan la inversión. En estos resultados, se pudo evaluar la percepción internacional que se tiene sobre el sector minero colombiano.

Para 2016, de acuerdo con la clasificación sobre potencial geológico realizada por este Instituto internacional, Colombia llegó a clasificar como la segunda mejor geología del continente, lo que da cuenta de la riqueza de diversidad ecológica y de recursos naturales con que cuenta el país. No obstante, respecto al factor evaluado de ‘percepción política’ quedó ubicada como la quinta peor, solo superando a Venezuela, Ecuador, Guatemala y Bolivia, posición que continúa en la encuesta realizada para 2017 (p. 15 y 17). Esta percepción evalúa factores como: seguridad, incertidumbre en áreas protegidas, incertidumbre en la aplicación de reglamentos, incertidumbre sobre regulaciones ambientales, y condiciones de desarrollo comunitario, todos ellos asociados a la seguridad jurídica (ACM, p. 7). En razón de esto, Colombia se visualiza actualmente a nivel internacional con debilidades en este tema, destacándose que en cuanto al factor de “Incertidumbre con respecto a las zonas protegidas”, Colombia quedó como el tercer país peor situado entre 91 países evaluados en total (Fraser Institute, 2018, p. 50 y 54), es decir que los inversionistas consideran que, los límites de donde se puede y donde no se puede realizar explotación minera no son claros.

Un claro ejemplo de esto, se evidencia en uno de los casos más controvertidos en Colombia, el de la minería en el páramo de Santurbán, donde el Estado concesionó gran parte de esta área protegida a la empresa multinacional canadiense Greystar (hoy Eco oro) para adelantar actividades de exploración, la cual luego de 12 años de invertir en estas actividades, en 2009 anunció su intención, a partir de la solicitud de la licencia ambiental para adelantar un proyecto que se denominó ‘el proyecto de Angostura’, para extraer oro y plata durante 15 años. Sin embargo, dada la magnitud del proyecto, la comunidad se alarmó y empezó a protestar por los impactos ambientales que podría causar sobre todo para el agua que consumían los habitantes que era abastecida por dicho páramo, llegando a conglomerar más de 30.000 personas que participaron en la defensa del páramo y en la oposición al otorgamiento de la licencia ambiental, lo que llevó en 2011 a que al Ministerio de Ambiente rechazara la propuesta de Greystar. Fue un hecho hito para la minería, pues a partir de ahí se determinó la urgente necesidad de que el Estado iniciara la tarea de delimitar los páramos de acuerdo con el requisito del Código de Minas para excluir una zona de la minería, para evitar que en el futuro se presentara un intento parecido. Pero cinco años

después esta empresa ya había perdido la paciencia de esperar una definición del Estado respecto a sus posibilidades de explotar en el páramo, por lo cual lo demandó por incumplir las reglas del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, argumentando que la demora en definir los límites de Santurbán y la forma en que estos afectaban sus títulos mineros vulneraban sus derechos legales, procediendo a solicitar una compensación económica por los daños sufridos durante este tiempo (Semana Sostenible, 2016).

Esta situación no solo afectó a la empresa multinacional sino a la comunidad en el sentido de que gran parte de la economía de varios pueblos aledaños dependía de esta empresa, por factores como la generación de empleo y los recursos económicos que ingresaban, entre otros. También se vieron afectados los pequeños mineros que ejercían la actividad de manera tradicional hacía más de 460 años, pueblos como Vetas y California, que dependían económicamente de esta actividad, a quienes también se les prohibió ejercerla generando una gran problemática social.

Como este caso hay muchos otros en Colombia, de conflictos entre la protección del medio ambiente y la minería, que han llevado a la desconfianza en la actividad, pero sobre todo en las condiciones que el Estado propicia para esta, lo cual nos ha hecho plantear que, como lo resume Santiago Ángel Urdinola, presidente de la Asociación Colombiana de Minería (ACM) en la revista Dinero (2017), “La urgencia que se presenta en el sector es resolver cuatro grandes temas: recuperar la inversión, aumentar la competitividad, lograr mayor certeza jurídica y mejorar la percepción del sector y la confianza en las instituciones”. No se trata pues de abrir las puertas al desarrollo minero en cualquier parte del país; por supuesto, hay áreas que por consideraciones ambientales no permiten el desarrollo minero. Sin embargo, en el resto del territorio, con los cuidados y restricciones que se justifiquen, las bondades del desarrollo minero no deben negarse a priori (Escobar y Martínez, 2014, p. 64), pero para ello se requiere de un mejor conocimiento geológico-minero del país, del suelo colombiano y su potencial minero, por eso mejorar la información sobre el potencial minero, es decir, sobre las reservas de minerales, es fundamental.

En ese sentido, para poder trabajar en los retos planteados, a partir de los resultados estadísticos que se señalaron y el ejemplo práctico que se expuso, se resalta la necesidad de empezar por fortalecer principalmente el factor ‘Seguridad Jurídica’, que es la garantía de que no existan cambios normativos o disposiciones que fijen pautas distintas a las aceptadas al inicio de una relación contractual, considerando que esta es una de las principales características que atraen la

inversión, para lo cual se requiere al mismo tiempo fortalecer la aplicación del ‘Principio de colaboración armónica’ para que las decisiones de las distintas autoridades que intervienen en estos proyectos no resulten contradictorias, entorpeciendo unas a otras, generando ineficiencias en la actividad público-administrativa.

De esta manera se vislumbra el objetivo principal que pretende desarrollar este trabajo, que se enfoca en realizar un diagnóstico de los problemas del sector y la forma sobre cómo se debe enfrentar esos problemas y gestionar los riesgos, llevando a determinar que la aplicación del principio de seguridad y de colaboración armónica, son condiciones primordiales a tener en cuenta por quienes pretenden realizar un proyecto minero en nuestro país. Por tal razón, se buscó de manera profunda pero sintética, abordar e identificar los principales problemas que enfrenta la industria minera, sobre todo en el desarrollo de los proyectos mineros en Colombia en torno a estos principios, en el espacio de tiempo en el cual la actividad minera ha estado regida por el actual Código de Minas, Ley 685 de 2001, toda vez que a partir de su expedición se incentivó la celebración de contratos de concesión minera, así como la inversión extranjera, ofreciendo agilidad en dichos trámites, y prometiendo la garantía de la facilidad de ejecución de los proyectos mineros, enfocándonos en el año 2011 donde a través del gobierno, se dio paso a una proliferación de títulos mineros. Lo anterior, teniendo en cuenta que, es a partir de esa última década, en que se ha incrementado la incertidumbre jurídica de los titulares mineros respecto de las condiciones que en el futuro tendrán sus proyectos mineros.

Como señala Benavides (2014), en Colombia se han otorgado cerca de diez mil títulos exploratorios, de los que solo aproximadamente un tercio son activos. La tasa de éxito de pasar de exploración a explotación comercial es del 1%. El exceso de entrantes sin habilidades suficientes se convierte rápidamente en reducción drástica de operadores de alta calidad porque la información recolectada en exploración es escasa o insuficiente, por la inseguridad jurídica y los bajos indicios de materialidad (p. 38).

Es por esto que el interés de este trabajo recae en dar respuesta los siguientes interrogantes: ¿Existe actualmente en Colombia inseguridad jurídica en el desarrollo de los proyectos mineros?, ¿Por qué un factor común en Colombia es que los proyectos mineros no logran ejecutarse satisfactoriamente?, ¿Cuáles son esos obstáculos que impiden su desarrollo eficiente y seguro?, ¿Por qué se está generando desconfianza en las instituciones políticas y en los procedimientos

establecidos?, ¿Qué incidencia tiene la seguridad jurídica en las decisiones de inversión y en el fortalecimiento de la industria minera nacional?, ¿Cuál es la razón por la cual se está desincentivando la inversión en el sector?, ¿Es la materialización del principio de Colaboración Armónica un mecanismo suficiente para dar respuesta a los conflictos de inseguridad jurídica en este contexto?, ¿Cuál ha sido la problemática ambiental en torno al sector?, ¿Qué medidas deben tomarse para incentivar la inversión y llevar a cabo una minería responsable?, entre otros interrogantes que se irán planteando y resolviendo en el desarrollo de este trabajo.

Para ello, se precisó la necesidad de recolectar información en normas, decretos, resoluciones, jurisprudencia, conceptos emitidos por las autoridades, documentos Conpes, los Planes Nacionales de Desarrollo PND), Los Planes Nacionales de desarrollo minero (PNDM), el Plan Nacional de Ordenamiento Minero (PNOM), libros, artículos académicos principalmente de las Universidades del Externado, De los Andes y del Rosario de Bogotá, artículos de revistas, consulta de reportajes periodísticos, recolección de presentaciones realizadas en los diferentes seminarios, y congresos de minería celebrados en Colombia, debates, ponencias, consulta bibliográfica y consultas en las bases de datos disponibles en la biblioteca de la Universidad Eafit, en temas específicos como fue la recolección de las ponencias de la Asamblea Nacional Constituyente y las gacetas con los respectivos debates para proyectos de ley. Así mismo, durante todo el trabajo de investigación, en la medida que surgía la necesidad de contar con más información, se realizaron las consultas específicas en las fuentes que lo requirieran, con el fin de mantener una interacción constante con el objeto de investigación, en este caso, respecto del problema de la inseguridad jurídica en los proyectos mineros, con el fin de determinar a qué se debe que a pesar de los esfuerzos jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales, aún persistan las deficiencias en el panorama de la minería.

Es por esto que resulta relevante visibilizar las problemáticas de la falta de cooperación armónica y por ende la deficiencia en la articulación de la información entre las Autoridades que intervienen en el desarrollo de los proyectos mineros, como lo son la autoridad minera y ambiental pero a su vez las autoridades territoriales, y la problemática de la percepción negativa que tienen las comunidades y su capacidad para intervenir en buscar de poner fin al desarrollo de un proyecto minero. Para ello, será necesario analizar sus fundamentos y efectos, para finalmente abrir camino a la posible solución. Esto se logrará, a partir de reflexiones sobre el principio de cooperación armónica entre entidades del Estado y sobre el principio seguridad jurídica, buscando determinar

cómo a partir de su articulación sería posible encontrar una solución para cada uno de los obstáculos que se presentan en el desarrollo de los proyectos mineros y que se expondrán en este trabajo.

Adicionalmente, la importancia del objetivo de este trabajo recae a su vez sobre el debate actual de las estrategias que el Estado debe poner en marcha para hacer más competitiva y productiva esta industria por medio de una fuerte articulación institucional que mejore la gobernabilidad y la gobernanza del sector, y la administración y gestión de los recursos mineros del país (Ministerio de Minas, p. 7). Para ello, resulta esencial tomar medidas para la eficiencia de la gestión del territorio respecto del ordenamiento minero y ambiental, uno de los temas más controvertidos hoy en día por las tensiones interinstitucionales que surgen a raíz de la concurrencia de competencias en este escenario. Una vez más, el estudio de los principios propuestos cobra relevancia para abordar este tema.

En ese sentido, este estudio es de especial interés para nuestro país, toda vez que:

El sector minero colombiano tiene el potencial de influir en el progreso social, desarrollo y crecimiento económico, pues cuenta con una atractiva perspectiva de crecimiento sostenido a largo plazo, por la riqueza de recursos naturales en el territorio nacional y por la perspectiva positiva de exportación a varias partes del mundo, las cuales son razones fundamentales para que los inversionistas se interesen, considerando que les proporciona una ventaja competitiva. (Gonzales, 2014, p. 8).

Como objetivo general de este trabajo, se planteó realizar un estudio que permitiera abordar una problemática jurídica presente en los proyectos de minería en Colombia, derivada de la aplicación de los principios de Derecho Ambiental y Minero en el ejercicio de las competencias de las autoridades minero ambientales.

En consecuencia, los objetivos específicos planteados fueron los siguientes:

- Contextualizar la problemática de los proyectos mineros en Colombia, exponiendo un contexto histórico, normativo e institucional, y dando a conocer los principios de Derecho Ambiental y Minero.

- Fundamentar la hipótesis de la inseguridad jurídica que genera en el sector minero la problemática actual presente en los proyectos mineros debido a la concurrencia de competencias sobre la ordenación del territorio y al déficit de articulación de la información entre las autoridades minero ambientales y territoriales, por la ausencia de aplicación del principio de colaboración armónica, así como el factor de responsabilidad social que representa el no contar con una licencia social por parte de las comunidades.
- Profundizar en los regímenes normativos del sector minero y ambiental así como en los discursos jurídicos sobre la problemática planteada, con el fin de exponer los fundamentos de la misma y sus posibles soluciones.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se pretende entregar a la comunidad académica, un estudio formal que permitirá contar con una mirada actual de la situación de los proyectos mineros, evidenciando una de sus principales problemáticas y proponiendo soluciones a estos conflictos, proporcionando una visión de progreso por medio de la actividad minera especializada, que como se señaló antes es inevitable en la vida moderna por su incidencia en muchos productos que hacen parte de nuestra vida cotidiana. Así mismo, se busca plantear cuáles son las condiciones que deben considerarse para atender los postulados constitucionales de alcanzar el bienestar general de la comunidad a través de la realización de una minería bien hecha, responsable y ordenada, de forma que esto traiga como resultado, potenciar el futuro de los proyectos mineros a través de una buena dosis de condiciones de estabilidad jurídica.

Para obtener respuesta a la problemática realizaremos, en primer lugar un estudio del marco constitucional y normativo actual del sector minero, el cual ha jugado un papel fundamental en la sociedad, toda vez que por ser una importante fuente de ingresos para el país pero a su vez generadora de diversos debates entre los más importante sobre la protección del medio ambiente, ha propiciado múltiples decisiones por parte de los Gobiernos, así como de las altas Cortes y en general del Estado que han resultado de especial importancia política, social y económica. En ese sentido se expondrá de forma detallada las leyes, decretos reglamentarios, jurisprudencia, documentos de política económica, políticas públicas, doctrina y principios que rigen la actividad. Adicionalmente, teniendo en cuenta la necesidad de contextualizar la actividad minera de cara al marco normativo ambiental, toda vez que la misma debe desarrollarse atendiendo a los deberes constitucionales e internacionales del Estado y los particulares de protección del ambiente sano y

de los recursos naturales, enfocaremos este primer capítulo a identificar la forma en la cual la normatividad minera debe observarse en conjunto y aplicarse de forma armónica con la normatividad ambiental. Por otra parte se hará un recuento de las instituciones que conforman el sector y sus competencias en el marco del desarrollo de los proyectos mineros, proporcionando una visión general de la forma en cómo estas interactúan y la base del contexto sobre el cual se desarrollará este estudio de la problemática.

Posteriormente analizaremos, cómo a través de los principios de seguridad jurídica y colaboración armónica sería posible encontrar los instrumentos para fortalecer la industria minera, posibilitando su desarrollo en consonancia con los demás principios constitucionales mineros y ambientales que se expondrán en el primer capítulo. Para este fin se realizará un estudio a fondo de cada uno de estos principios, precisando el concepto que se ha extraído de diversas fuentes como doctrina, jurisprudencia, normas y artículos constitucionales que han desarrollado estos principios. Una vez se haya dejado claridad del contenido de cada principio, este segundo capítulo se dispondrá a exponer la forma en que estos principios tienen aplicación en el caso de la minería y la importancia que representa para la misma, planteando finalmente una reflexión sobre el resultado de la intersección de estos principios.

En tercer lugar, va a dar cuenta de los tres principales obstáculos que un titular minero se puede encontrar en el desarrollo de sus proyectos en Colombia, en torno a la concurrencia de competencias de autoridades minero ambientales, la participación de las autoridades territoriales, así como la intervención de la comunidad, que pueden llevar al fracaso del mismo, posibilitando la fundamentación de los principios que se señalarán en el capítulo precedente, y concretando su necesaria aplicación, considerando que dichos problemas encuentran su causa fundamentalmente en la ausencia de la aplicación del principio de Colaboración Armónica por parte de las entidades del Estado lo que lleva a que se vea afectado a su vez el principio de Seguridad Jurídica. Para eso se hará uso de las herramientas normativas, doctrinales, jurisprudenciales y casuísticas, presentando finalmente las salidas que se han planteado para superar dichas problemáticas hasta el momento.

Lo anterior, para poder concluir dando respuesta a cuáles son las debilidades del sector minero Colombiano y cuáles son las herramientas más adecuadas para combatirlas y de esta forma fortalecer la industria. Dejando unas reflexiones acerca de la forma como la regulación de la

actividad ha influido en su evolución, y como se fue volviéndose menester la aplicación de los principios que serán objeto de estudio durante todo este trabajo para hacer frente a las problemáticas que han sido identificadas como límites presentes en el desarrollo de los proyectos minero lo cual trae como consecuencia que se desincentive la inversión.

Finalmente se realizarán unas propuestas sobre posibles soluciones, determinando cómo a través de actuaciones concretas para la aplicación de los principios señalados, previendo que no se queden en la teoría, con la colaboración mancomunada del Estado, los titulares mineros y la comunidad, se podría facilitar la consecución de los objetivos planteados a lo largo de este estudio, que integra metas sociales, económicas y ambientales, para lograr mayor equidad social, luchar contra la pobreza, hacer una minería bien hecha y amigable con el medio ambiente, pero en general, objetivos que se enmarcan en la búsqueda del fin constitucional de mejorar la calidad de vida de los Colombianos.

Capítulo 1:

La minería y el medio ambiente en el contexto colombiano

Esta sección se centrará en exponer el contexto reciente de la actividad minera, en especial respecto al otorgamiento de los títulos mineros, con el fin de orientar al lector sobre el tiempo, lugar y circunstancias a partir de las cuales se desarrolla el objeto de estudio en este trabajo. Para este fin, se acude a fundamentos de derecho, tales como normas, decretos, jurisprudencia, principios, entre otros.

Para empezar es importante afirmar que Colombia es un país con un rico pasado y tradición minera, actividad que ha sido de gran importancia para el entorno económico y social del país, y que representa un sector fundamental para el desarrollo presente y futuro del mismo.

A partir del año 2010 este sector ha tenido altas tasas de crecimiento debido a que los precios internacionales de los minerales aumentaron y la legislación colombiana hizo atractiva la inversión extranjera y nacional del sector (El Espectador, 2015)¹.

Un ejemplo de estos resultados, se evidenció en los estudios que expuso el Banco de la República (2012), donde presentó el desarrollo económico del país, en el cual demuestra que la minería en Colombia ha aumentado en la última década, y que la escalada en la producción de níquel, oro, plata, carbón, entre otros, ha fortalecido económicamente al país (citado en Gómez 2013, p. 233).

Todo lo anterior, se debe tanto a los cambios normativos que han acontecido en el desarrollo de la actividad minera en las últimas décadas, en especial desde la expedición de la Constitución de 1991, de la Ley 685 de 2001 (actual Código de Minas) y sus posteriores reformas y reglamentaciones, así como a los desarrollos jurisprudenciales que se han dado sobre esta materia. Lo anterior, en razón de que toda construcción jurídica requiere de una constante revisión de sus

¹ “Entre 2000 y 2010, de acuerdo con el Informe del estado de los recursos naturales y del ambiente, presentado en el año 2011 por la Contraloría General, la actividad minera en Colombia tuvo un incremento de 1.089%. Mientras que en 2000 se otorgaron 105 títulos mineros (para explotar oro, carbón y minerales), en 2010 dicha cifra aumentó a 1.144 [...]. Para 2010, en total, la Contraloría sumó 9.230 títulos mineros otorgados. (...). Ese mismo año hubo 6.816 solicitudes de título, concentradas sobre todo en Antioquia, Boyacá y Cundinamarca”. (El Espectador, 2015).

desarrollos y puesta en práctica, para irse actualizando y adecuando a las necesidades, la evolución de los pueblos y los cambios sociales que se presenten.

Los siguientes han sido unos de los factores más importantes a considerar en la historia de la minería en Colombia:

- Los debates sobre los límites privados y públicos de la propiedad minera, el cual se fue superando a partir de varias reformas de ley desde los años sesentas y concretándose con la expedición de la Constitución de 1991.
- La necesidad de eliminar obstáculos a la deseable mayor participación de la inversión privada, tomada esta, como el principal gestor de la industria extractiva (Gaceta del Congreso 113, 2000, p. 24), teniendo en cuenta que la seguridad jurídica es, sin lugar a dudas, un factor concluyente a la hora de tomar una decisión de inversión, y es por eso que las normas se han enfocado en gran parte a alcanzar este fin.
- Las discusiones que se han suscitado respecto de las implicaciones ambientales que la ejecución de actividades extractivas puede tener sobre ciertas comunidades y ecosistemas. Respecto a esto, es de advertir que no es posible realizar un estudio de minería sin considerar el contexto ambiental.
- La necesidad de la participación activa y efectiva de “las comunidades potencialmente afectadas por proyectos mineros, en la definición de sus impactos ambientales, sociales y culturales” de manera que se deba hacer uso de “los respectivos procesos de participación y de consulta previa” (Corte Constitucional, SU-133, 2017),

Estas discusiones que se presentan en el desarrollo de la actividad minera no son un tema novedoso, puesto que los procesos de extracción y excavación de minerales se vienen realizando desde hace más de dos milenios, teniendo en cuenta que los orígenes de la minería en Colombia se remontan a la época precolombina (Corte Constitucional, SU-133, 2017). No obstante, lo novedoso es la perspectiva bajo la cual se han abordado estos temas bajo los marcos normativos que regulan la actividad hoy en día.

A continuación se realizará un breve recuento del marco normativo que actualmente regula la actividad minera en Colombia.

1.1. Marco Constitucional de la minería y del medio ambiente en Colombia desde el año 1991

La Constitución Política de 1991 ha tenido incidencia en este campo desde dos perspectivas que se exponen a continuación.

1.1.1. La actividad minera en Colombia a la luz de los principios de la Constitución Política de 1991.

Por un lado, con esta norma suprema se establecieron los principios que guían la actividad de la minería en Colombia, a saber:

El principio de participación ciudadana como fin esencial del Estado (art. 2º), el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y participar en las decisiones ambientales (art. 79). Así mismo, consagró en sus mandatos, artículos que establecen las obligaciones del Estado de: proteger las riquezas naturales y culturales de la Nación (art. 8º) y su diversidad étnica y cultural (art. 7º), planificar el manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración y sustitución (art. 80); intervenir en su explotación, en ejercicio de sus competencias en la dirección general de la economía (art. 334); identificó al Estado como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (art. 332) y le impuso el deber de velar porque los ingresos generados como contraprestación por la explotación de esos recursos se destinaran a financiar proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales y, en general, a mejorar las condiciones sociales de los colombianos (art. 316). En cuanto a la interacción de los principios de Estado Unitario y Autonomía territorial, las entidades del Estado deben aplicar los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (art. 288).

Así las cosas, esta norma suprema eliminó el debate sobre los límites privados y públicos de la propiedad minera, a través del artículo 332 señalado², en el cual traslada la propiedad de manera

² De acuerdo con el Consejo de Estado, en virtud de esta disposición de la Constitución, “En su calidad de propietario de los recursos naturales no renovables, el Estado asume deberes y tiene derechos” por tal razón, “debe determinar mediante la ley las condiciones para su explotación”, “planificar su manejo y aprovechamiento, garantizar su desarrollo sostenible, su conservación y sustitución”, por otra parte, “en su condición de titular del dominio tiene derecho a percibir por la explotación de un recurso natural no renovable, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte” (CONSEJO DE ESTADO, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Rad. 496, 1993). Así mismo cabe señalar que de este mandato

exclusiva en cabeza del Estado, estableciendo que “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”. Sin embargo, respecto al último aparte señalado, se continuaron respetando los títulos mineros adquiridos con anterioridad a la expedición de esta norma, en los que se hubiese reconocido la propiedad privada del subsuelo bajo la vigencia de normas anteriores.

1.1.2. Marco ambiental en la Constitución de 1991 que impacta a la actividad minera.

Por otro lado, se hizo necesario realizar una lectura sistemática de la misma toda vez que no es posible abordar el tema minero sin acudir a la perspectiva ambiental. En este sentido, es plausible afirmar que la protección del medio ambiente y los recursos naturales fueron unas de las mayores preocupaciones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. De ahí que con una lectura sistemática, axiológica y finalista, la Carta se consagra como una verdadera “Constitución Ecológica”, en la cual la protección del medio ambiente pasó a convertirse en uno de los fines esenciales del Estado, tomando un lugar trascendental en el ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, Sentencia T-129, 2011), lo cual se ha manifestado a través de 34 disposiciones sobre el tema, algunos ya mencionados anteriormente en especial relación con la actividad minera (arts. 2, 79, 8, 80 y 332). De acuerdo con esto, la Corte Constitucional en Sentencia C-126 de 1998, precisó la triple dimensión de la Constitución ecológica de la siguiente manera:

- 1) Por una parte, determina la protección del medio ambiente como un principio fundamental que rige en todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación: Art. 2 y 8; art. 58 (función ecológica de la propiedad), art. 82 (deber de proteger los recursos naturales del país), art. 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), art. 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano).
- 2) Así mismo, aparece como el derecho colectivo de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales: Arts. 79 y 80; art. 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental como finalidad del Estado).

Constitucional se desprenden los principio del derecho minero de “primero en el tiempo es primero en el derecho” y de “seguridad jurídica”.

3) Y, finalmente, de esta se derivan un conjunto de deberes y obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares: Art. 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), art. 95-8 (Deber de la comunidad de proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano), art. 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas), art. 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), obligaciones en materia medioambiental estipuladas en cabeza del Procurador, el Defensor del Pueblo, las Asambleas Departamentales, los Departamentos, lo Concejos Municipales, los Concejos de los territorios indígenas y el Consejo Nacional de Planeación (Arts. 277-4, 282-5, 300-2, 301, 313-9, 330-5 y 340), y art. 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo). (Corte Constitucional, SC-126, 1998)

1.2. Marco legal y reglamentario del sector minero colombiano en la actualidad

A continuación se realizará un recuento de las leyes, decretos reglamentarios, documentos de política económica, políticas públicas y principios legales que permean el sector minero.

1.2.1. De la Ley 685 de 2001.

La actividad minera en Colombia está reglada por la Ley 685 de 2001 mejor conocida como **Código de Minas** (CM), norma de carácter especial. La expedición de esta norma implicó un cambio radical en el rol que desempeñaba el Estado en el negocio minero, al renunciar a ser empresario minero y centrarse exclusivamente en la venta de acceso al recurso (Ponce, 2014, p. 162).

Para Pardo Becerra, esta Ley “modificó radicalmente el modelo de desarrollo minero vigente de las últimas décadas del siglo anterior y su aprobación coincidió con la reforma estructural de la economía y su articulación al mercado internacional” (2013, p. 185).

Este código, definió la minería como una industria de interés público al capital privado y le otorgó la connotación de actividad de utilidad pública e interés social. Así en desarrollo de este postulado, planteó como objetivos principales fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades para satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa, y para que su aprovechamiento se realice en forma

armónica con los principios y normas de explotación racional³ de los recursos naturales no renovables y del ambiente, bajo un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país (Ley 685, 2001, art. 1).

Así mismo, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 269 de 2000, se estableció como finalidad del Código la de permear de estabilidad jurídica el sector minero, estableciendo criterios legales fijos para la definición clara de las competencias de las autoridades (entidades y funcionarios administrativos) que ejecutaran la ley minera y que intervinieran en el desarrollo de los proyectos mineros (Gaceta del Congreso 113, 2000, p. 22). Por otro lado, buscó unificar los requisitos y las obligaciones de las actividades de exploración y explotación minera bajo una misma figura de titulación minera, “el Contrato de Concesión Minera”, convirtiéndola en la única forma de contratar con el Estado (art. 14 y 15 CM). De esta manera, definió nuevas reglas para la expedición del título minero (Capítulo V, arts. 45 al 63 CM), eliminando el requisito de contar con licencia ambiental en la fase de exploración⁴ (art. 85 y 205 CM). No obstante, se dejaron a salvo las demás titulaciones particulares y concretas ya consolidadas con los regímenes anteriores (art. 5).

Finalmente, el Artículo 361 del actual Código de Minas derogó todas las disposiciones contrarias, en especial las del Decreto 2655 de 1988 (anterior Código de Minas) y los decretos 2656 y 2657 de 1988.

³ La explotación racional es aquella que se adecúa a los postulados Constitucionales sobre la protección del medio ambiente. En este sentido, se expresa la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-254 de 1993, señalando el efecto que la protección del ambiente tiene sobre el ejercicio de los derechos de contenido económico: “Las normas ambientales, contenidas en diferentes estatutos, respetan la libertad de la actividad económica que desarrollan los particulares, pero le imponen una serie de limitaciones y condicionamientos a su ejercicio que tienden a hacer compatibles el desarrollo económico sostenido con la necesidad de preservar y mantener un ambiente sano. Dichos estatutos subordinaban el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente, de tal suerte que el particular debe realizar su respectiva actividad económica dentro de los precisos marcos que le señala la ley ambiental, los reglamentos y las autorizaciones que debe obtener de la entidad responsable del manejo del recurso o de su conservación. El particular al realizar su actividad económica tiene que adecuar su conducta al marco normativo que la orienta, la controla y la verifica, con el fin de que no cause deterioro al ambiente, o lo reduzca a sus más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos por la autoridad ambiental” (Citado en Negrete, 2013, p. 47).

⁴ Antes, la medida de prevención que representa la ‘Licencia Ambiental’ estaba establecida en la Ley 99 de 1993 para la etapa de exploración. Hoy en día, debido a que la Ley 685 de 2001 (CM) eliminó dicho requerimiento, las licencias ambientales únicamente se otorgan para la etapa de explotación minera. Al respecto, ha surgido pronunciamientos con el fin de reformar la ley y volver a hacer exigible este requisito en la etapa de exploración, con sustento con el fin de “proteger el medio ambiente” y de imponer “reglas claras para inversionistas”. Así lo presentó la exministra del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Luz Helena Sarmiento, que en 2014 preparó un proyecto de ley para volver a imponer licencias ambientales para la etapa de exploración minera (Dinero, 2014).

Pardo Becerra (2013, p. 185) señala que entre los aspectos más importantes de este Código Minero se encuentran:

- La formalización del principio: “Primero en el tiempo, Primero en el Derecho” para acceder a los títulos mineros.
- Libera las áreas que el Estado había reservado para el desarrollo minero con control estatal.
- Reconoce la autonomía empresarial en la actividad y cede el papel protagónico al sector privado.
- Elimina los rangos de la minería y establece procedimientos genéricos para pequeños, medianos y gran minería, y flexibiliza el procedimiento para acceder al título minero.
- Unifica la forma de contratar con el Estado a través de las concesiones y elimina la pluralidad contractual anterior.
- El periodo de los contratos de concesión se unificó en 30 años, se ampliaron las condiciones para la prórroga de los contratos y se unificaron, bajo el contrato de concesión, todas las fases del ciclo minero, desde la exploración hasta el cierre y abandono.
- Se reconocen los derechos de las minorías, la obligación de pagar regalías de acuerdo con la Ley 141 de 1994, y establecieron áreas que tienen tratamiento especial frente a la minería, como las zonas de reserva especial, las zonas de seguridad nacional, las zonas excluibles de la minería (zonas de protección y desarrollo de los RNNR), las zonas de minería restringida (zonas de interés arqueológico, históricos y culturales, zonas de bajamar y trayectos fluviales, zonas de minería indígena, comunidades negras y mixtas).

En suma, se evidencia que este Código pretendió unificar los requisitos, formalidades, documentos y pruebas, de forma que fueran únicamente los que se señalan en este, los que se pudieran exigir para efectos del desarrollo de la actividad minera, sin perjuicio de los ambientales que se encuentren previstos en ese mismo cuerpo normativo, así como en otras normas ambientales y que no sean incompatibles con las del Código o que sirvan para llenar vacíos o lagunas existentes en materia ambiental (Miranda, 2014, p. 143). Además buscó hacer más ágiles los trámites de contratación y titulación minera, de forma tal que se pudiera garantizar el derecho al particular de

solicitar como proponente el contrato de concesión y facilitarle su ejecución (Ley 685, 2001, arts. 6 y 14), junto con el ánimo de liberar todo el territorio a la inversión extranjera.

1.2.2. Principios desarrollados en la Ley 685 de 2001 que rigen la actividad minera en Colombia.

Los principios básicos de la política minera colombiana están contenidos en este Código, y los principales elementos de dicha política son, según Ponce (2014, p. 106-107):

- La propiedad de las minas, los recursos minerales del suelo y el subsuelo es exclusiva del Estado.
- El Estado central es regulador, promotor, administrador y ejerce función de fiscalización del sector.
- Una entidad descentralizada adjudica y administra títulos mineros.
- Se ha dado la delegación parcial de funciones de titulación a gobernaciones.
- La Industria minera es de utilidad pública e interés social en todas sus ramas y faces.
- La primera propuesta de contrato presentada tiene prelación (primero en el tiempo es primero en el derecho).
- Existe un sistema único de contratación minera (contrato de concesión) a partir del cual se otorga el derecho a explorar y explotar un yacimiento.
- Se dota de autonomía empresarial al concesionario.
- Necesidad de un plan de gestión ambiental debidamente aprobado por la autoridad ambiental para autorizar las obras y los trabajos mineros.
- Las contraprestaciones económicas son dos: canon superficiario y regalías
- La información sobre los recursos mineros es de utilidad pública y debe estar disponible en un Sistema Nacional de Información Minera
- La explotación de yacimientos minerales sin título minero es un delito calificado en el Código Penal.
- Se establecieron “Zonas de reserva” para ser investigadas por el Estado (desde 2011).
- Se definieron Zonas excluidas y restringidas para actividades mineras

Por otro lado, a partir del estudio del Código de Minas de 2001, tal y como se identificó en la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 010 de 2007⁵ (Senado de la República, Gaceta del Congreso 493, 2007, p. 13), los propósitos y principios establecidos por este fueron:

- La propiedad estatal sobre los minerales del suelo y del subsuelo;
- El nuevo papel del Estado como facilitador y fiscalizador y no empresario, no le corresponde desarrollar funciones de operador minero;
- El énfasis de la fiscalización de las obligaciones de los concesionarios: La autoridad minera le corresponde administrar el recurso, otorgar derechos para su aprovechamiento y fiscalizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por los titulares mineros;
- El propósito de elevar productividad y competitividad del negocio minero;
- El desarrollo de una minería económica y ambientalmente sostenible;
- La autonomía del sector privado para adelantar las labores de exploración y explotación,
- Simplificación en las relaciones entre el Estado y los particulares.

1.2.3. Reglamentaciones de la Ley 685 de 2001 del actual Gobierno Nacional (2010 - 2018)⁶.

En ese sentido, tras la declaratoria de inexecutable de la Ley que reformaba el Código, como medida de emergencia, y buscando cubrir los vacíos jurídicos que quedaron, el Gobierno Nacional (2010 – 2018) expidió cuatro **Decretos con fuerza de ley (933⁷, 934⁸, 935⁹ y 943 del 2013)**, que fijaron parámetros para desarrollar la actividad minera, cuyo objetivo era dotar de herramientas al Estado para la administración del recurso minero y para regular su relación con los titulares

⁵ A partir del cual se expidió la ley 1382 de 2010 por la cual se modifica la Ley 685 de 2001.

⁶ En este capítulo se resaltarán en negrilla los nombres de las normas que regulan el sector minero y ambiental, para facilitar su identificación en la lectura.

⁷ Al respecto cabe señalar que, el Decreto 933 de 2013, fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001-03-26-000-2014-00156-00 [52506], 20 de abril de 2016) por considerar que considerara que reprodujo en su integridad el Decreto 1970 de 2012, el cual reglamentó la Ley 1382 de 2010 y que por ende quedó por fuera del ordenamiento jurídico en virtud de la inexecutable de la misma. En cuanto a su nulidad esta fue negada por indebida notificación del auto admisorio de la demanda, elevada por la entidad demandada, esta fue negada en la Sentencia con igual radicado (22 de junio de 2016), por el C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸ Este Decreto 934 de 2013 “Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001” también fue suspendido provisionalmente Sección Tercera Consejo de Estado M.P. Hernán Andrade (Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 110010326000201300162 00 [49.150], 2014) por la vulneración de la autonomía de los Municipios y Distritos, por coartar coarta la potestad que les asiste a dichos entes territoriales tanto para reglamentar el uso del suelo, como para controlar y vigilar las actividades mineras en sus jurisdicciones. Aún no se ha decidido la nulidad del Decreto.

⁹ El Decreto 1300 de 2013 modifica el artículo 5º de este Decreto 935.

mineros y solicitantes de nuevos títulos. Estos Decretos regularon la formalización de la minería tradicional, la presentación de las propuestas de concesión y la competencia para excluir zonas de la actividad minera, entre otros asuntos. Así mismo, se expidió el **Decreto 2691 de 2014** sobre la participación de las autoridades territoriales en el proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera. Cabe resaltar que algunos de estos Decretos fueron suspendidos provisionalmente¹⁰.

Como vemos, esta Ley 685 de 2001 (CM), ha sido reglamentada por el Gobierno Nacional (2010 – 2018) a través de un número plural de decretos, que fueron recopilados en el Decreto Único para el Sector de Minas y Energía, **Decreto 1073 de 26 de mayo de 2015**, con el fin de simplificar el ordenamiento jurídico para asegurar la eficiencia del sistema legal y afianzar la seguridad jurídica. Este decreto regula temas como: Estructura del sector minero energético, régimen reglamentario del sector (Catastro minero, Sistema de información minero, clasificación de la minera, aspectos procedimentales, aspectos importantes del contrato de concesión, prórroga e integración de áreas, zonas excluidas y restringidas de la minería – participación de las entidades territoriales en la definición de estas-, áreas de reserva especial y proyectos mineros especiales, formalización, comercialización, aspectos económicos y tributarios, fiscalización, entre otros temas) e incentivos a las inversiones en minería (adicionado por el Decreto 2253 de 2017, artículo 1º). No obstante este ha sido modificado y adicionado con Decretos expedidos con posterioridad en temas como sanciones, comercialización, integración de áreas y prórrogas, por ejemplo, el **Decreto 1666 de 2016** relacionado con la clasificación minera y el **Decreto 2504 de 2015** sobre fiscalización minera.

1.2.4. Políticas públicas y planes de desarrollo con enfoque al sector minero.

Por su parte, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), definió las perspectivas de la industria minera colombiana, así como la aprobación de un plan de acción que incluía estrategias para lograr el desarrollo sostenible de la industria minera del país, de acuerdo con las políticas del Plan Nacional de Desarrollo Minero de 1997. El mismo establece elementos diferenciadores y un tratamiento diferencial para la pequeña, mediana y gran minería, basados en

¹⁰ La suspensión provisional es una medida cautelar que tiene un objeto preciso: la pérdida de fuerza ejecutoria temporal de un acto administrativo por ser contrario a las normas constitucionales o legales, mientras se decide definitivamente su legalidad en un sentencia que ponga fin a un proceso.

tres aspectos fundamentales: “el desarrollo limitado de proyectos de gran minería, la proliferación de la pequeña minería caracterizada por explotaciones anti técnicas y de carácter informal, y la problemática ambiental asociada en especial con la minería informal” (**Conpes 2898 de 1997 “Estrategias para el fortalecimiento del sector minero en Colombia”**).

Otro instrumento normativo que se debe considerar en este contexto son los Planes Nacionales de Desarrollo (PND) y los Planes Nacionales de Desarrollo Minero, a través de los cuales se expresan los principios básicos de la política minera de los gobiernos, se orienta al sector minero, y se reflejan la visión con que diferentes gobiernos han buscado fomentar el desarrollo minero. Así por ejemplo, **PND 2010 - 2014 “Prosperidad para todos” (Ley 1450 de 2011)**, definió al sector minero-energético como una de las locomotoras para el desarrollo económico del país. De esta forma, el plan definió una serie de acciones para posicionar a Colombia en el mundo como un país minero. El plan determinó en su momento lo siguiente:

Es primordial focalizar los esfuerzos en configurar una institucionalidad que sea capaz de responder al dinamismo del sector, teniendo en cuenta la problemática existente en todos los niveles de la cadena productiva. De la misma manera, es prioritario erradicar la extracción ilícita de minerales, la cual ha producido una mala percepción de la sociedad colombiana hacia el sector minero, debido a los daños causados al medio ambiente y a la sociedad. Para consolidar el sector minero como un motor para el desarrollo económico, es preciso mantener una interrelación con otros sectores: establecer canales de comunicación fluidos con el sector ambiental, mejorar el manejo con comunidades en áreas de influencia de los proyectos en las fases de diseño, desarrollo, y operación y coordinar con el Ministerio de Transporte para identificar las necesidades de infraestructura vial, férrea y portuaria. (Ministerio de Minas y Energía, 2016a, p. 35).

Posteriormente, el **PND 2014-2018 “todos por un nuevo país” (Ley 1753 de 2015)**, se continuó con la caracterización del sector minero como uno de los motores de desarrollo del país. Además, se fijó como propósito que el sector minero energético jugara un papel clave en garantizar el desarrollo económico sostenido e inclusivo y generador de recursos para financiar las inversiones que van a requerir la construcción de la paz, la educación y las políticas sociales en la

lucha contra de la desigualdad. Estableció además, la necesidad de una política pública diferenciada para cada escala minera, tipo de producción, método de explotación y grado de formalidad, ya que los requerimientos para cada caso son diferentes. Sin embargo, recordó la rigurosidad en el tratamiento de los aspectos ambientales, laborales, sociales y técnicos. Por otra parte, insistió en procurar el fortalecimiento de la inversión privada a través de reglas de juego claras y estables, así como el fortalecimiento de la institucionalidad minera que se creó en la vigencia del pasado PND, de forma tal que cumpla con todas sus obligaciones de manera ágil y eficiente, así como continuar con la política de formalización (p. 189). En este sentido, se propuso brindar las condiciones para promover el máximo aprovechamiento de los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, bajo los más altos estándares ambientales y sociales, en articulación con las demás políticas sectoriales, las autoridades territoriales y la sociedad civil (p. 176). Entre sus estrategias y metas se plantean las de “consolidar al sector minero con responsabilidad social y ambiental, como impulsor del desarrollo sostenible del país”, “Información confiable de acuerdo con las necesidades del país, respecto al conocimiento del territorio, así como del ordenamiento territorial” y “el desarrollo minero con responsabilidad ambiental, buscando una articulación intra e inter sectorial y el licenciamiento ambiental oportuno, con rigor y celeridad” (Departamento Nacional de Planeación, 2014).

Con este PND se dieron pasos importantes en materia de seguridad jurídica al regular temas que atañen a prórrogas, integraciones, cesiones, cierre de minas, clasificación de minería y adopción de mecanismos de aseguramiento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los titulares mineros y apoyar el acceso de los mineros tradicionales a la legalidad (Ministerio de Minas y Energía, 2016b, p. 26).

En esta misma línea, el **Plan Nacional para el Desarrollo Minero, visión para el año 2019 – UPME** ubica el horizonte de la planificación del sector en el territorio de la competitividad de nuestros productos mineros y de sus servicios asociados en los mercados nacionales y extranjeros. Con ello en mente, se presentan propuestas de valor para los segmentos de clientes institucionales seleccionados como estratégicos y se desarrollan las actividades requeridas a partir de tres líneas básicas: 1) facilitar la actividad minera, 2) promover el desarrollo sostenible de la minería y 3) fiscalizar el aprovechamiento minero (Ministerio de Minas y Energía, 2016c, p. 33). Por su parte, **Plan Nacional para el Desarrollo Minero con horizonte a 2025 Minería responsable con el**

territorio, se fundamenta en los pilares de la política minera (divulgados por el Ministerio de Minas y Energía en abril de 2016) los cuales son: i) seguridad jurídica ii) condiciones competitivas, iii) confianza legítima, iv) infraestructura, v) información e vi) institucionalidad minera fortalecida y eficiente; así mismo se toma como fundamento el PND 2014-2018.

1.3. Desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional en torno a la actividad minera en Colombia a partir de la expedición de la Ley 685 de 2001

Esta norma ha sido objeto de diversos estudios de constitucionalidad, por repetidas interposiciones de acciones judiciales encaminadas a lograr la salvaguarda de los principios y derechos constitucionales comprometidos en este ámbito. En estas, se han cuestionado los impactos generados por las actividades mineras ejecutadas bajo su vigencia. Sin embargo, de los 362 artículos de Ley 685 de 2001, apenas dos –los artículos 37 y 229 - se han declarado inexecutable por ir en contradicción con los preceptos de la Carta (**Sentencia C-273 de 2016 y C-1071 de 2003**), pero adicionalmente “la Corte ha identificado varias disposiciones del Código que solo resultan compatibles con la Constitución bajo determinada lectura que ha hecho explícita a través de decisiones de exequibilidad condicionada” (Corte Constitucional, SU-133, 2017), especialmente respecto de los temas de participación ciudadana y consulta previa (**Sentencia C-123 de 2014 y C-389 de 2016**).

La Corte Constitucional en **Sentencia C-389¹¹ de 2016 y SU-133 de 2017**, identificó de manera reciente, tres tipos de tensiones constitucionales a las que ha dado lugar el ejercicio de la minería al amparo del Código:

- La que enfrenta el principio constitucional de protección de la iniciativa privada con los deberes estatales de intervención económica, regulación y planificación de la explotación de los recursos naturales no renovables;
- La que se deriva de la salvaguarda de los derechos de participación ciudadana y consulta previa en materia minera; y

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-389. M.P. María Victoria Calle, con salvamento parcial de voto de los magistrados Alejandro Linares y Luis Ernesto Vargas y aclaraciones de voto de los magistrados María Victoria Calle, Jorge Iván Palacio, Luis Guillermo Guerrero, Gabriel Eduardo Mendoza y Luis Ernesto Vargas

- La que confronta el ejercicio de la minería en sus distintas etapas y fases con los principios constitucionales de protección ambiental, desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras.

En el año 2010 se realizó una reforma a la Ley 685 de 2001 a través de la **Ley 1382 de 2010**, con el fin de actualizar el Código de Minas y modernizarlo de acuerdo con una institucionalidad más competitiva, para promover la inversión y agilizar los trámites de obtención de títulos. Como aduce Poveda (2013), esta Ley contenía artículos que, entre otros objetivos, pretendían formalizar la actividad de los pequeños mineros tradicionales, mejorar la fiscalización técnica y ambiental de las operaciones mineras, restablecer el derecho del Estado a reservar ciertas áreas, para ofrecerlas al operador más idóneo e introdujo la prohibición de la actividad minera en zonas como los páramos y los humedales Ramsar, las cuales no estaban excluidas de la minería en la regulación del Código de Minas de 2001. Sin embargo, mediante **Sentencia C-366 de 2011**¹², la Corte Constitucional declaró esta ley inexecutable porque se omitió en su proceso de expedición la consulta previa con las comunidades étnicas que podían verse afectadas. Sin embargo, la Corte ordenó que la Ley permaneciera vigente transitoriamente por dos años para no causar efectos nocivos al medio ambiente, pues dicha Ley contenía normas más garantistas en materia ambiental, por ello, sacarla del ordenamiento podría dejar sin protección ecosistemas estratégicos excluidos de la minería como los páramos o humedales¹³ (Rubiano, 2012, p. 2).

Como no se cumplió con la consulta previa en el período concedido por la Corte, durante el cual, la explotación minera tuvo lugar bajo las condiciones señaladas en la Ley 1382, en 2012 la norma salió del ordenamiento jurídico quedando de nuevo vigente la Ley 685 de 2001.

De acuerdo con Galeano (2010) los problemas de la Ley 1382 y la Ley 685 fueron: i) de un lado, la ausencia de una gobernanza ambiental minera, producto de la desarticulación de intereses, ambientales, sociales y económicos; ii) de otra parte, la ausencia de participación civil ciudadana en la toma de decisiones; iii) Así mismo se evidenció la inviabilidad de la pequeña minería, las

¹² Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-366 de 2011, Referencia.: expediente D-8250. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.” Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil once (2011).

¹³ “Cuando se expidió esta sentencia, no había sido aprobada la Ley 1450 de 2011, cuyo Art. 202 reiteró la exclusión de páramos y humedales de la minería. En todo caso, jurisprudencia previa y múltiples instrumentos ambientales internacionales ya garantizaban dicha exclusión”. (Rubiano, 2012. pie de página 2).

facilidades para la instalación de la gran minería de capital trasnacional y flexibilización jurídica a los impactos ambientales de los megaproyectos mineros (citado en Duarte, 2012, p. 27). Es por eso que se ha evidenciado la necesidad de los Gobiernos por acudir a otros recursos normativos para llenar estos vacíos y corregir las imperfecciones de los Códigos Mineros.

1.4. Entidades que conforman el sector minero administrativo

La estructura institucional del sector también se ha venido transformando de manera radical a fin de darles mayor operatividad a las políticas públicas mineras señaladas.

Respecto a esta parte institucional, hoy en día la integración del sector administrativo de minas está conformado por:

- El Ministerio de Minas y Energía (MME): es la cabeza del sector y quien formula las políticas del gobierno para la administración del sector.
- La Agencia Nacional de Minería (ANM) (Decreto 4134 de 2011): adscrita al MME, es la ejecutora de la política y responsable de suscribir los contratos de concesión, del proceso de titulación, registro, vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos, fiscalización, entre otras labores.
- El Servicio Geológico Colombiano (SGC) antes INGEOMINAS (Decreto 4131 de 2011): encargado de la investigación del potencial de recursos del subsuelo del territorio nacional conforme a las políticas del MME, actualiza el mapa geológico colombiano, caracteriza las zonas de mayor potencial, entre otras.
- La Unidad de Planeación Minero Energética –UPME- (Decreto 2119 de 1992 y Ley 143 de 1994): organismo con carácter de unidad administrativa especial, se encarga de la planeación del desarrollo sectorial, administra el Sistema de Información Minero Colombiano, divulga información requerida por los actores del sector para la toma de decisiones y la formulación de políticas, entre otras funciones. Así mismo, por delegación de la ANM que a la vez era delegataria del MME tiene la función de elaborar el Plan Nacional de Ordenamiento Minero.
- Las Gobernaciones de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander quienes por delegación (del MME, SGC y ANM) han ejercido las funciones de fiscalización sobre los títulos mineros en jurisdicción del departamento.

- Las Alcaldías municipales, a quienes la Ley 685 de 2001 les impuso la obligación de adelantar ciertas funciones, como por ejemplo la fijación de las servidumbres mineras, amparos administrativos por extracción ilegal y cierres de explotaciones ilícitas (Decreto 1073, 2015).

Sus competencias serán detalladas a fondo en la tabla que se presentará en la tabla 1. del Apéndice de este trabajo.

Otras entidades involucradas en los procesos de titulación con competencias que inciden de manera indirecta en los mismos son, según Ponce (2014, p. 122) son:

- Ministerio del Interior y de Justicia: le corresponde certificar si hay o no presencia de comunidades étnicas en el área propuesta para un contrato de concesión, gestionar y dirigir el proceso de la consulta previa.
- El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: le corresponde delimitar las áreas excluidas para minería y tramitar en algunos casos la sustracción de áreas de la Reserva Forestal de la Ley 2ª de 1957.
- La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Infraestructura: deben conceptuar cuando el área de una propuesta se halle superpuesta con concesiones para hidrocarburos o con proyectos viales.

1.5. Marco normativo ambiental en relación con la minería

Recopilando todo lo anterior, y teniendo en cuenta el desarrollo Constitucional de los principios en materia ambiental ya expuestos (en el punto 1.1.2.) , se hace evidente la necesidad de que la normatividad minera sea coherente con los deberes constitucionales e internacionales del Estado y los particulares de protección del ambiente sano, los recursos naturales y la biodiversidad, lo cual se puede presentar como un obstáculo para la aplicación de la normatividad minera cuando esta no se mira en conjunto ni funciona de forma articulada y armónica con la normatividad ambiental.

1.5.1. Marco legal y reglamentario ambiental en torno a la actividad minera

Así las cosas, es importante conocer que en consonancia con el ordenamiento jurídico minero, se encuentra la legislación en materia de gestión ambiental del territorio, la cual se encuentra dispersa principalmente en:

“**Decreto Ley 2811 de 1974** (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente – CRNR –), la **Ley 99 de 1993** (Ley de Manejo Ambiental – LMA –) y la **Ley 165 de 1994** (por la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro – CBD –). Atendiendo a esta fragmentación, el Decreto 2372 de 2010 (hoy compilado en el Capítulo I del Título 2 del **Decreto 1076 de 2015**) pretendió condensar esta regulación y establecer reglas fundamentales del Sistema Nacional de Áreas Protegidas -SINAP-“. (Santaella, 2016, p. 177)

En el artículo 1° de la **Ley 99 de 1993**, se definieron los Principios Generales Ambientales, los cuales serán detallados más adelante. Esta norma a su vez, crea el Ministerio del Medio ambiente y define sus funciones, tales como la de formular las políticas ambientales, coordinar el SINA, y especialmente respecto del tema de minería, determinar las normas ambientales mínimas y las regulaciones de carácter general sobre medio ambiente a las que deberán sujetarse las actividades mineras. Desde este enfoque es importante considerar también los Títulos VII y VIII de esta Ley, que regulan el tema de Licencias ambientales para la etapa de explotación minera, así como, el artículo 13 que crea el Consejo Nacional Ambiental, con el fin de asegurar la coordinación intersectorial de las políticas, planes y programas en materia ambiental, el cual estará integrado entre otros organismos, por El Ministro de Minas y Energía y un representante de los gremios de la producción minera. Entre las funciones de este órgano, se establecen las de adoptar medidas que permitan armonizar las regulaciones y decisiones ambientales con la ejecución de proyectos de desarrollo económico, tales como los de minería, a fin de asegurar su sostenibilidad y minimizar su impacto sobre el medio; y la de recomendar al Gobierno Nacional la política y los mecanismos de coordinación de las actividades de todas las entidades cuyas funciones puedan afectar el medio ambiente (art. 14). Finalmente es importante resaltar, que esta norma también planteó la posibilidad de que el Ministerio del Medio Ambiente determinará las zonas en las cuales existe incompatibilidad con las explotaciones mineras (art. 61).

Entre otras normas ambientales que regulan temas atinentes a la minería, encontramos el **Decreto 2811 de 1974** (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente), el cual reguló temas como los efectos ambientales de los recursos naturales no renovables, estableciendo las condiciones y requisitos para realizar actividades mineras con el fin de prevenir y controlar los efectos nocivos que puedan producir en el ambiente el uso o la explotación de dichos recursos. Adicionalmente, determinó las reglas para el uso del agua en las actividades mineras y en su artículo 100 estableció la necesidad de contar con la autorización previa de la entidad que debe velar por la conservación (del cauce o lecho) para el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación mineral. Por otra parte determino la necesidad de que se reglamentara en coordinación con el Ministerio de Minas y Energía, el ejercicio de las actividades de exploración y explotación, y que a las actividades mineras precedieran estudios ecológicos y se adelantarán según las normas sobre protección y conservación de suelos (art. 185).

Así mismo, se encuentran las que ordenan a las autoridades ambientales planificar y efectuar el ordenamiento ambiental del territorio, de forma tal que se establezcan y delimiten las áreas protegidas, extraídas o restringida para la minería. En este sentido, se destacan las siguientes: **Decreto 1640 de 2012** (cuencas hidrográficas, acuíferos, manglares, entre otros), **Ley 165 de 1994** y artículo 202 de la **Ley 1450 de 2011** (páramos y humedales), **Ley 2 de 1959** (reservas forestales), artículo 207 de la Ley 1450 de 2011 (Coralinas y de Pastos Marinos), y en general el **Decreto 2372 de 2010** que ordena que culminen satisfactoriamente el proceso de reclasificación de áreas protegidas. Especialmente, el Decreto 2372 de 2010 se expidió con la finalidad de reglamentar de manera sistémica y regular integralmente las diversas categorías y denominaciones legales previstas en el Decreto ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993, en el marco del **Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP)**, a la luz de las disposiciones previstas en la Ley 165 de 1994¹⁴, buscando establecer objetivos, criterios, directrices y procedimientos para la selección, establecimiento y la ordenación de las áreas protegidas y definir además algunos mecanismos que permitieran una coordinación efectiva del mencionado sistema.

¹⁴ El Convenio sobre Diversidad Biológica, aprobado por la Ley 165 de 1994 tiene como objetivo la conservación de la diversidad, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de recursos genéticos.

Con todo, el **Decreto 1076 de 2015** pretendió compilar en un solo cuerpo normativo todas las disposiciones de índole ambiental que permitieran identificar donde ubicar la regulación ambiental y en general sectorial, con el fin de lograr un avance en tema de seguridad jurídica y transparencia. En consecuencia, este decreto compiló 1.650 artículos en materia ambiental que se encontraban dispersos en 84 decretos reglamentarios. Este, contiene tres libros, cada uno de ellos referente a la Estructura del sector ambiental, al régimen reglamentario del sector ambiente y unas disposiciones finales. Respecto a temas mineros, contiene normas que prohíben actividades mineras en áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales (art. 2.2.2.1.15.1), otras referentes al tema de plan de manejo ambiental y licencia ambiental, autoridades ambientales competentes para otorgarla o negarla, como lo son La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) de Desarrollo Sostenible (**Decreto 2041 de 2014**), y los requisitos para obtenerla (**Decreto 783 de 2015**); así mismo regula lo referente al Registro Único Ambiental (RUA) (art. 2.2.2.3.10.2.).

1.5.2. Principios generales en materia de Derecho Ambiental

Como se mencionó, el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, estableció los **Principios Generales Ambientales**, desarrollados en armonía con los principios constitucionales, que guiarían la política ambiental colombiana, tales como: desarrollo sostenible; protección de la biodiversidad por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad; el derecho a la vida en armonía con la naturaleza; protección especial de los páramos y el paisaje; principio de precaución, prevención y recuperación ambiental; los estudios de impacto ambiental como instrumento básico para la toma de decisiones respecto a actividades que afecten significativamente el medio ambiente; manejo ambiental descentralizado, democrático y participativo, para el cual se establece el Sistema Nacional Ambiental, SINA; y estructuración de instituciones ambientales del Estado bajo criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física.

Para contextualizar un poco este tema de principios se hará una breve mención de los más importantes en esta materia, con el fin de brindar una visión general de la importancia de su aplicación en el contexto minero colombiano.

- 1) Desarrollo sostenible: de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 99 de 1993:

“Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades”.

Por su parte la Corte Constitucional (Sentencia T-251, 1993) señaló al respecto que:

“El crecimiento económico, fruto de la dinámica de la libertad económica, puede tener un alto costo ecológico y proyectarse en una desenfrenada e irreversible destrucción del medio ambiente, con las secuelas negativas que ello puede aparejar para la vida social. La tensión desarrollo económico - conservación y preservación del medio ambiente, que en otro sentido corresponde a la tensión bienestar económico - calidad de vida, ha sido decidida por el Constituyente en una síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional” (CP arts. 80, 268-7, 334, 339 y 340).

En ese sentido, el Constituyente de 1991 estimó necesario consagrar expresamente en el texto constitucional que el Estado fuera propietario en estricto sentido, de los recursos naturales, y que en virtud de ellos debía percibir regalías por su explotación y aprovechamiento, proponiendo a su vez su intervención para manejar el patrimonio común conformado por los recursos naturales, estableciendo que es su deber es, promover, de manera planificada, el aprovechamiento de los mismos, para conseguir el desarrollo y mejor calidad de vida de las generaciones presentes, pero que, al mismo tiempo, su manejo y aprovechamiento debe ser racionales, de tal forma que se mantenga la potencialidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades y aspiraciones de generaciones futuras. De ahí se desprende el concepto de este principio, previendo que “el desarrollo económico y social debe hacerse compatible con la preservación del medio ambiente, para asegurar el sostenimiento del progreso a largo plazo” (Gaceta Constitucional, 28, 1991, p. 9).

- 2) El que contamina paga: este principio busca que el causante de la contaminación sea responsable del daño que generó, de los impactos que conlleva, y por ende, que asuma los costos derivados de las medidas de prevención, de la restauración del medio ambiente que ha impactado y de lucha contra la misma, de manera tal que no pueda transferir su responsabilidad a otros miembros de la comunidad o a las generaciones futuras. De ahí que el Estado y la sociedad puedan responsabilizar a quien contaminó y hacer valer ese derecho de restauración del medio ambiente impactado, asegurando su protección. (Aguilar, 2008, p. 182)
- 3) Principio de precaución: el inciso 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993 lo consagra de la siguiente manera:

La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

De esta manera, el artículo 5-25 de la misma ley le otorga la competencia al Ministerio de Medio Ambiente de aplicar este principio para preservar el medio ambiente y con tal finalidad, para tomar medidas que eviten un peligro o daño grave para el mismo, según lo cual en aras de evitar la arbitrariedad, deberá sujetarse a la Constitución y a las políticas ambientales establecidas en la ley, constatando previamente que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que exista peligro o daño;
- Que éste sea grave e irreversible;
- Que existan un principio de certeza científica, así no sea absoluta;
- Que la decisión que adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente;

- Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

De la misma manera, el Artículo 95-8 Constitucional que reza “Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 8.-Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano”, establece que la responsabilidad de proteger el medio ambiente corresponde no solo al Estado sino a todas las personas y ciudadanos, por estar en juego la protección ambiental de las generaciones presentes y la supervivencia de las futuras, lo cual tiene una importancia universal (Aguilar, 2008, p. 183).

4) Principio de prevención: es aquel que propone que el riesgo deba ser conocido con anticipación para poder adoptar medidas que permitan neutralizar, evitar y prever los daños al medio ambiente. De esta manera, de acuerdo con la Corte Constitucional, este principio opera cuando “es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas”. Así mismo señaló que este se materializa a través de “[...] mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente” (Sentencia C-703, 2010).

Esos mecanismos son instrumentos de gestión con función preventiva que tienen como objeto principalmente, acceder a información sobre los impactos negativos que se puedan causar sobre el medio ambiente. En el caso de la minería estos instrumentos son: 1.- los planes de manejo ambiental; 2.- los estudios de impacto ambiental; 3.- la licencia ambiental por excelencia; 4.- los permisos para uso de los recursos naturales renovables, y 5.- las guías ambientales y autorizaciones¹⁵.

¹⁵ Estos instrumentos de control ambiental que materializan el principio de prevención se explicarán en el capítulo 3.1.2. en notas al pie.

Este principio junto con el de precaución se encuentra expresamente previstos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual mediante la Sentencia referida, señaló lo siguiente:

La Constitución encarga al Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, así como de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados, labor preventiva que adquiere especial significado tratándose del medio ambiente, para cuya puesta en práctica suele apoyarse en variados principios, dentro de los que se destacan los de prevención y precaución, pues dicha labor tiene que ver tanto con los riesgos o daños cuyo efecto no pueda ser conocido anticipadamente, como con aquellos en los cuales resulta posible conocer el efecto antes de su producción.

[...]

Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados.

Así mismo, la Convención de Río de 1992 (adoptada en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 165 de 1994 como se señaló en el numeral 1.5.1.), señaló que estos principios deben operar a partir de la participación ciudadana y la actuación del Estado para “promulgar leyes eficaces y dinámicas para la protección del medio ambiente, buscando a su vez, la cooperación internacional para el desarrollo económico con un medio ambiente sostenible [...]” (Como se citó en Gómez, 2013, p. 236).

- 5) Principio de rigor subsidiario: este tiene como finalidad asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, garantizando el manejo armónico del mismo en lo que se refiere al ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales en consonancia con lo establecido en el artículo 288

Constitucional. Se encuentra previsto en el inciso 4 del artículo 63 de la Ley 99 de 1993 que establece que:

Las normas y medidas de policía ambiental, es decir aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se desciende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la presente Ley.

Este principio busca precisar que no se trata de una contradicción de competencias sino de una concurrencia de diferentes órganos del Estado que participan en la regulación y en la protección del medio ambiente. Por eso, se reconoce el principio de autonomía territorial en el sentido de no limitar la potestad reglamentaria de las autoridades territoriales por la ley, pero a su vez se establece el deber de que estas contemplen la normatividad básica indispensable a la protección del patrimonio ecológico en todo el territorio nacional (Sentencia C-535, 1996).

- 6) Corrección de atentados en la fuente: este tiene una estrecha relación con el principio de “el que contamina paga”. Como señala Betancor (2001, p. 360-361), es el principio:

En virtud del cual, cuando la contaminación se ha producido, se deben aplicar medidas de corrección lo antes posible y en el lugar más próximo al de la fuente de contaminación. De esta forma el principio exige la corrección, no sólo en la fuente de la contaminación, sino también en el momento más inmediato al que se produjo la misma. (Citado en Gutiérrez, Rodríguez y Galván, 2013, p. 45).

Este principio también se conoce como de causalidad, y como señala Ortega (2000, p. 52) “supone evitar que la contaminación se traslade de un medio a otro”, imponiendo restricciones en el movimiento de los residuos (como se citó en Gutiérrez et al. 2013, p. 46). En ese sentido, este principio que busca que se apliquen medidas en la fuente, tiene como finalidad que se utilicen instrumentos que “permitan evitar en origen los daños ambientales utilizando la ‘mejor tecnología disponible’ y/o la ‘mejor práctica medioambiental’, así como energía y productos ‘limpios’” (Gutiérrez et al. 2013, p. 46).

1.6. Entidades administrativas ambientales que intervienen en la actividad minera.

Las instituciones que conforman el sector ambiental respecto de las funciones que tienen incidencia en el sector minero son: el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible – MADS- (Decreto 3570 de 2011 modificado por el Decreto 1682 de 2017) rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de definir la política del sector y velar por su conservación, así como de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio a fin de asegurar, el desarrollo sostenible; Corporaciones Autónomas Regionales – CAR- (Ley 99 de 1993), son la máxima autoridad ambiental en las regiones, deben responder por la aplicación de las políticas expedidas por el MADS, entre otras funciones; las entidades territoriales, quienes son las encargadas de formular sus planes de desarrollo ambiental asesoradas por las CAR; el Consejo Nacional Ambiental, tiene como objetivo asegurar la coordinación intersectorial pública y privada de las políticas, planes y programas en materia ambiental y de recursos naturales renovables, con el fin de desarrollar una gestión armónica y evitar incompatibilidades de funciones entre todos los entes que intervienen en el manejo ambiental, como lo es la autoridad minera; finalmente el Consejo Técnico Asesor de Política Ambiental, como órgano asesor en la formulación de políticas y expedición de normas (este Consejo está conformado entre otros, por un representante del sector minero) (Rodríguez, 1994).

Vale la pena hacer énfasis en las competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible (CAR), las cuales de acuerdo con el Artículo 23 de la ley 99 de 1993 “Están integradas por las entidades territoriales que conforma una unidad geopolítica, encargadas por ley de administrar -dentro del área de su jurisdicción- el medio ambiente y los recursos naturales renovables, y propender por el desarrollo sostenible del país”.

Entre sus competencias se encuentran las de adelantar trámites de: licencias ambientales para la actividad de explotación minera (de esta manera también le corresponden los procesos sancionatorios cuando se adelantan actividades extractivas sin esta licencia), permisos como: el de prospección y exploración de aguas subterráneas, de vertimientos, de autorización para aprovechamiento forestal, así como la concesión de aguas y la aprobación de planes de manejo de restauración y recuperación ambiental, y de saneamiento y manejo de vertimientos (ASOCARS), entre otras funciones.

La Corte Constitucional en Sentencia C-570 de 2012), ha señalado que las CAR:

- Son órganos constitucionales de orden nacional sui generis, descentralizados por servicios porque: (a) no están sujetas a control de tutela ni a otros mecanismos estrictos de control administrativo que permitan a la autoridad central revocar o variar sus decisiones -lo que no se opone a los controles jurisdiccionales, y (b) no están adscritas a ningún ministerio ni hacen parte de ningún sector administrativo.
- Su autonomía no es absoluta, y es principalmente de carácter administrativo, orgánico y financiero. Desde el punto de vista político, solamente se concreta en la expedición de regulaciones y la fijación de políticas ambientales en su jurisdicción en aspectos complementarios a los delineados por la autoridad central o no fijados por ésta, con sujeción a los principios de rigor subsidiario y gradación normativa (Art. 63 Ley 99 de 1993).
- [...] los estudios a cargo de las corporaciones autónomas regionales deben ser realizados con sujeción a los lineamientos que fije el Ministerio de Ambiente, en virtud del principio de colaboración armónica que informa las relaciones entre los distintos organismos del Estado (artículo 113 de la Constitución) y en atención al papel del Ministerio como coordinador del SINA.

- De acuerdo con lo anterior, el Ministerio tiene a su disposición “herramientas como la evaluación y control preventivo, y la inspección y vigilancia de los órganos del SINA, incluidas las corporaciones autónomas regionales, con el fin de verificar la implementación de la política y evaluar sus resultados” (Art. 2, decreto ley 3570 de 2011).

Así mismo, la comunidad participa activamente en este sector, toda vez que el artículo 79 de la Constitución garantiza su participación como el derecho a gozar de un medio ambiente sano (Ley 99 de 1993).

A pesar de toda esta normatividad de protección ambiental, en los últimos años en Colombia se ha implementado un modelo extractivista, tal como lo afirma gran parte de la doctrina¹⁶, por citar un ejemplo, el autor Negrete¹⁷ (2013), indica que “La implementación del modelo extractivista de los recursos naturales no renovables, impulsado por los últimos gobiernos, se ha concretado en gran medida en la proliferación de títulos mineros y, de manera consecuente, en el incremento de actividades mineras en gran parte del territorio nacional” (p. 23). Como se ha documentado, entre 2002 y 2010 la expedición de títulos se disparó exponencialmente, lo cual incluyó la concesión de los mismos en páramos, humedales, parques naturales, manglares, entre otras zonas, lo cual fue abiertamente contrario a las normas de protección de estos ecosistemas. (Rubiano, 2012, p. 2)

De esta forma concluimos este capítulo, señalando que su finalidad es, dar un enfoque hacia la problemática actual de los proyectos mineros que se desarrollará en este trabajo, poniendo de presente que a pesar de los esfuerzos legislativos, no se ha evidenciado la consecución del fortalecimiento de las instituciones minero-ambientales y el fin de brindar seguridad jurídica en el desarrollo de los proyectos mineros. Esto se debe principalmente a la falta de capacidad institucional para hacer cumplir la norma, pero sobre todo, a la ausencia de articulación de la información y la aplicación del principio de colaboración armónica entre las entidades mineras, ambientales y territoriales, en especial, en lo que respecta a la definición de zonas excluidas de la

¹⁶ Luis Jorge Garay Salamanca, Mauricio Cabrera Leal, Jorge Enrique Espitia Zamora, Julio Fierro Morales, Rodrigo E. Negrete Montes, Luis Álvaro Pardo Becerra, Guillermo Rudas Lleras, Fernando Vargas Valencia.

¹⁷ Rodrigo E. Negrete Montes: Consultor legal ambiental, ex asesor jurídico del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y profesor en la Universidad Externado de Colombia.

minería, toda vez que no se cuenta con la claridad suficiente a la hora de otorgar títulos mineros y licencias ambientales, lo cual se detallará más adelante.

Capítulo 2:

Seguridad Jurídica y Colaboración Armónica: principios claves para el futuro de los proyectos mineros en Colombia

2.1. Principio de Seguridad Jurídica y el sector minero colombiano

Un ordenamiento jurídico que no brinde estabilidad jurídica, como veremos, puede acarrear consecuencias nefastas en el desenvolvimiento de una actividad tan relevante en el desarrollo de la economía tal como la minería, en “un país con la abundancia de recursos naturales y ubicación estratégica para la exportación a varias partes del mundo como lo es Colombia” (Gonzales, 2014, p. 8). No solo la desconfianza en el poder del Estado, sino en sus instituciones y gobernanza, desde la perspectiva del sector minero, puede traer como resultado que se desincentive la inversión que es tan necesaria para que esta actividad se ejecute en términos de desarrollo sostenible y para la generación de ingresos necesarios para financiar la inversión social, dando paso entonces al ejercicio de la minería ilegal que solo trae más conflicto, menor inversión social, menor desarrollo y más pobreza a nuestro país¹⁸.

Como señala Gonzales (2014) este es uno de “los elementos críticos que determinan la competitividad de un país en términos de atracción y retención de la inversión extranjera”, la cual se ve reflejada en:

La estabilidad y confianza económica y política, así como en leyes justas y claras en cuanto a la inversión, con aplicación consistente. [...] Por lo anterior, es indispensable que se presente una reglamentación transparente, regulación

¹⁸ Un enfoque crítico a este postulado ha sido presentado por un documento de la Contraloría General de la República titulado “Minería en Colombia: fundamentos para superar el modelo extractivista”, donde se argumenta que la minería, no solo la ilegal sino también la legal, en vez de representar un factor de desarrollo lo que ha generado son impactos graves y negativos. En ese sentido señala Negrete (2013): “La implementación de un modelo extractivista de los recursos naturales no renovables, concretado en la proliferación de títulos mineros y aumento de la actividad minera, [...] privilegiada sobre otro tipo de actividades productivas, derechos fundamentales y colectivos; ha convertido esta actividad en una actividad generadora de conflictos sociales, ambientales, económicos y culturales en varias regiones del territorio nacional” (p. 23), y “es cada vez más evidente el daño y la pérdida de biodiversidad (especies y ecosistemas), suelo, agua, paisajes y aire” que “el otorgamiento indiscriminado de títulos mineros y el desarrollo de las actividades mineras” está generando (p. 25).

perdurable, procesos jurídicos eficientes y confiables, facilidad y rapidez para realizar los trámites, para que de esta manera se disminuya la incertidumbre y no se aleje a los inversionistas potenciales (p. 8)¹⁹.

La seguridad jurídica es un principio de amplia y extensa significación, sin embargo se expondrán algunos conceptos de juristas colombianos, con el fin de presentar una aproximación a la definición de este principio y su aplicación en el tema objeto de este trabajo.

2.1.1. Concepto del principio de seguridad jurídica en la doctrina colombiana

El autor colombiano Javier G. Rincón Salcedo (2011, p. 33) concibe la seguridad jurídica como:

“La expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible y como tal, es por sí sola fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública, lo que implica que su consolidación y garantía constituyan uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier Estado”.

Por su parte, el tratadista colombiano Álvaro Echeverri Uruburu (2006, pp. 31-32) sostiene que:

“El principio de seguridad jurídica implica, por un lado, la certeza del derecho en cuanto al conocimiento de cuáles serán las normas aplicables en un caso concreto y, por otro lado, algún grado de seguridad en cuanto a la interpretación uniforme que jueces y tribunales darán a dichas normas, de tal forma que tenga realización el principio de igualdad ante la ley, es decir, que ante situaciones de hecho similares deben seguir pronunciamientos jurisdiccionales similares”.

¹⁹ La perspectiva crítica que aquí se inserta, tomada así mismo del documento de la Contraloría (Fundamentos para superar el modelo extractivista), es que la inversión extranjera por sí sola no es efectivamente un factor de desarrollo para el país, de hecho señalan Rudas y Espitia (2013) que “entre menores sean las exigencias para que la inversión privada minera asuma costos indirectos derivados de la actividad y menor sea la participación del Estado en la renta generada por la actividad minera, más atractiva será la inversión privada; y mayores serán los incentivos a la inversión extranjera”, sin embargo, sostienen también que “Uno de los aspectos determinantes de la capacidad de la actividad minera para contribuir de manera sostenida a una estrategia de desarrollo integral se relaciona con la capacidad de generar riqueza y de distribuirla de manera equitativa entre los distintos partícipes de la actividad” (p. 135), en ese sentido “para que la actividad minera sea efectivamente un factor de desarrollo, se requiere que el proyecto cubra todos los costos de producción; y que el Estado maximice su participación en las utilidades [...]” (p. 136), Es por esto que, buscar incentivar la inversión no es lo único que se debe tener en cuenta para generar desarrollo en el país.

Para Juan Rafael Bravo Arteaga (2005), el elemento que resulta fundamental en el concepto de seguridad jurídica consiste en “la claridad respecto de los derechos y obligaciones que se derivan de las instituciones legales” (p. 14), lo cual presupone que las reglas que las consagran deben ser aplicadas en caso de incumplimiento. Y agrega: la seguridad jurídica se traduce en “La confianza por la estabilidad de las normas, de tal manera que la actividad humana se pueda planificar con arreglo a la ley vigente. Se puede decir que se trata de una razonable certeza estable, sin que implique una petrificación o congelación del Derecho” (p. 14).

El autor Pérez Luño (2000, p. 25), si bien no es un autor Colombiano, ha sido citado por varios de estos, y define la Seguridad Jurídica como:

Un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales.

Así, podríamos seguir enunciando variedad de conceptos extraídos de la doctrina, pero por razones que superan las dimensiones de este trabajo, no es posible abordar este tema a profundidad, aun así se pretende exponer que en suma, podemos afirmar que existe un relativo consenso entre los autores en cuanto a que la seguridad jurídica consiste en la certeza y la previsibilidad de la actuación del Estado y de los ciudadanos, así como en la estabilidad del sistema jurídico mismo. Sin embargo, consideran además que la ley atraviesa por tiempos de crisis que afectan la seguridad jurídica, debido a causas como la proliferación de normas, su superflua subsistencia como resultado de los constantes cambios normativos, la incertidumbre en cuanto a la vigencia, su deficiente calidad, entre otras.

Para concluir con esta contextualización sobre el concepto, afirma de forma sintética el autor Arrázola Jaramillo (2014, p. 23) que:

“La seguridad jurídica: (i) es uno de los valores o principios más importantes de un ordenamiento jurídico, pues sin ella no resulta posible la convivencia pacífica entre

los ciudadanos, ni posible la planificación o ejecución de un plan de vida individual o colectivo; (ii) es la primera y más importante manifestación de un Estado de derecho bien dispuesto, en razón a que sirve como freno y control al poder del Estado y de sus agentes, lo cual constituye una de las principales justificaciones de obediencia al derecho”.

2.1.2. Principio de seguridad jurídica desde la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El principio de seguridad jurídica se deriva del presupuesto de “Estado Social de Derecho” contenido en el artículo 1° de la Constitución Política de 1991, como se explica a continuación.

El entonces Presidente de la Sala de Casación Penal, Solarte (2006, p. 2) señaló que la seguridad jurídica es una construcción del Estado demoliberal en la época moderna, con la cual se derrotó y se puso claros límites al modelo absolutista de la antigüedad y el medioevo, épocas en las cuales no existía la división de poderes ni estos estaban sujetos a una normatividad positiva que fuera expedida por un órgano de elección popular, por ende la legislación era precaria o inexistente. Por eso la seguridad jurídica en sus orígenes tenía un contenido de libertades para los asociados, y a partir de ahí se conciben las ideas de derecho y justicia, concretándose que el poder estuviera sujeto a la ley, sobre la arbitrariedad.

Posteriormente, con el surgimiento del concepto del Estado de Derecho, como se encuentra contenido en nuestra Carta Política de 1991, los contenidos de este principio tuvieron que reformularse para hacerlos compatibles con los fundamentos de las democracias contemporáneas: la dignidad humana, los derechos fundamentales y la democracia participativa y pluralista; en los que se plantea que la fuerza normativa de la Constitución es indispensable para la construcción de un orden democrático. En este sentido, este principio pasó a convertirse en una garantía constitucional irrenunciable como instrumento de protección que se brinda a sus ciudadanos, condición esencial para la vida y desarrollo de una Nación (Ramírez, 2006, p. 1). Así mismo, este principio busca la concordancia real de los enunciados legales con los principios fundantes del Estado y con los derechos humanos, para lo cual, se abandona la exégesis y ahora el juez puede y debe abandonar su literalidad para reconocer la vigencia de principios constitucionales que la

trascienden y la dotan de sentido, pero en el marco de decisiones coherentes que posibilitan la identidad en el tratamiento de supuestos de hecho iguales.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha determinado que la administración de justicia, definida por el artículo 228 como una función pública, está sujeta a varias exigencias, entre ellas, como consecuencia de la vinculación general de todas las autoridades públicas a la Constitución, la que dicta la obligación de los jueces de “promover la seguridad jurídica y garantizar la igualdad de trato”. En atención a la importancia de preservar dichos principios la jurisprudencia ha fijado varios postulados que se deben tener en cuenta en el ejercicio de su actividad, tales como:

- La Constitución reconoce que la actividad de los jueces, están sometidas al imperio de la “ley”, es decir que, sus decisiones deben ajustarse a la misma, como garantía de autonomía e imparcialidad.
- La ley establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas, por lo cual se ordena que los jueces acudan a los métodos de interpretación previstos para el efecto.
- La Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad, el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico.
- Los pronunciamientos de la Corte Constitucional han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad.
- La ley establece mecanismos para asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada, a través por ejemplo, de su extensión (art. 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011). (Sentencia C-284, 2015)

2.1.3. Aplicación del principio de seguridad jurídica en materia minera en Colombia

De acuerdo a la contextualización del concepto del principio en cuestión, es posible aplicar este concepto dentro de la relación contractual que se presenta en el desarrollo de los proyectos mineros, entendiendo que se materializa a través del deber del Estado de garantizar que no realizará

modificaciones legislativas, expedirá reglamentaciones, o impondrá disposiciones que vayan en contra de las pautas establecidas en el inicio de la relación contractual (González, 2014, p. 48).

Atendiendo a esto, que exista seguridad jurídica en un proyecto minero depende de la efectiva ejecución de los mismos siempre y cuando quien ostenta el derecho de exploración y explotación de los minerales cumpla con los requisitos señalados en la ley vigente al momento de la celebración del contrato y las obligaciones que igualmente se encuentran pactadas dentro de dicho contrato.

Por lo tanto, evidentemente, cuando se presentan cambios normativos completamente contrarios o diferentes, esto se va a ver reflejado en la desconfianza de las instituciones y los procedimientos, lo que hará que los inversionistas se contraigan de tomar decisiones futuras al no poder prever la continuidad de la explotación minera.

En este mismo sentido, no solo resulta necesario la legislación que regula la actividad, o el contrato de concesión que establece los derechos y obligaciones del titular minero, sino que además es importante vislumbrar la interferencia del ejercicio de las competencias de las instituciones, toda vez que estas pueden hacer que las relaciones que se desarrollan alrededor del proyecto minero que se está ejecutando cambien de forma significativa. Es por ello que, como lo sostiene Herrera (2016, p. 380):

“Las autoridades nacionales tienen la gran responsabilidad de actuar como fijadores de las reglas de juego, en forma tal que se genere un ambiente claro de seguridad jurídica y certeza en los derechos y obligaciones de las partes. Únicamente la implementación de una política pública coherente y clara en materia minera, evitará confrontaciones tardías e innecesarias entre los titulares mineros, las comunidades y las autoridades locales”.

Así las cosas, es importante recordar que la seguridad jurídica es esencial dentro de los factores que más atraen la inversión en el sector, por lo que el Estado debe adecuar sus instituciones para alcanzar este fin en condiciones que propicien el desarrollo sostenible que predica la Carta Política, es decir en concordancia con las disposiciones ambientales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, no ha dejado pasar por alto pronunciarse al respecto de este tema, consagrando la seguridad jurídica como una forma de materializar el principio de la buena fe, el cual se incorpora en los contratos que celebra el Estado (como es el caso de los

contratos de concesión minera a partir de los cuales es posible desarrollar proyectos mineros) en virtud del precepto constitucional. De acuerdo con el Consejo de Estado (rad. n°. 0700123310002005, 2007):

“La buena fe obliga a las entidades a respetar la seguridad jurídica, tener coherencia con sus actuaciones, garantizar la confianza legítima de los administrados en la actividad del Estado, y a no actuar en contra de sus propios actos, de suerte que generen nuevas obligaciones y derechos a las partes”.

En el caso práctico del sector minero colombiano, este principio cobró mayor relevancia cuando este país presencié la realidad económica de la globalización, la cual trajo como consecuencia la liberación del comercio y junto con ella la libertad de inversión de capital y la libertad de establecimiento de empresas extranjeras en el país, viéndose en la necesidad de implementar mecanismos legales, con el fin de brindar seguridad jurídica a la inversión externa²⁰.

Fue así como con la Constitución Política de 1991 y las diferentes disposiciones normativas mineras, se fue haciendo evidente el propósito de estimular el desarrollo de la industria minera nacional. Con la expedición de la Ley 685 de 2001, se hizo la invitación a los nacionales y extranjeros para que invirtieran su dinero y emplearan su tiempo y sus energías en abrirle a Colombia nuevos y prometedores horizontes económicos mediante, la exploración y explotación de los yacimientos mineros. Para ello, se fue revelando la intención de proporcionar estabilidad jurídica en las relaciones que se desarrollaban alrededor de los proyectos mineros, evidenciando que no de no contar con esta cualidad, no se podrían alcanzar los objetivos de bienestar colectivo planteados en dicho contexto normativo, considerando que la estabilidad de reglas y seguridad jurídica son condiciones atrayentes esenciales para entablar una negociación que requiere de inversión. De ahí, que dicho Código Minero consagrara el principio de la “Normatividad del contrato”, según el cual se garantiza que durante el término de ejecución del mismo, las normas

²⁰ Una vez más se reitera, que existen perspectivas críticas en el sentido de que incentivar la inversión extranjera en la actividad minera del país no es per se un factor que garantice el desarrollo, por el contrario, señalan que: “desde que empezó el auge de los precios internacionales y el desbordamiento de la actividad minera, especialmente del carbón, níquel y oro, se ocultó su escaso aporte al desarrollo económico y bienestar social y se mantuvieron ocultos los impactos o externalidades negativas causadas por esta actividad, hasta que en los últimos años, cuando los mismos no se pudieron ocultar bajo el manto de la Responsabilidad Social Empresarial o la fuerza represiva del Estado, salió a flote la enorme conflictividad que ha generado el sector bajo el modelo extractivista predominante” (Pardo, 2013, p. 199).

aplicables serán aquellas vigentes al tiempo de su perfeccionamiento (Art. 46 CM). (Congreso de la República, Gaceta del Congreso N° 238, 2001)

Teniendo en cuenta que los proyectos de minería requieren altas inversiones y sus retornos se producen en el largo plazo, la capacidad del inversionista se define en gran medida por las condiciones de estabilidad que se reflejan en la existencia de reglas claras en la normatividad jurídica, de forma tal que generen confianza y predictibilidad para tomar decisiones de inversión (Ministerio de Medio Ambiente, 2016, p. 19). Fue así como se planteó en la actual política minera “Minería del futuro”, la aplicación del principio de seguridad jurídica como uno de los pilares estratégicos para enfrentar los retos actuales de la minería.

Sin embargo, alguno de los obstáculos para la efectividad de este principio se ha hecho evidente a través de las innumerables restricciones ambientales no definidas de forma clara que vulneran los derechos adquiridos y con ellos la intención de continuar desarrollando actividades económicas en nuestro país, tal como lo establece Vanossi, afirmando que esta situación se define con una ecuación:

“A mayor seguridad jurídica para el capital, mayor posibilidad de desarrollo económico futuro, a efectos que puede soslayarse la interpretación fundamental que debe tener el Estado en la cuestión, habida cuenta que modernamente no puede entenderse un sistema económico que no repose en reglas claramente establecidas para el comportamiento de los agentes económicos” (Como se citó en Gonzales, 2014, p. 203).

De esta manera, resulta pertinente enfatizar en el concepto de derechos adquiridos, teniendo en cuenta que resulta directamente relacionado con el principio de seguridad jurídica. Como bien lo explica el tratadista Pascuale Fiore en su obra de *La Irretroactividad e Interpretación de las Leyes* (2009, p. 38, 48 y 55):

“La ley puede desenvolver, conservar, mudar, modificar, destruir el pasado; lo que no puede es reducir a la nada los derechos perfectos individualmente adquiridos antes de haber empezado a regir (...) El derecho adquirido en atención a la ley nueva, del cual aquí nos ocupamos, es el derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente

verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho. Esta tampoco podría tener autoridad para reducir a la nada los derechos ya definitivamente adquiridos antes de que existiera tal prohibición (...).”.

Tal es el caso de la minería, actividad en la cual a través de los títulos mineros se radican derechos en cabeza del titular minero, los cuales de acuerdo al principio de seguridad jurídica no deberían ser desconocidos por normas posteriores.

Un caso práctico que permite ejemplarizar lo que ocurre hoy en día con los proyectos mineros, al respecto de la seguridad jurídica, fue expuesto por Eduardo Chaparro exdirector de la Cámara de Asomineros de la ANDI, quien en conversación con El Espectador (2011) dejó claro, a su juicio, cuál era la coyuntura que vivía el sector, hacia dónde iba y cuáles eran los obstáculos que tenía para arrancar de una vez por todas. En este sentido manifestó:

“El potencial del país técnicamente es muy grande, pero lo que tenemos ahora es un auge de exploración. Porque el país le dijo al mundo: quiero que venga e inviertan en minería. Pero después de estar cinco o seis años invirtiendo, como le ocurrió a la Greystar (hoy Eco Oro), le dicen que tiene que desistir del proyecto, porque en donde usted estaba explorando mañana será un parque. Es como dice un conocido: ‘Hoy me acuesto a dormir en mi finca y mañana me puedo levantar en un parque’. Cada título minero tiene su propio parque”.

Los problemas que se presentan en torno al principio de seguridad jurídica en los proyectos mineros, serán desarrollados más adelante (en el capítulo 3) con detalle. Por el momento, interesa planear la idea teniendo en cuenta todo lo anterior, de que el principio de seguridad jurídica se materializa a través de la norma jurídica, de la cual puede exigirse su cumplimiento a los ciudadanos, el legislador, los operadores jurídicos administrativos, los jueces, y en general que representa la obligación que recae en cabeza del Estado. Así, su principal finalidad es evitar la discrecionalidad de las autoridades en la toma de decisiones y garantizar el derecho fundamental de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

2.2. Principio de Colaboración Armónica y su aplicación en el contexto minero

La aplicación de este principio es fundamental para un ordenamiento jurídico, toda vez que, la actuación de las diferentes entidades que componen el Estado deben ejecutarse de forma coordinada y colaborando entre sí, pues de lo contrario, el Estado como organización política, y la sociedad como receptora de su actividad, resultarán afectados, incluso imposibilitando la vida en comunidad, toda vez que se presentaran entorpecimientos en la actividad administrativa que resultara en ineficiencias y una falta de gobernanza del sector. Adicionalmente, la aplicación de este principio es fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado. De ahí se desprende la justificación de este principio, lo cual se explicará a fondo a continuación y se ilustrará su útil aplicación en el campo de la minería.

2.2.1. Concepto del principio de colaboración armónica en la Constitución Política de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Es posible abordar este principio desde dos perspectivas expuestas por la Constitución Política de Colombia.

La primera, es el artículo 113 de la Constitución Política de 1991 que consagra como base fundamental de la organización de los poderes públicos y de las relaciones jurídicas entre ellos, la exigencia de su colaboración armónica, en los siguientes términos:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero **colaboran armónicamente** para la realización de sus fines. (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con la Corte Constitucional, la colaboración armónica se encuentra dentro de los principios fundamentales del modelo de organización política que adoptó el Constituyente de 1991, en el cual el equilibrio en el ejercicio del poder se logra a través del control que ejercen unos respecto de otros, y de la colaboración que éstos se brinden mutuamente, para impedir el desbordamiento en el cumplimiento de las funciones a cada uno de ellos asignadas, o la

concentración de las mismas, lo que conduciría a un manejo aislado e irracional de los asuntos. (Sentencia C-534, 1996)

En desarrollo de este mandato constitucional contenido en el artículo 113 citado, el artículo 6° de la ley 489 de 1998, define el principio de coordinación en estos términos:

“Artículo 6. Principio de coordinación. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades estatales para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares”.

De acuerdo con el Consejo de Estado, es factible afirmar a partir de las normas señaladas que: “hay un solo Estado que se compone de múltiples órganos y entidades, y que todos ellos deben actuar al unísono con el fin de realizar los fines propios de la organización política que le dan sentido y lo legitiman”. Lo anterior conlleva a que las relaciones jurídicas que surgen de la interacción de dichos órganos, conocidas como interorgánicas, enfocadas hacia el cumplimiento de sus funciones y de las generales del Estado, estén regidas, entre otros, por los principios de colaboración y coordinación. Es importante señalar que en la relación interorgánica, ninguno de los sujetos de esta relación tiene potestades sobre el otro y por lo mismo no puede expedir actos administrativos que impongan obligaciones a éste otro, pues se está en presencia de una situación de igualdad; sin embargo es también cierto que en variadas circunstancias pueden existir intereses administrativos propios de cada una de las entidades que lleguen a oponerse con otros, y por lo mismo que no haya más camino que acudir al Juez para que dirima el conflicto surgido entre los diferentes órganos de la administración, salvo cuando surgen entre entidades que hacen parte del mismo nivel territorial, (el nacional, el departamental o el municipal) pues ahí debe ser el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde, respectivamente, quien busque dirimir el conflicto administrativo antes de acudir a la jurisdicción. (Sala de Consulta y Servicio Civil, R. 1637, 2005)

Para entrar a definir este principio, es pertinente resaltar que este se encuentra directamente relacionado con el principio de división de poderes, el equilibrio de estos y de forma implícita con el sistema de frenos y contrapesos²¹, por lo tanto para contextualizar este tema, se deben abordar dichos conceptos. En ese sentido, esta relación se encuentra claramente representada por Rubiano (2010, p. 33) cuando expresa que:

No es sino la misma historia la que demuestra que el mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en atribuir diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad, están obligados a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida.

Como se señaló, si bien las funciones Estatales están divididas por la variedad de materias o actividades a desarrollar como lo son principalmente las tres ramas del poder: administrativo, legislativo y judicial; todo el Estado en su conjunto persigue de forma general un mismo fin, que es el bienestar general y en ese sentido, los poderes no pueden actuar como componentes aislados, sino que deben cooperar entre sí.

La Corte Constitucional, se ha ocupado de este principio en varias sentencias, y en concordancia con lo expuesto anteriormente, se pronunció así:

En esta perspectiva se expresa la estructura del Estado bajo la fórmula de las tres ramas del poder público acompañadas por unos órganos autónomos e independientes, cuya razón de ser común estriba en el cumplimiento de las funciones del Estado. Donde, el alineamiento de las respectivas competencias

²¹ Al respecto de este tema, se ha pronunciado la Corte Constitucional mediante Sentencia C- Sentencia C-141 del 26 de febrero 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) determinando que: “La jurisprudencia constitucional ha reconocido que existen dos modelos de separación de poderes: [...] (el primero estaba condenado al fracaso por lo cual no se hará mención, y el segundo es aquel que) parte de una especialización de las labores estatales, cada una de las cuales corresponde a un órgano específico, pero le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo constitucional denominado de frenos y contrapesos no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político, la intervención de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las **relaciones de colaboración** entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias” (negrilla y paréntesis fuera del texto).

apareja una colaboración armónica en cabeza de todos los órganos y entidades que integran la estructura del Estado. (Sentencia C-127, 2002)

En la misma línea conceptual, la Corte ha resaltado en distintas oportunidades que este principio es fundamental para el efectivo y eficaz desarrollo de la administración pública. En sentencia de 2012 reiteró la pertinencia del principio de colaboración armónica:

En razón de los problemas jurídicos planteados en este fallo, interesa resaltar la faceta de colaboración armónica y de controles recíprocos, propia del principio de separación de poderes. Se ha indicado que estos rasgos del principio en comento tienen origen en su concepción contemporánea, fundada en el modelo de frenos y contrapesos, el cual permite que para el ejercicio de las competencias de uno de los poderes se cuente con la concurrencia de otros (Sentencia C-288, 2012).

De esta manera, se evidencia el punto de la Corte, y es establecer que, más que una excepción al principio de no intervención en los asuntos de los otros órganos, se crea aquí una cooperación y complementariedad en las ramas del poder público.

En suma, resulta claro que este principio se encuentra inmerso en las teorías relativas a la separación y equilibrio entre los poderes públicos, y que fue estructurado para permitir el cumplimiento de los fines del Estado, como un punto de unión ante dicha separación de poderes. Por ello, las implicaciones de este principio es que los poderes tienen que actuar armoniosamente y cooperar entre sí sin generar intervenciones indebidas de un poder en otro, invocando la colaboración armónica, pues ahí se encuentra el límite y alcance del principio, que es el respeto y cumplimiento de la separación de poderes.

La segunda perspectiva a partir de la cual es posible abordar este principio desde la Constitución, es el que se consigna en su artículo 288, como ‘principio de coordinación, concurrencia y subsidiariedad’, el cual se encuentra relacionado a su vez con los principios de Estado Unitario y de autonomía territorial (Art. 1), fungiendo como punto de intersección entre los mismos. Su finalidad es que a partir de este mandato de optimización pueda encontrarse fórmulas de armonía entre los intereses del Estado central y los entes territoriales, de manera que, es con base en este principio que la Constitución ordena el reparto de competencias entre la nación y las entidades territoriales. (Corte Constitucional, Sentencia C-123, 2014)

Por tal razón, puede predicarse así mismo de dicho mandato la concurrencia de competencias, es decir que dos o más entidades estatales tengan aptitudes jurídicas para ejecutar la misma clase de actuaciones. Lo anterior podría significar un conflicto de competencias, pero es justamente en virtud de este principio que se orienta las actuaciones de las distintas autoridades en Colombia hacia un mismo sentido, imponiendo que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la ejecución de las facultades yuxtapuestas no resulten en el entorpecimiento de la actividad de otras, sino en todo lo contrario, que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines esenciales del Estado, señalados por la Constitución Política en su artículo 2°. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas. (Corte Constitucional, Sentencia C-149, 2010)

En efecto, desde el punto de vista de la rama del poder administrativo en consonancia con el artículo 6 de la Ley 489 de 1998 y la Sentencia C-983 de 2005, Robledo (2016, p. 259) sintetiza esta perspectiva, especificando que:

“El principio de coordinación supone la comunicación permanente entre los niveles estructurales, dirigida hacia dos objetivos complementarios: por un lado, que las acciones de los distintos órganos no se intercepten y anulen mutuamente, redundando en un desconocimiento de la eficiencia y eficacia administrativas, y por otro, que tales acciones se potencien y perfeccionen precisamente a partir de su imbricación”.

Como vemos, la Corte Constitucional es el tribunal colombiano que más aportes ha generado en las distintas ópticas del principio de colaboración y el mérito de su jurisprudencia ha sido el de reforzar el papel de la coordinación y del deber de colaboración, potenciando la comprensión de la esencia, el funcionamiento y la aplicación que debe tener el principio de colaboración armónica en la práctica, evidenciando que no podría concebirse este principio sin una coordinación entre las diferentes piezas que forman el entramado estatal y sin una obligación clara legal de estas para colaborar entre sí (Lizarazo, 2014, p. 117). En ese sentido, debe buscarse su aplicación para dar respuesta a los problemas de colaboración armónica que se presentan en Colombia.

Este trabajo se centrará en exponer que en Colombia este principio se encuentra en crisis, toda vez que no existen mecanismos que permitan solucionar de forma estructurada y efectiva los conflictos de colaboración armónica que persisten en el sector minero, ya que no se han desarrollado mecanismos de solución de los conflictos que se puedan presentar a lo largo de las interacciones entre las diversas autoridades que interactúan en la ejecución de los proyectos mineros.

Estos conflictos tienen origen en distintos factores que concurren en la interacción práctica entre los distintos órganos, poderes e instituciones del Estado y que han sido identificados por Lizarazo (2014, p. 177) como los siguientes:

“La invasión de competencias; las fallas en el diseño de las instituciones encargadas de mantener el equilibrio del poder a través del sistema de frenos y contrapesos, las tensiones políticas, los desequilibrios en el equilibrio de poderes debido a cambios en el orden institucional y a la acumulación exorbitante de poderes por parte de uno de los órganos o ramas del Estado”.

2.2.2. Aplicación del principio de colaboración armónica en el caso de la minería en Colombia

Entre uno de los principales problemas que se evidencia en el sector minero Colombiano respecto de este principio, es que el Código de Minas (Ley 685) no estableció una coordinación armónica entre las autoridades ambientales y mineras para autorizar el ejercicio de la actividad minera. Así las cosas, se evidencia la necesidad de aplicar este principio en el contexto minero, especialmente en la definición de las zonas excluidas o restringidas de la minería, pues el sector ha sufrido las consecuencias devastadoras de la evidente desarticulación institucional frente a la delimitación de áreas compatibles con la minería.

Respecto a dicha problemática, interesa revisar el carácter conflictivo del ordenamiento territorial en el sistema jurídico colombiano a partir de este principio, toda vez que persisten los enfrentamientos entre los intereses del Estado central y las entidades territoriales, así como entre los objetivos de las autoridades que intervienen y las cuales derivan su competencia de la coexistencia de tres modelos de gestión del territorio, en materia de urbanismo, medio ambiente y minería. En este sentido, señala Santaella (2016, p. 198):

“(…) El territorio es el espacio físico en el cual convergen marcados intereses sociales con el ejercicio de múltiples competencias por parte de una pluralidad de autoridades comprometidas con la gestión y realización de intereses sectoriales diversos; los cuales, a falta de una adecuada coordinación y articulación espacial, terminan por rivalizar entre sí. El resultado no solo es crítico desde la perspectiva de las políticas públicas sectoriales, entrabadas y desgastadas como consecuencia del permanente enfrentamiento de unas con otras y del escepticismo o rechazo de la comunidad, sino también desde una perspectiva social, económica y ambiental”.

A lo anterior se suma que, la ley no ha sido lo suficientemente clara en el reparto de dichas competencias sobre el ordenamiento del territorio, lo cual repercute en el sector minero, presentando inconvenientes especialmente en lo que se refiere a la facultad de determinar qué territorios se excluyen o no del desarrollo de esta actividad. Por lo tanto, resulta necesario desarrollar mecanismos de coordinación, en aplicación del principio que es objeto de nuestro estudio, para que sea posible tener en cuenta y armonizar los diferentes intereses que entran en juego.

En ese sentido, aplicar este principio es una medida de emergencia que se debe tomar hoy en día, exigiendo que se propicien diálogos entre los distintos elementos de la estructura territorial, de forma tal que sus actuaciones se complementen, y se articulen de forma armónica para la concreción de los fines esenciales del Estado y el debido cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente delegadas, demandando de parte de los distintos órganos, como lo señala Robledo (2016, p. 267), una colaboración solidaria y altruista que permita cerrar las brechas que la homogeneidad territorial colombiana genera.

Al respecto, Jiménez (2016, p. 171) resaltó que:

“En el estado actual del arte resulta clara la necesidad de coordinación y articulación entre las autoridades territoriales y mineras, sobre todo en cuanto al conocimiento del interés minero en el territorio, y en dónde se puede desarrollar la actividad, pues solamente la legislación minera señala las zonas en las cuales no se puede realizar labores de exploración y explotación sin la obtención de permisos, y sin que conlleve la participación de otras autoridades locales y la comunidad”.

Resulta claro entonces, que este principio no solo aplica al mismo nivel de jerarquía (autoridades mineras y ambientales de orden nacional) sino entre las autoridades de diferentes órdenes administrativos (tanto nacionales, como departamentales y municipales) e inclusive sobre quien recaea dicha autoridad, los titulares mineros quienes ostenta la calidad de sujeto pasivo de la potestad administrativa, así como la comunidad en general.

En efecto, la Corte Constitucional manifestó que:

“Tiene que existir un mecanismo que permita la realización del principio de coordinación entre las competencias de la Nación para regular y ordenar lo atinente a la extracción de recursos naturales no renovables y la competencia de las autoridades municipales para planificar, gestionar sus intereses y ordenar su territorio, con criterios de autonomía”. (Sentencia C-035, 2016)

En la misma línea argumentativa, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-133 de 2017:

“(…) Se presenta una tensión entre diferentes principios constitucionales que argumentan la posición del Estado unitario, dueño de los recursos naturales, y la de los entes territoriales con autonomía para decidir sobre las mejores condiciones de desarrollo ambiental, social y cultural en su región, lo que se sustenta de manera general en los principios de organización unitaria del Estado y el de la autonomía de las entidades territoriales, los cuales no pueden considerarse como excluyentes, sino como principios que deben desarrollarse de manera complementaria y articulada”.

De acuerdo con esto, el mismo Tribunal en Sentencia C-123 de 2014 ha revestido de características positivas a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que la Constitución contiene en su artículo 288 los cuales disciplinan la distribución de competencias entre los distintos niveles de organización territorial, determinando que estos son los rudimentos axiológicos a partir de los cuales es posible armonizar los interés nacionales y locales.

Es en virtud de este principio que los niveles de administración del sector minero y ambiental, podrían y deberían dirigir sus esfuerzos hacia un encuentro de voluntades, haciendo posible

encontrar fórmulas para armonizar la acción extractiva y la finalidad de desarrollo económico, con las preocupaciones legítimas de bienestar comunitario, conservación del medio ambiente, salud pública y en general de un desarrollo sostenible. Lo anterior se debe a la concurrencia de competencias sobre el territorio, lo cual impone la necesidad de aplicación del principio para afrontar un mismo problema que es la discusión del tema minero, teniendo en cuenta que esta actividad tiene repercusiones multidimensionales, como lo señala Robledo (2016, p. 262): “implica grandes movimientos económicos que interesan a todo el país, pero supone también la puesta en riesgo de bienes jurídicos de primera importancia, que también constituye un interés nacional”, como lo es el medio ambiente.

Así las cosas, también resulta necesario garantizar la armonía y coordinación efectiva de las decisiones municipales de planificación urbanística con las determinaciones adoptadas por las instancias administrativas superiores, de orden nacional y departamental, respecto temas neurálgicos para la colectividad, (Santaella, 2016, p. 174) como lo es la minería y el medio ambiente.

De esta manera, la Corte Constitucional ha señalado que, es deber del legislador procurar desarrollar el arreglo institucional global delineado por el Constituyente y establecer mecanismos eficaces de articulación de distintos órdenes administrativos involucrados, en armonía con los mandatos que se desprenden de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad. Su misión al definir el régimen de ejercicios de las competencias en ámbitos concurrenciales como el del territorio, es articularlas, teniendo que cuenta que se trata de armonizar los distintos intereses y no solo de delimitarlos y separarlos. (Sentencia C-004, 1993)

Finalmente, un ejemplo práctico que permite evidenciar la puesta en marcha de este principio a través de la actividad del legislador se plasma en la Ley 99 de 1993, artículo 63:

“Principio de Armonía Regional: Los Departamentos, los Distritos, los Municipios, los Territorios Indígenas, así como las regiones y provincias a las que la ley diere el carácter de entidades territoriales, ejercerán sus funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, de manera coordinada y armónica, con sujeción a las normas de carácter superior y a las directrices de la Política Nacional Ambiental, a fin de garantizar un manejo

unificado, racional y coherente de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio natural de la nación”.

A partir de ese ejemplo, dando aplicación al campo de la minería en relación con el medio ambiente y recursos naturales, se trae a colación el argumento esgrimido por Rincón (2016, p. 257) en el cual señala que:

“Se hace necesario partir de la premisa de que aun cuando el procedimiento administrativo de expedición de la licencia ambiental y el otorgamiento del contrato de concesión que permite la explotación minera son figuras separadas, no por ello puede desconocerse su carácter interdependiente, de forma tal que es necesario hacer una construcción teórica que permita vislumbrar con mayor claridad que lo ambiental no solo es presupuesto sino condicionamiento de la actividad económica extractiva”.

Como vemos, resulta clara la necesidad de armonizar el ordenamiento minero con el ambiental, pues son temas que van de la mano, teniendo en cuenta que ambos interactúan en el mismo contexto, ‘el territorio’, pero representando intereses contrapuestos, de ahí que surja la importancia de aplicar este principio en harás de alcanzar un manejo eficiente y un desarrollo sostenible de los recursos naturales, privilegiando el crecimiento económico pero a su vez protegiendo y procurando la conservación de un medio ambiente sano, intereses que juntos se enfocan al fin general de mejorar la calidad de vida de los colombianos. Esto teniendo en cuenta que, la búsqueda de una mayor competitividad del sector minero, no debe significar una acelerada degradación ambiental, por ello como apunta Gonzales (2016, p. 225), es conveniente un marco regulatorio que posibilite un desarrollo sostenible del sector en armonía con el medio ambiente, que las decisiones se tomen de manera organizada y mancomunada entre la autoridad minera y ambiental, para evitar que se den disposiciones contradictorias que vayan en detrimento de quien pretende adelantar de manera formal la actividad minera.

En cuanto a los proyecto mineros, es un tema trascendental en el sentido en que, muchos de ellos se ven interrumpidos al no coordinarse y dejar claras las reglas de juego entre entidad mineras y ambientales desde un principio, propiciando que se cree la desconfianza para invertir en el sector, y es en este punto donde se interceptan estos dos principios, desarrollados en este capítulo.

Recopilando toda la información vertida en este capítulo podemos concluir que, si se logrará que las entidades que intervienen en el desarrollo de los proyectos mineros coordinaran su actividad, cooperaran y colaboraran entre ellas, para presentar unas reglas claras desde el principio y que estas se mantuvieran durante toda la ejecución del contrato, a quienes quieren iniciar a materializar un proyecto minero, haciendo uso de sus recursos financieros para invertir de forma responsable en el sector, y de esta forma evitar pronunciamientos contradictorios entre las mismas; se estaría de esta manera garantizando la seguridad jurídica. Es por esta razón que estos principios van de la mano en el tema de la minería, es decir que, seguridad jurídica y colaboración armónica son principios que se implican, se explican y se justifican mutuamente. Es en su intersección donde puede hallarse fórmulas de armonía entre los intereses que intervienen en este contexto.

Capítulo 3:

Seguridad Jurídica en los proyectos mineros: algunas problemáticas actuales en el desarrollo de los proyectos mineros en Colombia

Teniendo en cuenta el concepto de los principios de seguridad jurídica y colaboración armónica, así como su aplicación en el sector minero colombiano previamente presentados en el capítulo 2, procederemos a describir los problemas que se presentan en el desarrollo de los proyectos mineros a partir de los cuales se hace clara la necesidad de aplicar los principios señalados para lograr el fortalecimiento del sector minero en nuestro país. Para esto, nos detendremos en varios temas relevantes en los cuales se pretende identificar la causa de estos problemas y la ausencia de los principios resaltados, en este contexto.

3.1. La falta de articulación de la comunicación entre autoridad minera y ambiental para la definición de áreas excluidas o restringidas de la actividad minera

3.1.1. Zonas excluidas o restringidas de la minería

El Código de Minas consagró en el capítulo III, las zonas reservadas, excluidas y restringidas. Específicamente en el artículo 34, previó las zonas excluibles de la minería incorporando la prohibición de ejecutar trabajos y obras de exploración y explotación en estas. Adicionalmente, añadió un condicionante para su declaración, y es que estas zonas “deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero”, y además el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

Entre las zonas excluidas y restringidas de la minería se encuentra: 1) Áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, 2) Parques naturales de carácter regional, 3) Zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, 4) Ecosistemas de páramo, y 5) Los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar.

Esta norma previó los siguientes elementos: 1). Las causas y requisitos para determinar zonas excluidas de la minería (art. 34); 2) La imposibilidad de adelantar actividades mineras en zonas

consideradas restringidas, sin la obtención de las autorizaciones requeridas (Art. 35), 3) Los efectos que sobre un determinado contrato de concesión tiene la existencia de una exclusión o restricción (art. 36) y 4) Facultades y prohibiciones para excluir zonas de la minería (art. 37 de la Ley 685 de 2001, declarado Inexequible como se detallará más adelante)”.

En ese sentido, se pone de presente que la normatividad minera atendió al interés de conservación del medio ambiente ordenado por la Constitución Política en los artículos 8, 79, 80 y los demás señalados en el capítulo 1.

Por su parte, la Corte Constitucional (Sentencia C-339, 2002) ha dicho que “además de las zonas de exclusión previstas en esta Ley (art. 34, Ley 685 de 2001), pueden existir otras, ya declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental.” Es decir, la lista del artículo 34 es meramente enunciativa.

Por lo anterior, debe tenerse en cuenta otras normas que regulan el tema, por ejemplo, en el marco internacional al cual se acogió el ordenamiento jurídico colombiano, se definieron las áreas protegidas, reguladas en el Convenio de Diversidad Biológica en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (aprobado en nuestro país por la Ley 165 de 1994, promulgada por Decreto 205 de 1996 y declarada exequible por Sentencia C- 519 del 21 de noviembre de 1994), que son aquellas zonas delimitadas geográficamente, las cuales previamente a su designación se ha surtido un trámite de análisis con fundamento en estudios, y que son administradas con el fin de alcanzar objetivos específicos de conservación. Para ello debe realizarse la publicidad pertinente previendo que todas las personas y autoridades incluyendo la minera, puedan conocer que existe, y colaboren con la preservación de las mismas (Álvarez, 2011, p. 27).

Finalmente cabe señalar que, estas áreas hacen parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP) junto con actores sociales e institucionales, estrategias e instrumentos de gestión que se constituyen para el cumplimiento de los objetivos generales de conservación del país (Decreto 2371 de 2010)²².

A partir de las zonas enunciadas anteriormente y las demás normas ambientales citadas en este trabajo (Ley 99 de 1993, Decreto 2811 de 1974, ley 165 de 1994 y Decreto ley 1076 de 2015, entre

²² Hoy compilado en el Capítulo I del Título 2 del Decreto 1076 de 2015.

otras), así como los artículos 172 y 173 de la Ley 1753 de 2015 (PND 2014 - 2018) se deriva la obligación que recae en las autoridades administrativas ambientales de proteger el medio ambiente, por lo tanto resulta claro que con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, y con la colaboración armónica de la autoridad minera, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el organismo encargado de delimitar geográficamente las zonas excluibles para la minería. Sin embargo esta competencia no ha sido ejercida de forma eficiente, pues no se ha percibido avances contundentes respecto a la definición de un marco normativo e implementación de políticas públicas para la protección de ecosistemas de especial importancia medio ambiental de acuerdo a lo establecido por la norma, y en razón de ello fue que la Corte Constitucional en la Sentencia C-443 del 8 de julio de 2009, exhortó a las autoridades ambientales para el cumplimiento de dichos deberes:

La Corte considera necesario exhortar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al igual que a las Corporaciones Autónomas Regionales y a las autoridades ambientales competentes, para que cumplan con los distintos deberes ambientales a su cargo y, por una parte, avancen en la declaración y delimitación de las zonas excluidas de la minería y por otra parte adopten medidas eficaces para la protección del medio ambiente en general y de las áreas de especial importancia ecológica tales como los páramos.

Sin embargo, lo problemático, según explica Rubiano (2012, p. 6) es que la Ley 685 dice que para que las zonas excluibles de la minería produzcan dicho efecto, éstas deberán estar delimitadas geográficamente por las autoridades ambientales con base en estudios técnicos. Es decir, si se solicita un título minero en un páramo o arrecife de coral (que fueron excluidos junto con los manglares y pastos marinos de la minería por el Art. 207 de la Ley 1450 de 2011) –que son áreas excluibles de la minería– si éstos no han sido delimitados geográficamente, el título podrá concederse y no operará allí la prohibición de minería. Frente a esto, la Corte Constitucional (Sentencia C-443, 2009) dijo que la norma no era inconstitucional, sino que era “manifestación del principio de desarrollo sostenible en la medida que implica un deber de colaboración entre la autoridad minera y la autoridad ambiental”, pero en la práctica ha resultado inconveniente para la

protección ambiental porque la delimitación de dichas zonas es un proceso complejo²³. Esto al mismo tiempo, repercute en la seguridad jurídica de los proyectos mineros.

Por su parte, el gobierno nacional a través del Ministro de Minas y Energía en busca del cumplimiento de los mandatos de conservación de las zonas señaladas ha propiciado medidas dirigidas a su restricción, sin embargo, no ha tenido presente las exigencias que la Ley 685 de 2001 establece para limitar la actividad minera frente a dichas zonas en el territorio, como se ha señalado.

Lo anterior ha hecho que se agrave la situación de los titulares mineros y los inversionistas, propiciando que se sientan desprotegidos en cuanto al desconocimiento de las condiciones que le serán aplicadas durante el término de ejecución el contrato de concesión²⁴, y de cuáles serán las prohibiciones al momento de iniciar las actividades de explotación. De esta manera, cuando estos se encuentran tramitando la expedición de la licencia ambiental, aunque cuenten con derechos adquiridos y que hayan cumplido con las exigencias ambientales exigidas por las autoridades, en la actualidad están en total incertidumbre respecto de la continuidad y culminación de su proyecto minero, por cuanto a la fecha no se encuentran claramente definidas las zonas objeto de nuestro análisis. Las consecuencias de esto serán las determinantes pérdidas económicas, por parte de los

²³ En la **Sentencia C-035 de 2016**, se resolvió la demanda parcial a la norma que establece la protección y delimitación de páramos en torno a la minería (Art. 173 de la Ley 1753 de 2015), en la cual la Corte señaló que: “[...] si bien existe una definición de páramo y la obligación de llevar a cabo su delimitación, la determinación del alcance de su ámbito de protección se concreta en los actos administrativos que profiera el MADS, al delimitar las zonas de páramo. De hecho, la plena discrecionalidad para delimitar los páramos ha generado problemas para el establecimiento de medidas de protección, de los usos del suelo permitidos, compatibles y prohibidos, y de la determinación de las entidades encargadas de su administración, manejo y protección en nuestro país. Así, por ejemplo, es bien conocido que en la actualidad existen conflictos socio-ambientales relacionados con el criterio utilizado por el Ministerio de Ambiente en la delimitación del páramo de **Santurbán**” (negrilla fuera del texto), luego concluyó que: “Una delimitación inadecuada, o que no consulte sólidos criterios científicos puede llegar a afectar los ecosistemas de páramo”. En suma la Corte decidió eliminar del ordenamiento jurídico el régimen de transición de la prohibición de la ejecución de actividades mineras en ecosistemas de páramo, de modo que éstas no se pueden realizar en tales biomas, una vez hayan sido delimitadas, declarando inexecutable los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015. Es pertinente señalar además que, mediante la **Sentencia T-361 de 2017**, la Corte tumbó la delimitación para prohibir la ejecución de actividades mineras, realizada por el MADS sobre el páramo en mención, toda vez que “desconoció el derecho de acceso a la información de los peticionarios, por cuanto no suministró por algún medio el proyecto de acto administrativo que delimitaría el páramo de Santurbán” y que por ende “El MADS desatendió aspectos esenciales del derecho a la participación ambiental de los tutelantes y de la comunidad en general de la zona de influencia del páramo de Santurbán, en el trámite de delimitación del ese bioma”. Esto fundado en que: “La participación del pueblo en asuntos ambientales se ha convertido en un elemento central e indispensable para materializar el desarrollo sostenible y una adecuada distribución de cargas del ecosistema”. Así las cosas, la Corte tomó la decisión de “dejar sin efecto la Resolución 2090 de 2014” y “Ordenar al MADS para que emita una nueva resolución, en el término de 1 año, para delimitar el Páramo Jurisdicciones Santurbán-Berlín”, enfatizando en que dicho “acto administrativo debe ser expedido en el marco de un procedimiento amplio, participativo, eficaz y deliberativo” concretando unos requisitos para que ello se lleve a cabo.

²⁴ Desconociendo lo establecido en el artículo 46 de la Ley 685 de 2001 que establece que: “Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna”.

titulares mineros, que de buena fe adquirieron los derechos para ejecutar su proyecto minero, en esas partes del territorio nacional, que de forma posterior han sido declaradas zonas excluidas, restringidas o protegidas.

Así las cosas, cada vez se observa en mayor medida las restricciones con una evidente falta de coordinación de las autoridades mineras y ambientales, lo cual está generando gran incertidumbre al titular minero para desarrollar su proyecto. Esta problemática se explicará con detalle a continuación.

3.1.2. Problemática: Ausencia de armonización legal de las competencias de la Autoridad Minera y la Ambiental en la definición de las áreas excluidas o restringidas de la minería

Como se ha presentado a lo largo de este trabajo, la actividad minera está regulada por dos regímenes normativos principales, el minero y el ambiental²⁵; de esta manera, la titulación minera coexiste con el proceso de ordenamiento ambiental del territorio, y por ello es que se encuentran enfrentados diversos intereses y valores jurídicos, por citar un ejemplo, cuando la seguridad jurídica y los derechos adquiridos se enfrentan con la protección al medio ambiente. Adicionalmente, es en razón de esto que concurren competencias de las autoridades ambientales y las autoridades mineras, y es en ese punto de intersección que, bajo la ausencia del principio de colaboración armónica, se genera el carácter conflictivo que se presenta en este contexto. Esa es la realidad que viven los proyectos mineros actualmente en Colombia.

El Código de Minas en el artículo 198, establece varios instrumentos de control ambiental para cada etapa de las labores mineras, a saber: (i) Planes de manejo ambiental²⁶; (ii) Estudios de

²⁵ Principalmente respecto del otorgamiento de las autorizaciones ambientales. En ese sentido debe analizarse la licencia ambiental para la actividad minera bajo el marco constitucional y legal, sobre todo porque ella intenta resolver la tensión entre el desarrollo y la protección ambiental, es decir que es un instrumento que busca alcanzar el desarrollo sostenible, en un momento de tanta controversia sobre la actividad y la protección ambiental. (Macías, 2016, p. 236)

²⁶ “De conformidad con el Artículo No.1 del Decreto No.1753/94 el Plan de Manejo Ambiental es un instrumento de gestión eminentemente práctico, en el que de manera detallada se establecen las acciones que se requieren para prevenir, mitigar, controlar, compensar y corregir los posibles efectos o impactos ambientales negativos causados en desarrollo de un proyecto, una obra o una actividad; incluye también los planes de seguimiento, evaluación y monitoreo, y los de contingencia”. (Ministerio de Minas y Energía, 2015, p. 125)

impacto ambiental²⁷; (iii) Licencia ambiental²⁸; (iv) Permisos para uso de los recursos naturales renovables, y (v) Guías ambientales²⁹ y autorizaciones cuando sean exigibles legalmente³⁰.

En concordancia con lo anterior, en el desarrollo de un proyecto minero, uno de los factores que mayor incidencia tiene en su ejecución es la regulación ambiental, teniendo en cuenta que el titular minero debe acceder a la licencia ambiental para poder adelantar la actividad de explotación minera dentro del área otorgada, so pena de incurrir en sanciones por configurarse una actividad de explotación ilegal. La adquisición de la licencia somete al titular a demoras en la realización del proyecto, por varias razones: la primera es porque la autoridad ambiental no tiene definida de forma previa, clara y oportuna el trámite para la obtención de la licencia, por lo anterior se deriva en la falta de celeridad para otorgar la licencia; otra razón es que cada vez se restringen más zonas para adelantar proyectos mineros, restricciones que se encuentran dispersas en multiplicidad de normas y regulaciones, sin estar definidas de forma clara y unificada. Todo esto, origina retrasos para su obtención, genera afectación en las metas de corto y mediano plazo de los proyectos mineros (Martínez, 2012, p. 307), así como la afectación para tomar decisiones de inversión en Colombia, pero la más grave es cuando deriva en el fracaso del proyecto minero.

Lo anterior, evidencia una vez más la clara tensión entre el principio de prevención y el principio minero de interés general del desarrollo.

No quiere decir que se esté a favor de que los titulares mineros ejerzan la actividad en detrimento del medio ambiente, por el contrario, es claro que esta actividad debe ir en consonancia con los principios constitucionales de conservación del mismo. Así las cosas, debe tenerse en

²⁷ “El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) es el mecanismo establecido en la ley para garantizar que durante su ejecución cada proyecto minero cumpla con los objetivos de desarrollo sostenible que está obligado a observar. A partir del mencionado estudio se viabilizará o no la correspondiente licencia ambiental, la cual es un instrumento indispensable de control que estará vigente hasta la finalización del proyecto, y que constituye un requisito sin el cual no se podrá entrar en la etapa de construcción y montaje”. (Herrera, 2016, p. 390).

²⁸ “Para que se configure el derecho a adelantar un proyecto, obra o actividad de un modo compatible con el medio ambiente, esta es requisito indiscutible para que se consolide el derecho de explotación minera. En ese sentido, la licencia ambiental tiene una naturaleza de acto constitutivo de un derecho con valor económico, es decir, que se trata de un activo que entra al patrimonio del titular de la licencia”. (Rincón, 2016, p. 273 y 297)

²⁹ De acuerdo con la Resolución 1023 de 2005, las Guías Ambientales son meros documentos técnicos de “consulta y orientación conceptual y metodológica para apoyar la gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades”; es decir, son instrumentos de autorregulación que no son jurídicamente vinculantes. Estos contienen unos estándares ambientales mínimos para la exploración y para la elaboración del Plan de Trabajos y Obras (PTO).

³⁰ Como se señaló, estos instrumentos son la materialización del principio de prevención que se expuso en el capítulo 1 de este trabajo.

cuenta que el progreso social y económico conlleva indiscutiblemente la explotación racional³¹ y aprovechamiento de recursos naturales, pero ello no implica que cualquier labor de transformación sobre la naturaleza no deba someterse a una lógica de racionalidad de suerte que no se afecten bienes colectivos de forma irreversible (Rincón, 2016, p. 269)³². Sin embargo, es cuando el titular minero cumple con todas las exigencias de carácter ambiental pero se le niega su derecho a explotar debido a la falta de claridad en la definición de zonas excluidas o restringidas de la minería desde un principio y su desconocimiento por parte de la autoridad minera al otorgar la licencia de exploración, lo que se desapruueba, porque es ahí cuando se está generando un perjuicio en cabeza del mismo, por ir en contra de sus derechos adquiridos, cuando el ejercicio de las competencias de las autoridades que intervienen en el proyecto, no resulta eficiente y en cambio, son contradictorias y se entorpecen unas a otras.

En ese sentido, es importante advertir que las instituciones toman un papel muy importante dentro de las condiciones que revisten un ambiente de estabilidad y seguridad jurídica, tal como lo expresa Gonzales (2014):

Las autoridades mineras, son las encargadas de las relaciones con las personas que adelantan los proyectos mineros y el seguimiento que se le hace a los mismos, y esto es quizá, unos de los puntos más importantes, pues ellas establecen los criterios, las directrices y apoyan la relación contractual con el Estado. (...) son importantes porque permiten prever y pronosticar los contextos de la relación contractual, en el espacio de tiempo que se planea realizar el proyecto minero, en el territorio nacional. (p. 121)

Las autoridades por tanto, tienen una gran responsabilidad, pues son estas quienes deben generar un ambiente de seguridad jurídica y certeza en los derechos y obligaciones de las partes al fijar las reglas que rigen la actividad.

No obstante, en nuestro país se evidencia una fuerte debilidad en este punto, como se precisó, sobre todo respecto al tema de la definición de las áreas en las cuales no se puede realizar la minería

³¹ La cual ya fue conceptualizada en nota al pie del numeral 1.2.1.

³² Es por eso que lo que se busca con la licencia ambiental, es hacer compatibles los derechos individuales de propiedad y libertad de empresa con el derecho colectivo al medio ambiente sano.

o se puede realizar de manera restringida. Esto se debe a que hoy en día uno de los aspectos más controvertidos de la actividad minera es el relacionado con la gestión del territorio y las tensiones interinstitucionales que surgen a raíz de la concurrencia de competencias sobre el territorio Colombiano y los diferentes intereses que entran en juego.

Al respecto, el doctor en Derecho Héctor Santaella (2016, p. 169), profesor de la Universidad Externado de Colombia, puntualizó que:

La inflación de los conflictos sociales o interinstitucionales que se observa en la actualidad con ocasión del otorgamiento de títulos mineros obedece al deficiente desarrollo de la legislación – en especial de la minera, pero también de la ambiental – en cuanto a las competencias concurrentes sobre el territorio que la Constitución ha reconocido a autoridades de diferentes órdenes administrativos (autoridades nacionales, departamentales y municipales) en lo que tiene que ver con la falta de gestión del territorio y sus recursos (*Déficit de constitucionalización*) y a la falta de armonización legal de los distintos regímenes legales que gobiernan cada una de dichas competencias (*Ausencia de armonización legal*).

Es así como se evidencia el carácter conflictivo de la concurrencia de competencias en un ordenamiento que carece de armonización entre dichas competencias, lo cual repercute en un obstáculo para el efectivo desarrollo de los proyectos mineros.

Este conflicto desde una perspectiva práctica se evidencia respecto de la autorización del ejercicio de la actividad minera, proceso que se describirá con detalle a continuación. De acuerdo con el procedimiento de contratación³³ y titulación minera³⁴ regulado a partir del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, es la autoridad minera la que interviene en un primero

³³ “Contrato de concesión: Son contratos administrativos celebrados entre el Estado (Ministerio de Minas y Energía, como representante de la Nación) y un particular (persona natural o jurídica) para efectuar, por cuenta y riesgo de éste, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en la legislación vigente al momento de su celebración. Comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes”. (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, 2015. p. 40).

³⁴ “Título minero: Acto administrativo mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar recursos no renovables yacientes en suelo y el subsuelo minero de propiedad de la Nación, inscrito y en el Registro Minero Nacional”. (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, 2015. p. 50).

momento para dar paso al inicio de proyecto minero a través del otorgamiento del contrato de concesión, del título minero y de la licencia de exploración. Así las cosas, como resalta Santos (2016, p. 88), en el momento previo al otorgamiento del contrato no se exigen requisitos ambientales, sino solo unas declaraciones del interesado de cumplimiento posterior, tener presente las guías minero ambientales (que no son coercitivas) y que este verifique que el área sobre la cual solicita la concesión se encuentra libre, en relación con exclusiones y restricciones de carácter ambiental (literal b, art. 271 del CM). Posteriormente, corresponde a la autoridad minera verificar si el área solicitada se encuentra dentro de alguna de estas restricciones (señaladas en el art. 35 del CM), es decir que, en la etapa de la propuesta del contrato de concesión no interviene ni la autoridad ambiental ni la territorial, sino solamente la autoridad minera, quien de oficio debe verificar el área, la existencia de minorías étnicas organizadas en zonas mineras y determina la autoridad ambiental competente.

Sin embargo, tal como lo señala Jiménez (2016, p. 170), en la práctica la autoridad minera no cuenta con información suficiente en relación con este tipo de restricciones, debido a que la organización del territorio no corresponde al ordenamiento minero y que no se cuenta con un sistema claro de información por parte de la autoridad ambiental, quien es el organismo encargado de delimitar geográficamente las zonas excluibles para la minería. Es así como el Ministerio de Minas y Energía Minería (2011) había identificado los principales problemas del Catastro Minero que dificultaban el cumplimiento de los objetivos del sector, tales como que:

- No es un punto de contacto efectivo: porque no informa sobre geología existente, infraestructura, áreas restringidas ni catastro de hidrocarburos, además la interfaz del Catastro Minero no es de fácil comprensión.
- Es una herramienta ineficaz: Toda vez que no se rechazan automáticamente solicitudes sobre áreas excluidas u otorgadas y se exige la tramitación de solicitudes tanto electrónica como física.
- El sistema no es confiable: no presenta información actualizada y veraz, es inestable y no permite el acceso de suficientes usuarios en forma simultánea, además acepta solicitudes de polígonos irregulares.

(Como se citó en Gonzales, 2014, p. 104)

Sin embargo, en un artículo de prensa en línea publicado en el periódico Vanguardia (2018), se expuso que el Ministerio de Minas y Energía dio a conocer los avances que se están implementando respecto del nuevo Catastro Minero con la colaboración del gobierno de Canadá, con miras a fortalecer los sistemas de gestión e información de la autoridad minera y gestión ambientalmente sostenible del sector extractivo³⁵.

Así las cosas, mientras no se implemente de forma contundente dicho sistema de información corrigiendo todas sus imperfecciones, es claro que existe el riesgo de que al realizar el estudio de superposiciones la autoridad minera no evidencie algunas de esas zonas de minería restringida, de manera que las dificultades en el desarrollo del proyecto minero surjan posteriormente durante la ejecución del contrato.

Como vemos, el concesionario (titular minero) debe asumir los riesgos derivados de la actividad, lo cual implica que debe conseguir los recursos técnicos y financieros para ejecutar la etapa de exploración, la cual requiere de una cuantiosa inversión para los estudios que se deben hacer en esta etapa³⁶, y los invierte, además, por su cuenta y riesgo. Luego, cuando el titular minero pretende pasar a la etapa de explotación³⁷, en la cual obtiene el derecho de extraer los minerales del suelo o subsuelo, interviene la autoridad ambiental quien puede negar la licencia ambiental por diversas razones, entre esas la más conflictiva es cuando esta se refiere a que se trata de una zona excluida o restringida para las actividades mineras, impidiendo así la ejecución de la etapa de explotación y causando perjuicios al titular minero o inversionista quien estaría perdiendo la inversión que realizó en la etapa de exploración y en los costosísimos estudios para obtener la licencia ambiental con el fin de acceder a la etapa de explotación.

³⁵ “Entre los beneficios del nuevo Catastro minero destacan: la implementación de procesos de gestión minera de conformidad con la normativa colombiana, gestión de las solicitudes de títulos mineros en línea, optimización de los tiempos de registro de solicitudes de exploración y explotación, y su correspondiente procesamiento; mejoramiento del acceso a la información relacionada con los recursos mineros para la toma de decisiones enfocada al desarrollo del sector, y mayor transparencia e incremento del nivel de confianza de la industria minera” (Vanguardia, 2018).

³⁶ Como son los trabajos dirigidos a establecer la existencia de depósitos y yacimientos de minerales, la geometría del depósito, la viabilidad técnica de extraerlos, sus reservas en calidad y cantidad comercialmente explotable y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos. (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, 2015, p. 47)

³⁷ “Derecho a explotar: Es el derecho que tiene el beneficiario de un título minero para realizar un conjunto de operaciones que tiene por objeto la extracción o la captación de los minerales yacientes en el suelo o el subsuelo dentro de un área determinada”. ((MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, 2015, p. 48)

Es en este punto donde se evidencia la falta de articulación de la información entre las autoridades mineras y ambientales, pues si estas desde un principio coordinaran y definieran conjuntamente estas zonas se evitarían estas problemáticas que generan inseguridad jurídica en los inversionistas del sector.

Es así como hace clara la necesidad de la concurrencia de competencias tanto de autoridades ambientales como mineras al principio de las etapas del proyecto minero, incluso antes del otorgamiento del título minero a partir del cual se generan derechos y obligaciones para el beneficiario de este, de forma tal que los instrumentos desplegados no se tornen contradictorios.

Es entonces necesario una correcta ordenación del territorio con el fin de, como lo expresa Rincón (2016, p. 256), determinar con claridad la relación costo beneficio existente entre la explotación de recursos naturales que se pretende realizar y la necesidad de protección del derecho colectivo al medio ambiente. Esta articulación de herramientas, aun cuando no reemplaza la labor de análisis que debe realizar la autoridad ambiental en el momento de expedir una licencia, sí permite establecer con anterioridad y exactitud zonas que deben ser conservadas o, cuando menos, objeto de un tratamiento especial y riguroso para poder verdaderamente mitigar o incluso eliminar los efectos negativos sobre el entorno natural que se quiere proteger (p. 256).

Es tal la incidencia de esta problemática en el sector minero, que el Ministerio de Minas y Energías (2016, p. 14) definió en la actual Política Minera de Colombia que uno de los principales retos asociados al desarrollo de la actividad minera es la inseguridad jurídica que a su vez se deriva de la falta de coordinación institucional. Al respecto esta entidad señaló que:

Existe una falta de articulación en aspectos normativos y de política entre entidades como el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio del Interior, entre otros, así como entre las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, lo que incrementa el riesgo de que no se logre una gestión eficiente ni una organización adecuada. La falta de una visión compartida acerca del futuro de la actividad minera por parte de las entidades del Estado pone en riesgo el buen desarrollo del sector como potenciador de la actividad económica del país.

Así mismo, determinó que la inseguridad jurídica también se debe a la falta de normas claras en la definición de exclusiones ambientales y de un marco jurídico estable, lo cual ha dificultado la toma de decisiones por parte de los diferentes actores de la industria y se ha reflejado en la percepción negativa de los inversionistas nacionales e internacionales. En ese sentido, es necesario que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo determine claramente las áreas excluibles de la minería, ya sean definitivas o temporales, para que la autoridad minera tenga suficiente conocimiento para otorgar áreas para la exploración y explotación minera.

De manera conclusiva, se presenta una reflexión en cuanto a las medidas de protección de los recursos naturales aquí considerados. Si bien estos son de vital importancia y debe garantizarse su protección, no puede ir esto en detrimento de los derechos de quienes de buena fe, con la completa intención de cumplir con las exigencias de las autoridades, han adquirido su título minero (Gonzales, 2014, p. 156). Este problema debe analizarse desde las fallas institucionales en cuanto a la falta de planeación de trabajo concienzudo y conjunto de las autoridades mineras y ambientales, y la falta de estudios serios, lo cual trae consigo consecuencias que pueden ir en detrimento de la economía nacional y de las regiones, en tanto está desincentivando la inversión en el sector minero.

3.2. La Falta de Participación de las entidades territoriales

El debate sobre la participación de las autoridades locales y nacionales en los procesos de autorización de las actividades mineras en el territorio colombiano, dado su carácter de interés público otorgado por el artículo 13 del CM³⁸, ha permeado el sector durante años, pues no se puede perder de vista que el ordenamiento territorial es una zona conflictiva del sistema jurídico colombiano en la que se verifican enfrentamientos entre los intereses del Estado central y las entidades territoriales.

Esta problemática es presentada por Negrete (2013) señalando que:

³⁸ Artículo 13. Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

Las actividades mineras se están desarrollando en el país sin garantizar la participación de otras entidades del Estado, especialmente en el orden regional y local, desconociendo sus intereses y necesidades [...] y vulnerando derechos fundamentales y colectivos, al desconocer sus procesos locales (ambientales, territoriales, sociales y económicos). [Esto se materializa en cuanto], la titulación minera y el otorgamiento de licencias ambientales necesarias para adelantar actividades de explotación, no están considerando las determinaciones adoptadas en los instrumentos de planificación y ordenamiento ambiental y territorial (p. 24-25).

3.2.1. Problemática: restricciones a la participación de las entidades territoriales en el sector minero

En el contexto normativo de la Ley 685 de 1991 se ha evidenciado la desarticulación institucional frente a la delimitación de áreas compatibles con la minería a nivel local, toda vez que, como esta norma establece que las autoridades territoriales no participan en el otorgamiento del contrato de Concesión, estas no cuentan con el conocimiento sobre la posible concesión de áreas sobre sus territorios.

De acuerdo a lo anterior, señalan Güiza y Rodríguez (2015, p. 327):

Se presenta una tensión entre diferentes principios constitucionales que argumentan la posición del Estado unitario, dueño de los recursos naturales, y la de los entes territoriales con autonomía para decidir sobre las mejores condiciones de desarrollo ambiental, social y cultural en su región, lo que se sustenta de manera general en los principios de organización unitaria del Estado y el de la autonomía de las entidades territoriales, los cuales no pueden considerarse como excluyentes, sino como principios que deben desarrollarse de manera complementaria y articulada.

3.2.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la participación de las entidades territoriales en el sector minero

Como era de esperarse, este debate llegó a sede judicial para la revisión constitucional de la norma que regulaba la situación, de la cual se extraía el problema de la prohibición de la intervención de las entidades territoriales en los procesos de ordenamiento territorial minero.

Así las cosas, con el ánimo de dirimir, al menos desde lo jurídico, el conflicto de estos principios, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto, pero en este caso, resaltaremos las dos Sentencias que mayor incidencia han tenido para darle fin a dicho debate desde el ámbito legal, a partir de las demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra del artículo 37 de la ley 685 de 2001 (CM), el cual señalaba:

Prohibición legal. Con excepción de las facultades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.

En un primer momento la Corte Constitucional se pronunció al respecto a través de la Sentencia C-123 de 2014, en la cual declaró el artículo condicionalmente Exequible 'en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política'.

El contenido de esta sentencia, tal como lo sintetiza Herrera (2016, p. 387) fue:

- 1) Por un lado, el Alto Tribunal reconoció la necesidad de unificar, a nivel nacional, los criterios para decidir si se autoriza o no la actividad minera en un determinado territorio

y que, además, debe ser una sola entidad la encargada de adoptar las pautas para la exclusión de dicha actividad cuando esto sea requerido. (num. 5.2)

- 2) Ahora bien, la entidad encargada de establecer dichos criterios de exclusión debe vincular de manera obligatoria, eficaz y activa a los concejos municipales, de forma que puedan manifestar sus preocupaciones frente al desarrollo de la actividad minera en sus territorios, dado que constitucionalmente les corresponde la reglamentación de los usos del suelo. (num. 5.4)
- 3) Reconoce que en las disposiciones vigentes no se encuentran mecanismos legales necesarios para garantizar dicha participación en cumplimiento de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, por lo cual se requiere un desarrollo legislativo que permita su aplicación progresiva. (num. 5.4)

De esta manera, la Corte permitió que dichos principios fueran los mecanismos idóneos y necesarios para integrar, de forma coherente con el marco constitucional, los principios de autonomía y Estado unitario, tal como se explicó en el capítulo 2; exigiendo que los distintos elementos de la estructura territorial dialoguen para que sus actuaciones sean complementarias, armónicas y para que se dirijan a la concreción de los fines esenciales del Estado y al debido cumplimiento de las funciones encomendadas. De ahí, que como lo expone Robledo (2016, p. 260) fuera posible con la aplicación del principio de coordinación, que el nivel central (la nación) encontrara fórmulas para armonizar su acción extractiva (y finalidad de desarrollo económico), con las preocupaciones legítimas de los entes locales, tales como el bienestar comunitario, conservación del medio ambiente y salud pública.

Posteriormente, a través de la Sentencia C-273 de 2016 el artículo señalado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, considerando que:

- Se trata de una norma contenida en una ley ordinaria;
- Se refiere a la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, en este caso, de la reglamentación del uso del suelo;
- Contiene una prohibición a las entidades territoriales para establecer zonas excluidas de la actividad minera de manera permanente o transitoria;

- La competencia de establecer zonas excluidas de la explotación minera la asigna de manera excluyente a las autoridades nacionales, y
- restringe la facultad de las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales para fijar su plan de ordenamiento territorial.

De esta manera, la Corte determinó que el contenido de esta norma desconoce la reserva de ley orgánica consagrada en los artículos 151 y 288 de la Carta Política, tanto por tratarse de la restricción a una competencia de las entidades territoriales, cuya regulación requiere de la expedición de una ley de esa categoría, como por desconocer lo previsto en el artículo 29 de la Ley 1454 de 2011³⁹, ley orgánica de ordenamiento territorial que radicó en las entidades territoriales la competencia para regular los usos del suelo, sin hacer ninguna diferenciación respecto de la explotación minera.

3.2.3. La salida que se ha presentado a esta problemática: inclusión de las entidades territoriales para que participen en la ejecución de los proyectos mineros.

Ahora bien, con el reconocimiento de esa notable discrecionalidad en cabeza de los órdenes locales que hizo la Corte a partir de dicha declaratoria, no puede predicarse que sea ilimitada pues sus decisiones deben ser compatibles con las determinaciones adoptadas por las instancias administrativas superiores (autoridades de orden nacional y departamental) con el fin de garantizar la armonía y coordinación efectiva de las decisiones municipales de planificación urbanística con tales determinaciones (Santaella, 2016, p. 174), tal y como lo determina la Ley de Desarrollo Urbano (Ley 388 de 1997), el artículo 38 del Código de Minas respecto de los POT⁴⁰ y el Decreto 2371 de 2010 en relación con el SINAP⁴¹, cuando establece que “las decisiones adoptadas por las autoridades ambientales nacionales en relación con las Áreas Protegidas que integran el SINAP son determinantes ambientales de los POT”. De hecho, solo las áreas que son declaradas por la autoridad nacional competente dentro de alguna categoría que legalmente se encuentra excluida

³⁹ En concordancia con el artículo 151 de la Constitución Política, el artículo 29 de la Ley Orgánica 1454 de 2011 asigna a los municipios competencia para: a) formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio; b) reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes y c) optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos, las cuales les atribuye directamente la Constitución en los artículos 311 y 313, numerales 7 y 9.

⁴⁰ Planes de Ordenamiento Territorial.

⁴¹ Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

de la minería, y sean delimitadas geográficamente, son las que podrán asegurar los objetivos de conservación, por eso pese a la amplitud de los poderes de ordenación urbanística del territorio, todavía no está al alcance de las entidades territoriales determinar ese tipo de zonas.

Además, el límite también se aplica en cuanto a las competencias, pues no puede afirmarse que la decisión tomada en los fallos estudiados entreguen la obligación de ejercer el control ambiental sobre los proyectos mineros a los entes territoriales, toda vez que esta competencia está claramente definida en la norma y recae exclusivamente sobre la autoridad ambiental. Tampoco la competencia de autorizar el otorgamiento de títulos mineros pues desconocería los marcos competenciales otorgados a la Agencia Nacional de Minería como autoridad concedente en el territorio nacional. Finalmente, el artículo 59 del Código de Minas establece una prohibición, en lo que concierne a los derechos y obligaciones contractuales de carácter legal, técnicas, operativas y ambientales que el mismo señala, de que ‘ninguna autoridad podrá imponerle otras obligaciones, ni señalarle requisitos de forma o de fondo adicionales o que, de alguna manera, condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento’, y completa el artículo 47 que, cualquier orden que llegue a dictar una autoridad en tal sentido, carece de obligatoriedad.

En síntesis, la forma de garantizar una participación activa y eficaz de las entidades locales no está establecida actualmente en la ley, por lo tanto se requiere un desarrollo legislativo que regule la materia y defina claramente las competencias de cada una de las autoridades involucradas.

A partir de esto es que en el marco del Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018 “Todos por un nuevo país” y en concordancia con las necesidades de la industria, la política minera tuvo que enfocarse en 6 pilares fundamentales, entre los cuales se encuentra la confianza legítima como respuesta a este reto de la participación de las autoridades territoriales, el cual busca generar relación de mutua confianza entre el Gobierno, el sector productivo y las comunidades mineras (Ministerio de Minas y Energía, 2016, p. 18).

Así mismo, la Agencia Nacional de Minería (2016), publicó en su página web información sobre la garantía de consulta a alcaldes sobre proyectos mineros, materializándose así un avance en esta materia. En ese sentido, la ANM señaló que: “como autoridad minera, está garantizando la participación a las entidades territoriales en el proceso de titulación minera, buscando mitigar la posible afectación del proyecto minero”. La forma en que facilita esa participación es que, una vez esta entidad verifica que el área de la solicitud del contrato de concesión minera no se encuentra

en un área excluida para minería, envía al Alcalde o a los Alcaldes de los municipios en los cuales se ubica la solicitud, una consulta para que tengan conocimiento de los proyectos, y puedan aportar elementos que favorezcan a su región y a su población. Esta entidad, justifica esta labor como un mecanismo que busca realizar la minería bien hecha con el visto bueno de los diferentes actores regionales.

De esta manera se comienza a evidenciar la inclusión y la participación de las entidades territoriales en la ejecución de los proyectos mineros, dejando claro que estos son actores claves para su efectivo desarrollo.

Para concluir, es de resaltar lo indispensable que es fortalecer la presencia regional de la institucionalidad minera puesto que tanto las entidades del sector minero como los gobiernos territoriales necesitan colaborar mutuamente para cumplir de forma más eficiente varias de sus funciones y contribuir a generar un ambiente social favorable en el desarrollo de nuevos proyectos mineros. En general, son muchos los temas de interés que comparten la institucionalidad minera y los gobiernos departamentales, como son los de liquidación, recaudo y giro de regalías, el apoyo a la pequeña minería, el manejo de los mineros informales, los operativos contra la extracción ilegal de minerales, las relaciones con inversionistas mineros, entre otros (Castillo, 2014, p. 130).

3.3. Participación de las comunidades y su percepción negativa de la actividad minera

La percepción negativa de la actividad minera por parte de las comunidades y su participación para impedir su ejecución, han desembocado en uno de los principales obstáculos para el desarrollo de los proyectos mineros. Por lo tanto, resulta de nuestro interés ahondar en esta problemática, encontrando los sustentos y respuestas a esta situación, a través del estudio de la doctrina, la jurisprudencia, los casos prácticos y las reflexiones que se pretenden realizar a continuación.

3.3.1. Problemática: percepción negativa de la actividad minera por parte de las comunidades.

Como se ha podido apreciar a lo largo de este capítulo, el territorio es un escenario conflictivo toda vez que en este convergen diversos intereses contrapuestos, de ahí que se presenten dilemas sociales respecto de la administración de bienes comunes, como es el caso del subsuelo, que ha sido concesionado al sector privado, quien a través de dicha figura ostenta el poder de decisión

sobre la administración de los recursos naturales. Es por ello que, las comunidades han entrado en conflicto con los proyectos mineros, pues consideran agredidas sus formas tradicionales de producción y ocupación del espacio, por lo cual exigen al Estado ser escuchadas para que se respeten sus derechos, y se encuentren en igualdad de condiciones con las empresas mineras para debatir y decidir respecto del uso del territorio y destinación de los recursos naturales. Como señala Gonzales (2016, p. 79) en este conflicto se da la confrontación entre “el poder relativo de la ciudadanía que se moviliza, la del Estado como propietario de los recursos naturales y los titulares mineros como concesionarios de estos”.

Esta es una problemática en el desarrollo de los proyectos mineros, porque cómo se pretende explicar, la comunidad puede intervenir de manera tan contundente que sus posiciones pueden constituir criterios definitivos para la autorización de los mismos. Esto se puede evidenciar, en la forma como estas han logrado salir a paso para enfrentar la industria minera a través de diversos medios, tales como, la revisión de los Planes de Ordenamiento Territorial –POT-, la realización de consultas populares para la protección de derechos colectivos en las que el pueblo decida sobre la aceptación o no de proyectos mineros, en los procesos de obtención de permisos y licenciamiento ambiental, o interviniendo en la expedición de acuerdos municipales que definen fórmulas de protección de sus recursos y prohíben la minería en su suelo (Aunque con resultados debatibles desde el punto de vista jurídico en algunos casos y nulos en otros) (Santaella, 2016, p. 168); intervención que puede llegar hasta el punto de hacer uso de su capacidad de veto sobre las decisiones que se tomen sobre sus territorios, de forma que afecte la continuidad de los proyectos mineros.

En este punto se resalta su intervención a través del mecanismo de participación democrática ‘La Consulta Popular’, consagrado en el artículo 103 de la Constitución Nacional, a través del cual los ciudadanos en ejercicio de la autonomía y la soberanía otorgada por la Constitución, pueden decidir sobre el direccionamiento de sus localidades, y en este caso, especialmente sobre la explotación minera en sus territorios, que como lo explica la Corte Constitucional, son decisiones vinculantes y obligatorias. A través de un blog publicado en el periódico El Tiempo (2017a) se puntualizó que:

Hay 44 municipios del país en los que la continuidad de proyectos mineros y petroleros se está definiendo a través de estas consultas. Esto, después de que en la

sentencia SU 133 de 2017⁴², la Corte Constitucional afirmara que las comunidades son autónomas al decidir si desean o no que se practiquen este tipo de actividades en sus territorios.

Sin embargo, esto viene presentándose también desde tiempo antes y en perspectiva del panorama general “de los 1.122 municipios que tiene el país, 92 han impulsado consultas populares o acuerdos para ponerles freno a la minería” (El tiempo, 2017b).

Por citar algunos ejemplos en que en las consultas populares ha prevalecido la decisión de NO permitir la explotación de recursos no renovables en sus territorios, en 2017 se encuentran las de Cabrera y Arbeláez (Cundinamarca); Cajamarca (Tolima)⁴³, Cumaral (Meta), Pijao (Quindío) y Jesús María y Sucre (Santander); y de las principales en 2013 se dieron las de los municipios de Piedras (Tolima) y Tauramena (Casanare)⁴⁴.

En contraste, se han realizado concertaciones en 146 municipios para el desarrollo de actividades mineras, de los cuales tres hacen parte de los 20 con mayor actividad minera: Titiribí (Antioquia); Sogamoso (Boyacá) y El Carmen de Chucurí (Santander). Esto significa que la salida consensuada entre Estado y comunidades sí funciona y que son muchos más los municipios que mantendrán esas actividades (El Tiempo, 2017b). En este sentido cabe resaltar el carácter negativo y la estigmatización que se ha dado a la actividad minera que ha sembrado terror en la comunidad,

⁴² Cabe señalar uno de los casos más importantes en esta materia que fue el de Marmato estudiado en la Sentencia SU-133 de 2017, en el cual la Corte se enfrentó a la revisión de una controversia de relevancia constitucional que se derivada de la necesidad de determinar la exigencia de agotar escenarios participativos encaminados a informar a los habitantes de Marmato, un municipio de más de 400 años de historia de ejercicio de la minería tradicional, sobre la cesión de unos derechos emanados de títulos mineros y a materializar su derecho a participar en la adopción de las decisiones que les afectan, considerando que estos se vieron afectados en tanto su subsistencia, modos de vida e identidad cultural dependían del ejercicio de esta actividad. La Corporación resaltó que en el marco jurisprudencial se ha defendido el derecho de las comunidades potencialmente afectadas por proyectos mineros a participar de manera activa y efectiva en la definición de sus impactos ambientales, sociales y culturales, por lo cual cuando una medida pueda generar este tipo de afectaciones los respectivos procesos de participación y de consulta previa deben agotarse. De esta manera, la Corte resolvió amparar los derechos de los habitantes de Marmato, los mineros tradicionales y las comunidades indígenas y afrodescendientes asentadas en la zona, garantizando las instancias de participación y de consulta previa.

⁴³ “Un año después de la Consulta Popular que rechazó el proyecto de minería de oro ‘La Colosa’, de la empresa Anglo Gold Ashanti, habitantes de Cajamarca (Tolima) afirman que pese a algunos impactos económicos que han debido sortear, hoy volverían a tomar la misma decisión”. “El 26 de marzo de 2017, apenas se conocieron los resultados, las calles del pueblo se convirtieron en el escenario de un carnaval que celebraba una histórica victoria contra la locomotora minero-energética impulsada vigorosamente por todos los gobiernos en los últimos 20 años. Por unas horas, Cajamarca fue el epicentro de una revolución pacífica que afirmaba que el agua vale más que el oro, y en cuya narrativa era preferible la vida a la construcción de una mina, por más riqueza que prometiera” (Semana Sostenible, 2018).

⁴⁴ Santurbán es uno de los casos hito en materia de participación ciudadana, pues representa el caso en el cual, como se señaló en la introducción de este trabajo, la movilización ciudadana dio paso a que se negara la licencia ambiental para la multinacional Greystar, que pretendía adelantar un proyecto de explotación minera en el páramo de Santurbán. (Sentencia T-361 de 2017).

el cual debe combatirse demostrando la posibilidad de realizar minería de forma responsable, afín con el desarrollo sostenible y amigable con el medio ambiente, además haciendo entender a las comunidades su importancia en torno a la generación de empleo formal, las prestaciones económicas y los ingresos provenientes de los proyectos mineros, que permiten mover el desarrollo y derrotar la pobreza, invirtiendo en sectores vulnerables de la sociedad.

Lo anterior resulta necesario toda vez que, nos encontramos en un escenario en el que diversos intereses se oponen a la minería por razones que no incluyen la evidencia científica ni la posibilidad de hacer la minería de manera responsable y productiva (Benavides, 2014, p. 40).

En lo que respecta al ejercicio de las competencias de las autoridades, aquí también se evidencia una gran falencia en las instituciones en cuanto, una vez el proponente, cumple con los requisitos de la propuesta de contrato de concesión que señala el artículo 271 del CM, según el cual debe declarar, si es el caso, la existencia de los grupos étnicos presentes en el área o trayecto solicitados para desarrollar el proyecto minero, o de zonas mineras indígenas, negras o mixtas (Literal d), corresponde a la autoridad minera validar la existencia de estas comunidades en dichas zonas, pudiendo acudir al mecanismo de información que es oficiar al Ministerio de Interior para tal fin (Art. 266 del CM) para que posteriormente se adelante el mecanismo de Consulta Previa con estas⁴⁵, sobre las concesiones a otorgar; sin embargo esto no se hace, afectando a estas comunidades y adicionalmente poniendo en riesgo la continuidad y desarrollo efectivo de los proyectos.

Como señala Vargas (2013, p. 59):

Desde la perspectiva de los derechos territoriales de las comunidades étnicas, existen casos donde la concesión de títulos mineros y de contratos para la

⁴⁵ Jurisprudencia Constitucional al respecto: “La Consulta previa vista no en un sentido formal sino revestida de los elementos mínimos que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la jurisprudencia han delimitado como indispensables para que la misma sea entendida como el ejercicio real y legítimo de un derecho fundamental que se debe expresar en ausencia de cualquier mecanismo de cooptación y en un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen” (Sentencia C-366 de 2011). “En el caso específico de proyectos mineros, se hace referencia al alcance según el cual antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentre en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa respectiva con las comunidades que puede ser o llegar a ser afectadas por dicho proyecto; ii) deberá estar aprobado el estudio y expedida la licencia ambiental respectiva, para poder iniciar los trabajos y obras mineras; iii) la autoridad minera deberá tener en cuenta y decidir sobre el derecho de prelación que les atañe a esas comunidades étnicas, de acuerdo con la ley” (Sentencia T-1045A de 2010).

explotación en territorio ancestral o que generan impacto en el plan de vida colectivo de las comunidades étnicas, no ha sido consultada previamente, con lo cual no sólo se viola un derecho constitucional en sí mismo, sino que se pone en peligro la supervivencia física y cultural del sujeto colectivo, ya que ésta depende del disfrute del territorio y éste se encuentra salvaguardado por la consulta previa.⁴⁶

Es aquí donde también se pone de presente la falta de articulación de la información entre entidades del Estado para ejercer adecuadamente sus competencias, dando paso a predicar la ausencia del principio de colaboración armónica y en consecuencia de seguridad jurídica.

3.3.2. Jurisprudencia Constitucional en torno a la participación de las comunidades en el desarrollo de los proyectos mineros en Colombia⁴⁷

Como se señaló en el capítulo 1 de este trabajo, La Constitución regula ‘El principio de participación ciudadana’ como fin esencial del Estado (art. 2º), y es a partir de este mandato constitucional que la Corte Constitucional se ha pronunciado para defender su efectivo cumplimiento en el sector minero. De acuerdo con la Sentencia SU-133 de 2017, la Corte ha sido testigo de las tensiones constitucionales asociadas al impacto de la minería sobre las comunidades étnicamente diversas, y en ese sentido se ha pronunciado en diversas oportunidades como en Sentencias T-769 de 2009, T1045A de 2010 (M.P. Nilson Pinilla); T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio)⁴⁸, T-348A de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-849 de 2014 y T-256 de 2015 (M.P. Martha Victoria Sáchica), T-660 de 2015 y T-766 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza) con ánimos de dar cumplimiento al derecho de Consulta Previa.

⁴⁶ En cuanto al licenciamiento ambiental, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

⁴⁷ “Desde 1991 ha sido la Corte Constitucional la pionera en la exigencia de la consulta previa para medidas que puedan afectar a los pueblos étnicos y en la fijación de sus alcances jurídicos. Los fundamentos de la mayor parte de las decisiones de la Corte residen en la importancia que la Constitución le da a la diversidad étnica y cultural de la Nación” (Orduz, 2014, p. 10). “Desde 2009, la jurisprudencia constitucional colombiana admite el consentimiento sobre la ejecución de proyectos de aprovechamiento de recursos naturales, cuando la medida es de tal magnitud o impacto que pueda poner en riesgo la supervivencia misma del pueblo” (Orduz, 2014, p. 11).

⁴⁸ “la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.

Una de la sentencia que sentó un precedente importante respecto este tema fue la Sentencia C-389 de 2016, la cual declaró exequibles los artículos 16, 53, 270 y 271 del Código de Minas, en el entendido de la autoridad minera nacional deberá garantizar la participación previa, libre, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados por la entrega de contratos de concesión, y exhortó al Congreso de la República a establecer un método de acceso a los títulos mineros acorde con lo planteado en la sentencia.

Así mismo, las Sentencias C-461 del 2008 y C-891 de 2002 ya habían resaltado la obligación de respetar los derechos de participación y de consulta previa de los grupos étnicos, teniendo en cuenta que se encuentran consignados en la Constitución, la cual por ser norma de normas no requiere reconocimiento legal y expreso para prevalecer sobre otras normas de carácter legal. De la misma manera, la Sentencia C-366 de 2011 exaltó la necesidad de la consulta previa siempre que una medida sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas.

Lo anterior se debe a que en nuestro país, desde la propia Constitución Política⁴⁹ y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado con la Ley 21 de 1991), se protegen los derechos de las minorías étnicas, y una forma de hacerlo es mediante el instrumento de la consulta previa⁵⁰.

Así las cosas, la Corte en la Sentencia de Unificación 133, reunió estos criterios jurisprudenciales y en suma señaló que si bien “Solo dos de los 362 artículos del Código Minero contemplan disposiciones que consagran, de manera explícita, medidas encaminadas a garantizar la salvaguarda del principio constitucional de participación ciudadana en los trámites relativos a

⁴⁹ El término ‘consulta previa’ no aparece textualmente en la Constitución. No obstante, el parágrafo del artículo 330 expresa que “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Por otra parte, La Corte Constitucional incluyó el Convenio 169 de la OIT al texto de la Constitución, la cual hace prevalecer en el ordenamiento los tratados de derechos humanos importantes.

⁵⁰ En junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó en forma tripartita con participación de los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, el Convenio núm. 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes. [...] en esta se observó que en muchas partes del mundo estos pueblos no gozaban de los derechos en igual grado que el resto de la población. En este sentido, el Convenio constituye una pieza clave en la acción de la OIT a favor de la justicia social. Este, busca garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. El 13 de setiembre de 2007, el Convenio núm. 169 resultó reforzado mediante la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dicha Declaración consta de 46 artículos en los que se establecen los estándares mínimos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, entre los que se incluyen la consulta previa. Este Convenio establece que se deben encontrar mecanismos y procedimientos adecuados para hacer efectiva la consulta previa establecida en el mismo. (OIT, Convenio 169, 1989).

la exploración y explotación de recursos mineros” (art. 122 y 259), la Corte ha reconocido que dicho principio, erigido por la Constitución a la categoría de fin esencial del Estado, debe garantizarse en todas las etapas del proceso minero.

3.3.3. Una salida a la problemática planteada: Consulta Popular y Consulta Previa.

De esta manera, teniendo en cuenta que el factor social y de comunidades es determinante a la hora de definir la continuidad y el carácter de legalidad de los proyectos mineros, se pone de presente la necesidad de acudir a los mecanismos previstos en la ley para garantizar su participación, procurando el reconocimiento de los derechos étnicos y territoriales de las comunidades consagrados en la misma, buscando que estas se desarrollen adecuadamente, colaborando con la construcción de sociedades más sanas, más educadas, más desarrolladas e incluso más felices, de forma tal que se logre armonizar los intereses de las comunidades y los titulares mineros, requisito indispensable para el éxito de cualquier proyecto⁵¹.

Así las cosas, señala Herrera (2016) que el papel de los titulares mineros es esencial en este escenario, en tanto corresponde exclusivamente a estos desarrollar los protocolos, procedimientos y actividades necesarias para garantizar la obtención de licencia social para operar, haciendo énfasis en que, “la única forma de garantizar la sostenibilidad de cualquier proyecto es tener la visión de prevenir, reconocer y abordar las preocupaciones de la comunidad” (p. 379). Su deber, es proporcionar a estas la forma efectiva de acceder a la información previa, transparente, objetiva, oportuna, a través de espacios de concertación donde se permita socializar el proyecto a través de un lenguaje claro y sencillo que facilite a la comunidad participante comprender la información que sea muy técnica o especializada, la cual es principalmente extraída de los Estudios de Impacto

⁵¹ “Es importante resaltar en este punto que en materia minera los derechos de estas poblaciones deben protegerse de forma especial por el riesgo al que se ven expuestas ante el desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales” (Correa, Silva y Zapata, 2014, p. 198). Los mecanismos reforzados de protección que tienen las comunidades étnicas (indígenas, afrodescendientes, palenqueros, rom o raizales) frente a un proyecto “X”, y, desde hace poco, el consentimiento previo, libre e informado, exigen contar con su consentimiento; si este no se logra, la decisión de llevar a cabo el proyecto queda en manos del Estado (debiendo responderse a las inquietudes planteadas y encontrar vías para mitigar los daños) (Hillón, 2014, p. 417).

Ambiental⁵², buscando que el proyecto se acerque a las realidades y necesidades de las regiones y respete su identidad cultural.

En ese sentido, los mecanismos que se han previsto a través de la Ley y la jurisprudencia para garantizar la participación de las comunidades se dividen en dos: 1) por un lado está la obligación del Estado (autoridad minera) de realizar la ‘Consulta Previa’ no solo en la etapa de licenciamiento ambiental sino incluso antes del otorgamiento del proyecto minero cuando en el desarrollo de este puedan verse afectados los derechos de las minorías étnicas (Cap. XIV Ley 685 de 2001 y Sentencia 389 de 2016) así como el de respetar el derecho de prelación cuando se trate de zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas; 2) propiciar espacios de debate con la comunidad⁵³ en los procesos de decisión sobre la actividad de exploración y explotación minera en su territorio. Por su parte, las comunidades también cuentan con mecanismos para intervenir por su cuenta, como lo señalados anteriormente, pero también, como el de la posibilidad de presentar oposiciones en el proceso del otorgamiento del título minero cuando la propuesta no sea rechazada por la autoridad minera, por ejemplo, alegando que se respete su derecho de preferencia originado en el tipo de comunidad.

En consecuencia, la Agencia Nacional de Minería ha encabezado la tarea de fomentar la participación de comunidades y entidades territoriales, según afirma Silvana Habib Daza, presidenta de dicha entidad, en entrevista con el periódico El Nuevo Siglo (2018), a través de las audiencias públicas y consultas populares que se han llevado a cabo y que se espera realizar en varios municipios del país para la ejecución de proyectos mineros que vayan de acuerdo con las normas ambientales y sociales.

⁵² Este estudio examina los efectos que tendrán las actividades del proyecto sobre las áreas circundantes naturales de un terreno. Su propósito es identificar, valorar y definir las medidas de preservación, mitigación, control, corrección y compensación de los impactos o consecuencias, y efectos ambientales que las acciones de un proyecto, obra o actividad pueden causar sobre la calidad de vida del hombre y su entorno. (Ministerio de Minas y Energía, 2015, p. 64)

⁵³ Como lo es ‘la consulta popular’, en la cual “se convoca al pueblo para que decida sobre algún aspecto de vital importancia en los ámbitos nacional, departamental, municipal, distrital o local. Aunque las decisiones tomadas en ella son obligatorias, esta, hasta ahora, solo puede ser convocada por autoridades gubernamentales (presidente, gobernador o alcalde) y necesita de ciertos vistos buenos (senado, asamblea departamental, concejo municipal o junta administradora local)” (Hillón, 2014, p. 420). Otros mecanismos son las ‘Audiencias Públicas’ y ‘Las alianzas para la prosperidad municipal’, estas últimas se crean como instancias de diálogo entre la ciudadanía (especialmente las comunidades de áreas de influencia), la administración municipal, el gobierno nacional y las empresas que desarrollen proyectos. Su objetivo es “concertar y hacer seguimiento al manejo de dichos impactos”. (Hillón, 2014, p. 424-425).

Habib informó que se han evidenciado cambios contundentes en cuanto a la relación entre los productores y la comunidad con la realización de las consultas, pues esta nueva realidad ha llevado al sector a cambiar y mejorar su relacionamiento con el territorio.

Los resultados de esta tarea, si bien en algunos municipios se han negado la explotación a través de las consultas populares, se alcanzaron “146 concertaciones en diferentes municipios (entre esos Antioquia), así mismo se concertó con 123 alcaldes de igual número de municipios, entre tanto que Antioquia concertó con 23 alcaldes”. De esta manera, dichos municipios le han dicho que sí a la Minería Bien Hecha (Periódico El Nuevo Siglo, 2018).

A través de estos trabajos de concertación con autoridades locales, con las audiencias públicas de participación ciudadana que iniciaron en julio de 2017, y en general de la estrategia de relacionamiento con el territorio, que ya se han llevado a cabo en multiplicidad de municipios, se ha arrojado como resultado la firma de 35 nuevos contratos de concesión minera los cuales iniciarán etapa de exploración, generando importantes recursos, empleos formales, y oportunidades para las regiones, y además se está definiendo en otras 26 poblaciones como serán esos nuevos contratos de participación minera (Periódico El Nuevo Siglo, 2018).

Con la aplicación de estos mecanismos de participación es que puede preverse la constitución de reglas de juego claras entre las comunidades, las empresas y el Estado, que prevean el mejoramiento de sus relaciones, lo cual conllevaría a que se generen climas adecuados para la inversión.

En suma, resulta necesario hacer que las comunidades participen en las decisiones sobre actividades extractivas para que los proyectos mineros puedan llevarse a cabo de forma efectiva, procurando que el desarrollo de la economía que se deriva de esta actividad beneficie a todas las personas, en especial a las comunidades que se encuentran cerca de estos proyectos.

REFLEXIONES

Con los debates que se han venido presentando a lo largo de la historia de la actividad minera, sobre los límites públicos y privados en la minería, el impacto ambiental y la seguridad jurídica para asegurar la inversión privada principalmente; bajo los marcos normativos que regulan la actividad hoy en día, se ha identificado que tanto la Constitución como la legislación y la jurisprudencia han buscado darle respuesta a los mismos y de esta manera dotar de herramientas al Gobierno para ir delineando unas políticas públicas que regulen de manera unificada la actividad.

Por su parte la Constitución puso fin al debate sobre el límite público y privado de la propiedad del subsuelo con el artículo 332, trasladando la propiedad en cabeza del Estado, e igualmente resaltó el carácter fundamental de la protección el medio ambiente, principio al cual se debía ceñir la actividad minera.

Por otro lado el Código de Minas (Ley 685 de 2001) dotó a esta actividad de utilidad pública e interés social, buscando incentivar la exploración y explotación de los recursos para su aprovechamiento bajo el marco de un desarrollo sostenible en consonancia con los mandatos constitucionales de conservación, velando por la seguridad jurídica y estableciendo el papel del Estado como fiscalizador. Pero especialmente se identifica su finalidad de liberar el territorio a la inversión extranjera.

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia que ha sido testigo de las tensiones que se han generado en esta materia, buscando dar solución a los conflictos a la luz de la Constitución, ha dado prevalencia a la protección de la participación ciudadana y consulta previa en materia minera, de las competencias de las autoridades territoriales, del medio ambiente, y de los deberes del Estado de intervención. De ahí que se declarara inexecutable la ley que reformó el CM (Ley 1382 de 2010) por omitir la consulta previa, pero difiriendo sus efectos con el fin de salvaguardar las disposiciones que eran más garantistas en materia ambiental.

A través del análisis del contexto normativo e histórico de la minería, se evidenció que el sector tiene grandes expectativas de crecimiento pero que para ello es necesario fortalecer las relaciones de inversión. Para lograr ese fin, se reconoció la necesidad de corregir debilidades, las cuales recaían principalmente en la falta de seguridad y estabilidad jurídica, que se deben a la aplicación de las normas sin una visión compartida por parte de las autoridades mineras y ambientales, que hacían que se tomaran decisiones de forma desarticulada por la falta de fijación de criterios claros, generando conflictos en el desarrollo de los proyectos mineros, a lo que se suma el cambio de instituciones que no reflejan dominio de la materia, la falta de infraestructura, entre otras. Esto ha llevado a que los inversionistas no perciban un clima adecuado para llevar a cabo sus proyectos en Colombia.

Atendiendo a lo anterior, se generó una proliferación de normas como decretos y resoluciones buscando corregir imperfecciones, pero en últimas lo que trajo fueron consecuencias devastadoras para el desarrollo del sector, principalmente la desconfianza que generó en los inversionistas.

Es así porque, dicha medida llevó a que el carácter de unificación que le dio la Ley 685 de 2001 al contrato de concesión minera como único instrumento en el cual se basa la relación del Estado y el titular minero con finalidad de garantizar seguridad jurídica al inversor, no se cumpla en la práctica pues con la multiplicidad de disposiciones que se han desarrollado y adicionalmente las diversas autoridades que intervienen en el proceso, cambian constantemente las reglas del juego inicial e impiden al inversionista prever el futuro de sus proyectos, toda vez que en el negocio jurídico no están determinadas todas las obligaciones y derechos de quienes lo suscriben. Todo esto, repercute en que los titulares mineros se encuentran desprovistos de garantías para llevar a cabo sus proyectos, poniendo de esta manera en riesgo la inversión realizada.

Así mismo, se pudo observar del contexto normativo que las limitaciones a la actividad minera son cada vez mayores por las incontables restricciones ambientales para la ejecución de los proyectos mineros, lo cual ha desatado mayor riesgo en las inversiones. Pero al mismo tiempo, se concluyó que través de los instrumentos normativos revisados se ha identificado al sector minero como herramienta clave para generar recursos en pro del financiamiento de la construcción de mejores sociedades, incluyendo objetivos como la paz, la educación, la lucha contra la desigualdad, la pobreza y en general para mejorar la calidad de vida.

En el mismo sentido, las políticas públicas de los Gobiernos contenidas en los Planes Nacionales de Desarrollo, así como los específicos de Desarrollo Minero (elaborados por la UPME), teniendo en cuenta que la inversión en el sector tiene grandes impactos para el país, coinciden en que las necesidades del sector son principalmente: fortalecer la seguridad jurídica, la institucionalidad, y el desarrollo sostenible, es decir, armonizar las decisiones con las regulaciones ambientales. Sin embargo, ha prevalecido el modelo extractivista que no ha respetado las garantías ambientales, de forma tal que a causa de temas como corrupción y desarticulación de la información, se han otorgado títulos sobre áreas excluidas o restringidas de la minería, por lo cual ha surgido la necesidad de tomar medidas que repercuten en la inestabilidad de los proyectos mineros.

Considerando lo anterior, es importante resaltar que, el fin de la legislación minera debe desarrollarse de manera coordinada con los fines de la legislación ambiental, es decir, que la búsqueda de una mayor competitividad del sector minero, no debe ir en detrimento del medio ambiente, sino que tanto el marco regulatorio como el ejercicio de las competencias de las autoridades mineras y ambientales vayan en consonancia y sean coherentes unas con otras, de forma que posibiliten el desarrollo sostenible de la minería de forma amigable con el medio ambiente⁵⁴, es decir mediante el fortalecimiento de una información articulada que facilite la toma de decisiones de manera organizada, coordinada, y a la luz del principio de cooperación armónica, evitando pronunciamientos contradictorios en la concurrencia de estas competencias, generando perjuicios para quienes pretenden adelantar la actividad minera acatando las normas de manera responsable y legal.

De esta manera, tal como lo sintetiza Miranda (2014, p. 153) La existencia de un sistema de competencias múltiples hace que se presenten choques entre disposiciones emitidas por las autoridades en virtud de las facultades establecidas en el Código de Minas, normas ambientales y

⁵⁴ Aquí cabe revisar el contenido del principio de ‘Responsabilidad Social Empresarial’, previsto en el art. 333 de la Constitución Política, en el cual se establece que “la empresa es base del desarrollo y que por lo tanto le corresponde una función social”. En ese sentido, la Corte se pronunció mediante Sentencia T-375 de 1997 que: “al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas”.

las disposiciones de los entes territoriales del nivel local. Esta premisa nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de observar los principios de colaboración, coordinación, subsidiariedad y concurrencia de competencias que la ley y la Constitución establecen.

Recopilando todas las reflexiones anteriores, es que se llegó a la conclusión de que lo que necesita de manera urgente el sector es el fortalecimiento de la aplicación de los principios de seguridad jurídica y colaboración armónica.

El principio de Seguridad Jurídica predica que el marco legal y la actuación del Estado y sus agentes (como aplicadores de la norma) sean confiables, estables y predecibles; de forma tal que la actividad humana se pueda planificar con la certeza del conocimiento de las normas que le serán aplicables, propiciando así la aplicación de otros principios que materializan un Estado de Derecho como el de igualdad ante la ley, el de buena fe y el de frenos y contrapesos al poder estatal (o separación de poderes).

De este último principio enunciado es que se desprende el principio de Colaboración Armónica, toda vez que la finalidad de equilibrio de poder que busca dicho principio, a través de las distribución de funciones a diferentes detentadores del poder, se logra a través del control político pero a la vez de la unión ante dicha separación de poderes que se logra a partir de la colaboración entre estos, de forma que se evite la concentración de poder y al mismo tiempo un desarrollo aislado y/o entorpecimiento de sus funciones, tal como lo establece el artículo 113 superior.

En ese sentido, la colaboración armónica busca garantizar la congruencia en el ejercicio de las respectivas funciones atribuidas a las diversas entidades del Estado, quienes las ejercen de manera autónoma, pero previendo su mayor efectividad y eficiencia, lo cual solo es posible si se ejerce de manera armoniosa y cooperativa buscando alcanzar los fines que encomienda la Constitución, dirigidos a la búsqueda del bienestar general, lo cual legitima su actuación. Es por ello que la Corte Constitucional ha resaltado en su jurisprudencia de manera reiterada la pertinencia de la aplicación de este principio en el desarrollo de la administración pública.

Adicionalmente, La Constitución a través del artículo 288 le ha otorgado otra función al principio de colaboración armónica, y es servir como punto de intersección entre los principios de Estado Unitario y de autonomía territorial, con base en los cuales se ordena el reparto de competencias entre la nación y las entidades territoriales, propiciando fórmulas de armonía entre los intereses de unos y otros, especialmente cuando nos encontremos ante la concurrencia de

competencias de distintas entidades, pues en virtud de este principio se evitará el conflicto y por el contrario se orientará a que sus actuaciones resulten complementarias enfocadas al mismo fin ya enunciado, haciendo que tales acciones se potencien y perfeccionen. Es por eso que este principio supone la comunicación permanente entre los distintos niveles estructurales.

De esta manera, este principio tiene cabida en el tema minero, toda vez que resulta claramente necesaria su aplicación en lo que respecta a la concurrencia de competencias a la hora de autorizar el ejercicio de la actividad minera, teniendo en cuenta que en esta intervienen los intereses de quienes participan en el ordenamiento territorial, esto es, el Estado central y las entidades territoriales, a través de los tres modelos de gestión, a saber, el ambiental, minero y urbano.

En esta medida, se busca lograr que sea posible tener en cuenta y armonizar los diferentes intereses que entran en juego, de forma tal que sus actuaciones se complementen, y se articulen de forma armónica para el debido cumplimiento de las funciones, así como la concreción de los fines del Estado, como lo es el desarrollo sostenible, el cual contiene las variables de crecimiento económico y conservación del medio ambientales, intereses que juntos se enfocan al fin general de mejorar la calidad de vida de los colombianos.

Como señala Miranda (2014, p. 153) a manera de conclusión “Bajo el principio de coordinación y colaboración, se busca que las autoridades administrativas garanticen la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En este se presupone la existencia de competencias concurrentes (como sucede, por ejemplo, con las autoridades mineras y ambientales), buscando un ejercicio armónico y complementario de sus funciones, y no contradictorio como muchas veces sucede”.

La seguridad jurídica por su parte, encuentra aplicación en el sector minero en la medida en que los titulares que se encuentra ejecutando proyectos mineros puedan tener la certeza de que no se cambian las condiciones establecidas en el inicio de la relación contractual, y así los inversionistas tengan confianza tanto en los procedimientos como en las instituciones, quienes en ejercicio de sus competencias pueden introducir cambios significativos si no actúan de manera congruente con la norma, y de esta manera que puedan predecir la continuidad de sus proyectos y sus decisiones de inversión, las cuales se definen precisamente teniendo en cuenta las condiciones de estabilidad que ofrezca un ordenamiento jurídico, toda vez que los proyectos requieren altas inversiones y sus retornos se producen en el largo plazo.

En esa medida, si no se cumple con estos estándares, los inversionistas se abstendrán de participar en el sector y no podrá desarrollarse esta actividad en condiciones que propicien el desarrollo sostenible que predica la Carta Política.

Es por esto que, la forma de brindar seguridad jurídica a los inversionistas del sector, es asegurando la colaboración armónica en el ejercicio de las competencias de las autoridades que intervienen en el desarrollo de los proyectos mineros, que estas se coordinen y cooperan entre ellas, encontrando fórmulas de armonía entre los intereses que convergen, evitando disposiciones contradictorias que perjudiquen la continuidad de los mismos, definiendo de forma clara desde un principio las reglas de juego tanto desde el punto minero, como ambiental y social, propiciando que se mantengan a lo largo de la ejecución del contrato; de forma tal que se surta de garantías a los inversionistas.

Lo anterior nos lleva a concluir que, la perfecta combinación de estos dos principios es la respuesta clave para el éxito del futuro de los proyectos mineros. De esta manera se estaría incentivando la inversión en el sector, para que la actividad se ejecute en términos de desarrollo sostenible de forma responsable y legal, beneficiando a todo el país.

Sin embargo, se necesita de mucho trabajo para lograr lo que se propone considerando las problemáticas del sector minero en Colombia, que requieren de manera urgente ser resueltas con la aplicación de estos principios.

Estos problemas, que resultan en limitaciones para el adecuado desarrollo de los proyectos mineros, fueron identificados en este trabajo como: la falta de articulación en la información entre las autoridades mineras y ambientales a la hora de definir las zonas excluidas o restringidas para la minería, la falta de participación de las autoridades territoriales y la percepción negativa de la actividad minera por parte de las comunidades y su participación para impedir su ejecución.

En primer lugar, se precisó que las zonas excluidas y restringidas de la minería están expresamente señaladas por el Código de Minas pero esta norma es meramente enunciativa, porque además hay otras que pueden ser declaradas por la autoridad administrativa ambiental, en quien recae la obligación de proteger el medio ambiente, y de esta manera de delimitar geográficamente dichas zonas con base en estudios técnicos, condición exclusiva para que se haga efectiva la prohibición de ejercer la actividad de la minería en esa, pues de lo contrario, podrán concederse títulos mineros por no operará allí la prohibición.

Es en este punto donde se hace clara la necesaria aplicación del deber de colaboración armónica entre la autoridad minera y ambiental, pues de lo contrario trae consecuencias devastadoras para diversos actores, por un lado sería inconveniente para la protección ambiental y por otro lado podría repercutir en la inestabilidad de los proyectos mineros, en las inversiones y en la economía.

Se identificó en este contexto la falta de articulación de la información entre las autoridades señaladas, toda vez que si bien la autoridad minera otorga un título que crea derechos adquiridos en cabeza del titular para llevar a cabo la exploración, cuando este llega a la etapa de explotación y requiere de la licencia ambiental para iniciar con las actividades de extracción a partir de la cual se inicia a percibir los retornos de la inversión, muchas veces se encuentra con que esta es denegada debido a que el área concesionada se encuentra en una zona excluida o restringida para la minería, lo cual la autoridad minera no pudo prever previamente, aun teniendo el deber de verificarlo antes de otorgar un título minero, lo que se debe a que no se encuentran claramente definidas, y que además no cuenta con esa información porque no hay un sistema claro de información por parte de la autoridad ambiental. Esto ha hecho muy gravosa la situación de los titulares mineros que de buena fe decidieron invertir en la ejecución de proyectos mineros, encontrándose en total incertidumbre respecto de la continuidad y culminación de su proyecto minero⁵⁵.

La segunda problemática identificada es la que se deriva del choque de intereses entre el Estado central y las entidades territoriales, estas últimas con bastantes restricciones por parte de la normatividad minera para interferir en el sentido de limitar la actividad, tanto en el otorgamiento de títulos como en la definición de áreas compatibles con la minería. Aquí se configura un desconocimiento del principio constitucional de autonomía de las entidades territoriales, y por ende de la competencia de ordenamiento territorial de dichas entidades, el cual debería desarrollarse de forma articulada con el principio de Estado Unitario.

Estas razones, llevaron a que la Corte Constitucional reconociera la importancia del principio de colaboración armónica, procediendo a condicionar la exequibilidad y a definir interpretación del artículo 37 del CM, con aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, previendo la participación de estas autoridades para que definieran las medidas necesarias para la protección del ambiente sano en sus territorios, a la hora de definir las zonas

⁵⁵ Un ejemplo claro de esta situación se presentó en el caso de la empresa Greystar en relación con el páramo de Santurbán, que ya se expuso en este trabajo.

excluidas de la minería, buscando que los distintos elementos de la estructura territorial dialogaran para que sus actuaciones sean complementarias, armónicas y dirigidas a la concreción de los fines esenciales del Estado; y posteriormente a declarar inexecutable el mismo artículo por desconocer la reserva de ley orgánica, en tanto contenía una restricción a la competencia de las entidades territoriales otorgadas por la ley orgánica de ordenamiento territorial, para lo cual se requería de la expedición de una ley de esa categoría para regular dichas competencias.

Sin embargo se llegó a la conclusión de que, pese a la amplitud de los poderes de ordenación urbanística del territorio, todavía no está al alcance de las entidades territoriales determinar ese tipo de zonas, pues sus decisiones deben ser compatibles con las determinaciones adoptadas por las instancias administrativas superiores. Así mismo, que resulta necesario establecer claramente cuáles son las competencias de las autoridades involucradas y prever su forma de participación de activa y eficaz en la norma, de forma tal que se refuerce la confianza en las instituciones, pues como las autoridades territoriales están más cerca de las comunidades y conocen mejor sus tierras, puede identificar con mayor facilidad sus necesidades, complementando la actividad de las demás autoridades superiores para lograr los objetivos planteados de colaboración armónica y seguridad jurídica.

El tercer problema se debe a la visión negativa de la actividad minera por parte de las comunidades, quienes han enfocado sus esfuerzos para que a través del ejercicio de la soberanía que la constitución les otorga, acudan a su capacidad de veto sobre las decisiones que se tomen sobre sus territorios, por lo cual su participación puede constituir criterios definitivos para la autorización de los proyectos, es decir, como una especie de licencia social; a través de medios tan contundentes como lo son las consultas populares para la protección de derechos colectivos, afectando de esta manera la continuidad de los proyectos mineros.

Se identificó que esto se debe a que la sociedad ha satanizado la actividad, solo precisando los perjuicios que si se evidencian con la minería ilegal, pero sin tener presentes los beneficios que les puede traer esta actividad si se ejerce de manera legal, responsable y con los medios económicos, técnicos y tecnológicos adecuados, tales como el desarrollo social, la erradicación de la pobreza, el crecimiento económico, entre otras, que no necesariamente implican el sacrificio del medio

ambiente, pues para eso existe la actividad de fiscalización y la exigencia de requisitos ambientales por parte del Estado que debe velar por la protección del mismo⁵⁶.

En suma, las decisiones contradictorias dentro del sector público, la debilidad del Estado, la ausencia de las necesarias instancias de consulta con comunidades y de coordinación territorial tienen varias consecuencias, entre estas, que la opinión pública no tiene una buena percepción de la minería y que los costos de transacción dificultan la llegada de operadores idóneos, la prohibición alienta la minería ilegal depredadora, se perpetúa la percepción de la minería como lesiva per se y se desaprovecha el capital natural como fuente de desarrollo (Benavides, 2014, p. 34).

Por ello, podemos concluir que si el Estado reuniera sus esfuerzos enfocados a corregir o subsanar los vacíos en el marco regulatorio de la actividad, y a desarrollar políticas públicas y demás mecanismos en los que se lograra involucrar a todos los actores que participan en el desarrollo de los proyectos mineros, de manera que estos actuaran teniendo presente los mandatos de optimización propuestos por el principio de colaboración armónica, llevando a que se fortalecieran las instituciones, se repartieran de forma clara y eficiente las competencias, se llegaría a un acuerdo de cómo articular la información de forma tal que se facilite la actividad de unas y otras, y que se logre armonizar los intereses que entran en juego; se estaría propiciando de manera contundente un escenario de seguridad jurídica para el sector minero, haciéndolo más competitivo

⁵⁶ La perspectiva crítica ha determinado que no solo la minería ilegal trae consecuencias negativas sino también la minería legal, señalando que las consecuencias graves y negativas de la actividad minera desarrollada bajo un modelo extractivista son (Negrete, 2013): 1.- La grave afectación ambiental y social (p. 23); 2.- No existe una cualificación del explotador minero y, por consiguiente, no existe un proceso de selección del mejor postor (p. 23); 3.- Se desarrollan en ecosistemas estratégicos para la conservación ambiental ocasionando la pérdida de importantes áreas para la conservación ambiental y la vida de los habitantes del territorio. (p. 23); 4.- Causa graves impactos en las áreas urbanas (p. 23); 5.- No son objeto de un control riguroso por parte de las entidades mineras, ambientales y territoriales (p. 23); 6.- Por ser consideradas de utilidad pública e interés social por el artículo 13 del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, están ocasionando una serie de conflictos sociales en muchas regiones del país, por cuanto diversas entidades estatales están privilegiando a dichas actividades sobre los derechos fundamentales de las comunidades y, por lo tanto, desconociendo la jerarquía de derechos previsto en el ordenamiento jurídico. (p. 24); 7.- Las normas e instrumentos que regulan estas actividades no son lo suficientemente efectivas para proteger, resguardar y mantener de manera adecuada los recursos naturales renovables. (p. 24); 8.- Por regla general, vulneran los derechos fundamentales y colectivos de los habitantes del país, desconociendo procesos locales (ambientales, territoriales, sociales y económicos) (p. 24); 9.- No garantizan el derecho fundamental a la participación comunitaria, así como la de otras entidades del Estado, especialmente en el orden regional y local, desconociendo sus intereses y necesidades. (p. 25); 10.- No consideran las determinaciones adoptadas en los instrumentos de planificación y ordenamiento ambiental y territorial (p. 25); 11.- Está llevando al país al desconocimiento de tratados y convenios internacionales a través de los cuales el país se comprometió a adoptar medidas tendientes a la conservación ambiental y al uso sostenible de los recursos naturales renovables. (p. 25); 12.- Genera graves impactos que hacen cada vez más evidente el daño y la pérdida de biodiversidad (especies y ecosistemas), suelo, agua, paisajes y aire. (p. 25); 13.- Deja forzosamente materiales residuales que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisaje y los suelos agrícolas. (Sentencia C-339, 2002) (citada en Negrete, 2013, p. 26); 14.- La minería ilegal genera aun mayor daño que la minería legal indiscriminada, tanto en términos ambientales, como sociales y económicos. (p. 26).

y por ende fortaleciendo la inversión, permitiendo al inversionista obtener rendimientos, pero además obteniendo ventajas y beneficios indiscutibles para el Estado como propietario del recurso y para la comunidad, tales como el desarrollo económico, el ejercicio de la actividad con vista a la protección del medio ambiente, y demás enunciados a lo largo del trabajo.

RECOMENDACIONES

Algunas recomendaciones para potenciar el futuro de los proyectos mineros en Colombia: Posibles soluciones a las problemáticas planteadas.

Los análisis hechos y los problemas actuales que se han encontrado en el presente trabajo nos dan el fundamento necesario para proponer unas soluciones a ellos, que deben aplicarse siempre bajo los principios de seguridad jurídica, colaboración, coordinación, subsidiariedad y concurrencia de competencias que deben regir la actividad de la administración pública (Miranda, 2014, p. 157).

Sin embargo, dichos principios no pueden quedarse en la teoría, las leyes y la jurisprudencia, sino que resulta estrictamente necesario crear los sistemas de acción práctica que los materialicen, así como políticas públicas organizadas que se encaminen a dicho fin y lo permitan.

En ese sentido, se evidenció en las recomendaciones que se realizaron por expertos para la elaboración del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, en las que se precisó que:

Existe una pluralidad de normas de ordenamiento del territorio, minero y ambiental que deben ser integradas para apuntar a una política pública de Estado eficaz y eficiente, que permita la articulación entre las diferentes entidades y políticas. Por eso dicha política debe concebir la actividad minera en todas sus dimensiones (minero en específico, ambiental, territorial y económico, principalmente) con base en la planeación del territorio que permita la explotación minera de forma ordenada, adecuada y técnicamente desarrollada. Que haga posible prever los impactos ambientales, su mitigación y compensación, y que permita administrar el recurso minero bajo los criterios de eficacia, eficiencia y efectividad. (Miranda, 2014, p. 157)

En el mismo sentido se apuntó que, esa política debe involucrar a todas las instancias que intervienen en la actividad minera, diseñar la coordinación entre las entidades y autoridades, determinar para cada una de ellas sus responsabilidades precisas y determinadas desde el ámbito

de sus competencias, de manera que se haga posible tener un mayor control de la actividad. (p. 158)

Así mismo, se deben proponer procesos de fortalecimiento de la capacidad pública para evaluar, supervisar y apoyar proyectos, además de establecer instancias eficaces de coordinación de los aspectos territoriales, sociales, sectoriales y ambientales de la minería (Benavides, 2014, p. 34).

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se realizarán unas recomendaciones respecto de cada problemática, que pretenden evidenciar la forma de poner en práctica dichos principios de forma que se pueda alcanzar el objetivo anteriormente planteado.

1. Para la falta de articulación de la comunicación entre autoridad minera y ambiental para la definición de áreas excluidas o restringidas de la actividad minera.

Respecto a esta primera problemática se reconoce la necesidad de aplicar el principio de colaboración armónica, buscando su materialización en el sentido en cómo se ha planeado en este trabajo, desde el inicio de la relación entre el Estado y el titular minero, es decir, desde el momento mismo en que se estudia la propuesta de contrato de concesión presentada junto con los demás requisitos, especialmente el de delimitar y señalar el área que se requiere para llevar a cabo el desarrollo del proyecto minero, antes de otorgar el título minero. En otras palabras, sería recomendable que en esta etapa participaran de forma conjunta tanto la autoridad minera como la ambiental, de forma tal que, con la concurrencia de sus competencias se encontraran fórmulas de acuerdo para hacer valer los intereses que pretende cada una defender, y de esa manera, evitar que las decisiones de las mismas sean contradictorias entre sí.

De esta manera propone Miranda (2014) crear ventanilla única de trámites minero ambientales, que permita unificar en un solo lugar la solicitud de permisos, la entrega de la documentación para el ejercicio de la actividad minera y la respuesta a las necesidades planteadas. Señala Miranda que esta propuesta busca que:

Desde la solicitud de una concesión o la expedición de un título minero llegue, por ejemplo, la información a las autoridades ambientales encargadas de expedir la respectiva licencia ambiental, los permisos, autorizaciones o concesiones; de esta manera se concluye en trámites claros y sin contradicciones y se evitan decisiones

inhibitorias. Así mismo, reducirá los tiempos de respuesta y evitará la ambigüedad en las decisiones de las autoridades competentes. (p. 162)

De esta manera, si dichas autoridades conjuntamente alinearan sus esfuerzos para establecer con anterioridad y exactitud las zonas en las que debe prohibirse las actividades mineras o que son objeto de un tratamiento especial y riguroso para proteger los recursos naturales de especial importancia y mitigar o incluso eliminar los efectos negativos sobre este entorno, de forma que se pueda estudiar basados en dicha información la decisión de otorgar del título minero que implica el reconocimiento de derechos y obligaciones, como lo es el permiso de exploración; posibilitaría que se otorgaran dichos derechos una vez se hubiese validado que el área solicitada no se encuentra superpuesta a una zona excluida o restringida, asegurando que en un futuro el proyecto no se vaya a frenar por esta razón, disminuyendo de esta manera riesgos como lo es el que se niegue la licencia ambiental para la etapa de explotación.

Para esto, sería estrictamente necesario contar con una correcta y coordinada ordenación del territorio desde el punto de vista minero, ambiental y urbano, de forma que se articulen las herramientas para alcanzar los objetivos de cada una de las autoridades y ejercer de forma adecuada sus funciones. De esta manera se evitarían muchos de los problemas que generan inseguridad jurídica en los inversionistas del sector, y que repercuten en obstáculos para el efectivo desarrollo de los proyectos mineros llevados de forma responsable y de buena fe.

Sin embargo, es importante considerar que esta articulación de herramientas que permiten la previsión oportuna de las zonas de especial protección, en aplicación del principio de precaución no reemplazan la labor de análisis que debe realizar la autoridad ambiental en el momento de expedir una licencia ambiental para la etapa de explotación, pero si evitaría decisiones tardías en lo que respecta a la exclusión de áreas y disminuiría el riesgo de que se niegue la licencia ambiental en dicha etapa.

Con estas soluciones, se ofrece la oportunidad de que, el desarrollo de las actividades mineras se haga conforme a las normas legales sobre protección de los recursos naturales y el medio ambiente, en la búsqueda del desarrollo sostenible (Miranda, 2014, p. 163).

En vista de lo anterior, se hacen unas propuestas específicas para fortalecer la aplicación los principios estudiados en esta tesis, enfocados en la finalidad de generar instancias de dialogo entre las autoridades señaladas.

En este punto se extrajo el estudio de Derecho Comparado realizado por Lizarazo (2014, p. 59 a 70) para analizar la forma en que otros Estados han afrontado la realidad del principio de colaboración armónica, marcado por los desequilibrios de poderes, y la forma en que han optado por buscar soluciones, a partir de lo cual se encontró un aporte realmente importante desarrollado por el Estado Argentino, el cual ha reconocido implícitamente la importancia de este principio, con la creación de organismos y convenios que han permitido el acercamiento entre los distintos estamentos del orden Federal y local, con el fin de articularse armónicamente en beneficio de los fines del Estado. Por lo anterior, se tomará este aporte como referencia para contextualizarlo a la realidad de Colombia y realizar las siguientes propuestas:

- 1) Crear una entidad que se encargue de asegurar la coordinación interinstitucional de las políticas, planes y programas en materia minera y ambiental con el fin de desarrollar una gestión armónica y evitar incompatibilidades de funciones entre todos los entes que intervienen en el desarrollo de los proyectos mineros. En este sentido, se busca que este órgano sirva de entidad coordinadora entre los intereses de la autoridad minera y ambiental en lo que respecta a la definición de las zonas objeto de estudio, con el fin de lograr un consenso entre ambas de forma que las decisiones se tomen de manera unificada y que faciliten el otorgamiento de títulos mineros basados en información actual, técnica, verás, evitando confrontaciones tardías entre estas autoridades.

Esto, teniendo en cuenta que no basta con que cada entidad realice esfuerzos aislados y descoordinados para definir estas zonas, y por ello se resalta la necesidad y la importancia de contar con esta instancia técnica que materialice la sinergia entre estas y que facilite el estudio de las posibilidades de articulación de sus políticas públicas, especialmente en lo que se refiere a la definición y conocimiento de zonas excluidas o restringidas de la minería, procurando que se garanticen reglas de juego más claras tanto para el sector minero como para la efectiva protección del ambiente.

Ese órgano de coordinación sería entonces el “instrumento técnico al que deberán acudir las entidades en cuestión para buscar esos espacios de acercamiento” (Lizarazo, 2014, p.

162), y de esta forma, el medio que permitirá definir una política pública real en torno a la colaboración armónica. Esto permitirá contar con objetivos preestablecidos y específicos, tener planes de trabajo y procedimientos claros, mecanismos de evaluación para establecer si se están cumpliendo o no y definir roles claros de quienes sean responsables de materializarlos exigiendo rendición de cuentas periódicos, posibilitando realizar los ajustes que sean permitente, lo que aumentará la efectividad y viabilidad de los acuerdos (Lizarazo, 2014, p. 148) (propuesta que se explicará a continuación). De esta forma se evidenciaría la clara política de generar canales de cooperación y armonía entre estas autoridades para llegar a objetivos claros y específicos.

Esta figura de una entidad coordinadora y articuladora de políticas inter sectoriales, es un esquema que como se señaló, es tomado de Argentina, como un aporte interesante que puede ser valioso para la creación de políticas públicas que materialicen el principio en cuestión⁵⁷.

- 2) Elaborar acuerdos de cooperación entre la autoridad minera y ambiental, en los cuales intervenga el órgano señalado anteriormente con la función de “asesorar a las entidades en la estructuración de los mismos, en la medición de resultados, evaluación y ajuste de esos acuerdos” (Lizarazo, 2014, p. 162), así como la definición clara de competencias. Es decir que ambas propuestas van de la mano y deberían ejecutarse de forma conjunta.

Estos acuerdos están enfocados a satisfacer la necesidad de sinergia, crear un procedimiento reglado de colaboración y una alianza estratégica entre las autoridades que intervienen en este contexto, con reglas y objetivos claros, que facilite, sin dar paso a la “invasión de competencias, fortalecer espacios de colaboración armónica, de forma que estas sigan encaminadas al cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley les ha encomendado, de manera efectiva, eficaz y eficiente” (Lizarazo, 2014, p. 147). Adicionalmente, propiciar que estos puedan ser objeto de control jurisdiccional, no solo

⁵⁷ Las iniciativas de cooperación entre órganos e instituciones del Estado en Argentina se materializan en convenios entre entidades. Un ejemplo de esto, es la figura de la Secretaría de Cooperación con los Poderes Judiciales, Ministerios Públicos y Legislaturas, dependiente del Ministerio de Seguridad de la Presidencia de la Nación Argentina. (Portal del Ministerio de Seguridad, Presidencia de la Nación Argentina. Decreto 1742 de 2012. Recuperado de <http://www.minseg.gob.ar/secretar%C3%ADa-de-cooperaci%C3%B3n-con-los-poderes-judiciales-ministerios-p%C3%ABlicos-y-legislaturas>).

para revisar su legalidad, sino para que en caso de incumplimiento de los funcionarios encargados de ejecutarlos, se posibilite la imposición de sanciones disciplinarias.

En ese sentido, dichos acuerdos, cuando menos, deberán definir de forma clara aspectos como:

- Las medidas de protección que se van a tomar sobre zonas de especial protección, las cuales deberán concretarse esencialmente en la determinación de zonas excluidas o restringidas para la minería, y como señala Herrera (2016, p. 410), que se despeje cualquier “interpretación que permita concluir que se trata de la posibilidad de imponer medidas individuales a los titulares mineros”.
- Los medios para respetar los derechos adquiridos y de esta manera preservar la seguridad jurídica, en el sentido de que dichas medidas no puedan afectar los contratos perfeccionados cuando se impongan de manera posterior a los mismos.
- Los procedimientos que se llevarán a cabo para garantizar una verdadera concertación entre las entidades interesadas en definir el ordenamiento territorial minero, entre ellas las entidades territoriales, y definir los mecanismos de solución de conflictos cuando no se logre llegar a un acuerdo.
- Definir de forma clara las competencias de cada una de las entidades involucradas en estos procesos de acuerdo.

Esta idea también es extraída de los convenios marco de cooperación inter institucional implementados en Argentina, donde una vez más se evidencia la existencia de mecanismos de colaboración armónica en dicho país, donde además se ha desarrollado la política de cooperar entre las distintas entidad de los niveles federal y local. Ellos implementaron a su vez convenios marco, lo cuales definen la estructura que deben tener los esquemas de cooperación y en el cual se prescribe que se podrán suscribir Convenios Específicos, en donde se fijen objetivos, funcionarios responsables, actividades, cronograma de trabajo y compromisos institucionales (Lizarazo, 2014, p. 169)⁵⁸.

⁵⁸ Los convenios marco de cooperación interinstitucional son otra evidencia de la existencia de mecanismos de colaboración armónica en Argentina. Cabe precisar el ejemplo del Convenio Marco de Cooperación Institucional entre el de la Defensa Pública

En síntesis, como señala Miranda (2014, p. 153) “debe considerarse la inclusión de una estrategia de coordinación entre las diferentes autoridades que tienen injerencia en el tema minero, partiendo de la indicación del marco jurídico de competencia de las diferentes entidades dentro de un marco general de competencias”.

- 3) Crear un tribunal de solución de conflictos, cuando no se logre llegar a acuerdos o se incumplan los mismos. De esta manera se estarían promocionando los escenarios de dialogo, de forma que se puedan tratar las diferencias a través de instancias que busquen conciliarlas, evitando los problemas de estabilidad y el riesgo de que se produzca una parálisis de su actividad.

La anterior propuesta se presenta en visión hacia el futuro para evitar eventuales conflictos, o cuando menos, contar con los mecanismos para atender los mismos, evitando así mismo pérdidas ambientales como económicas para el país.

En ese sentido, esto también se extrajo de los aportes del Estado de Argentina, donde encontramos que ellos incorporaron en sus convenios cláusulas que determinan que “en caso de surgir entre las partes desacuerdos o diferencias en la interpretación y/o aplicación del convenio, las mismas se comprometen a tratar de consensuarlas mediante soluciones amistosas”⁵⁹.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, en el ámbito del negocio minero del Estado confluyen intereses y competencias de otras instituciones gubernamentales además del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, también interactúa el Ministerio del Interior, el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y las autoridades ambientales regionales. Tal grado de interrelaciones institucionales del sector minas es amplio y determinante, pero los mecanismos de coordinación en el nivel de trámites y gestiones tienden a ser débiles. Por esta circunstancia, conviene también

de la Nación Argentina y el Ministerio de la Defensa Pública de la Provincia del Chubut. (Recuperado de http://www.csjn.gov.ar/om/convenios/mpd_chubut.pdf).

⁵⁹ Convenio Marco de Cooperación Institucional entre el de la Defensa Pública de la Nación Argentina y el Ministerio de la Defensa Pública de la Provincia del Chubut. Cláusula quinta.

adoptar los mecanismos propuestos para articular y optimizar los espacios de gestión interinstitucional coordinada y eficiente (Castillo, 2014, p. 123).

4) Otro escenario, diferente solución:

Cambiando de perspectiva, es de resaltar en el planteamiento de estas propuestas que, también es importante considerar los diferentes escenarios jurídicos en que puede encontrarse un proyecto minero actual y vigente de cara al ordenamiento territorial ambiental en el cual se está adelantando la delimitación de zonas de especial protección ambiental, lo cual seguirá ocurriendo considerando que el territorio es cambiante y dinámico, y que las autoridades ambientales seguirían con competencia para declarar áreas de exclusión.

A diferencia del escenario de las anteriores propuestas, en las que se tiene en cuenta son los contratos de concesión minera y los títulos mineros que se otorgaran a futuro a fin de corregir los inconvenientes que se han presentado hasta ahora, este escenario que se pretende analizar a continuación, es aquel donde que se configuren conflictos tales como la existencia de concesiones mineras otorgadas en áreas donde se defina con posterioridad que hacen parte de zonas protegidas, en los cuales ya se precisan derechos adquiridos y obligaciones de las partes vinculadas en el contrato, como lo es el Estado y el titular minero, de respetar las condiciones establecidas desde el principio de la relación, para lo cual se debe tener en cuenta, como señala Gonzales (2014, p. 2014) que en caso de que la valoración de los bienes jurídicos protegidos, indique que debe darse prioridad a uno sobre otro y como consecuencia de ello, los titulares mineros llegaran a ser despojados de los derechos legítimamente adquiridos, nacería a favor del titular un derecho a ser compensado por el Estado. Por lo tanto, se debe prever una solución en la cual se reconozca la garantía de la seguridad jurídica y de los derechos legítimamente adquiridos de los concesionarios mineros de forma concomitante con la búsqueda de la realización del principio de desarrollo sostenible.

En aras de reivindicar estas situaciones, velar por la protección del medio ambiente sano, pero a la vez propiciar escenarios de estabilidad jurídica que no desincentiven la inversión y el desarrollo de proyectos minero de forma legal y responsable, se pone de presente la propuesta esgrimida por Rubiano (2012, p. 8), en consonancia con la anteriormente

expuesta de propiciar espacios de conciliación y negociación de conflictos, que apunta a renegociar dichas concesiones en las áreas que ya cuenten con licencia ambiental (o aunque no cuenten con licencia ambiental, que ya se encuentren en una etapa muy avanzada de exploración y ya se hayan realizado inversiones cuantiosas de buena fe), las cuales se otorgaron sin tener conocimiento de que se trataban de ecosistemas estratégicos y vulnerables, como es el caso de los páramos sobre los cuales han ocurrido estos conflictos con mayor frecuencia en los últimos tiempos, con el fin de llegar a acuerdos de conciliación o sustitución de proyectos en otras zonas que no cuenten con estas restricciones. De esta manera el Estado estaría salvando más de lo que está perdiendo, aunque tenga que compensar a dichas empresas por terminar sus contratos mineros.

Así las cosas, es recomendable, como señala Rubiano (2012, p. 8) “examinar la posibilidad de negociar con cada inversionista para explorar la posibilidad de una renegociación o terminación de los contratos con una indemnización o compensación sin necesidad de acudir a un tribunal de arbitramento o al CIADI del Banco Mundial”, toda vez que, de acuerdo con la Sentencia C-183 de 2003 no hay impedimentos jurídicos para ello, pues dada la naturaleza del título minero, este no genera derechos absolutos y es en esencia revocable por parte del Estado. Por ellos se sugieren dichos escenarios de conciliación en los cuales se garantice el derecho de audiencia y defensa de los inversionistas y propiciar un mecanismo que reduciría los impactos actuales de la minería en ecosistemas sensibles.

En suma, es recomendable acudir a la conciliación (que es una medida permitida en el derecho internacional de la inversión extranjera e incluso que es generalmente contemplada en los tratados bilaterales) antes que a terminar unilateralmente un contrato de concesión, pues ello puede resultar en una violación a la estabilidad jurídica de los inversionistas, o una medida de expropiación indirecta, lo cual es una práctica restrictiva del comercio internacional, que no haría más que reforzar la desconfianza en las instituciones y procedimientos, debilitando la inversión y el desarrollo económico del sector minero.

Otra propuesta a tener en cuenta, fue la presentada por Sánchez y Carvajal (2017) sobre la creación de una ‘Competencia Ambiental Especializada en Colombia’, en virtud de los problemas relativos al medio ambiente que merecen una atención particular con la cual se

busca proporcionar “una garantía al cumplimiento de los Objetivos del Desarrollo Sostenible y un cambio a nivel de las decisiones judiciales, en cuanto pensar en clave de este concepto proporciona mayores respaldos al medio ambiente” (p. 107) con el fin de que las decisiones se tomen, no solo considerando el perjuicio ocasionado a los derechos del hombre, y en harás de proteger los bienes, intereses y derechos individuales, sino también teniendo en cuenta el bien jurídico objeto de protección que es el medio ambiente, dando aplicación a los principios en esta materia. Así mismo, busca familiarizar a los jueces “con los presupuestos que plantean principios como el de precaución y el de prevención” (p. 108).

Mediante esta propuesta planteada por Sánchez y Carvajal (2017) se plantean los siguientes requerimientos:

- “La creación de jueces ambientales adscritos a la jurisdicción contencioso administrativa, debido a la calidad de colectivo con la que cuenta el bien jurídico tutelado (medio ambiente) y a que el amparo del mismo está principalmente en cabeza del Estado” (p. 116).
- Se sugiere así mismo “la creación de jueces ambientales de circuito, tribunales ambientales y como máximo órgano, continuaría el Consejo de Estado en su sección primera, que es actualmente la que conoce de temas ambientales” (p. 116), con los mismos factores que actualmente se utilizan para determinar el juez competente.
- Estos jueces deberán “cumplir con ciertos estándares académicos para ubicarse en dicha posición, todo esto en aras de materializar el principio del juez técnico y con ello lograr una protección material ambiental” consideración que también se debería tener en cuenta para al menos 2 de los 4 consejeros que integran la sección primera del alto tribunal, con el fin de evitar “fallos faltos del rigor jurídico y técnico que exige la materia” (p. 117).

En ese sentido, los conflictos que puedan presentarse en el tema minero, que claramente ponen en consideración tensiones con el tema ambiental, podrían ser analizados bajo la competencia de

un juez especializado, para tomar las decisiones más pertinentes, ponderando los bienes jurídicos objeto de protección en este campo, pues se requiere de dicho rigor técnico y profesional para acceder a respuestas que ayuden al país a progresar en el desarrollo integral, bajo el principio de Desarrollo Sostenible.

2. Para la falta de participación de las entidades territoriales

Las mismas propuestas expuestas anteriormente, pueden aplicarse en cuanto a la participación de las entidades territoriales, es decir, ya no solo considerando la sinergia entre las autoridades ambientales y mineras del sector central sino teniendo en cuenta todos los niveles de administración, de forma que se garantice de forma eficaz la participación de estas entidades, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte en las sentencias señaladas que estudiaron la constitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, que prohibía su participación en la definición de zonas excluidas y restringidas de la minería.

Es decir que la entidad coordinadora, deberá tener en cuenta las consideraciones de las entidades territoriales, especialmente a la hora de definir los planes de trabajo enfocados al objetivo de definir las áreas donde la actividad minera será objeto de restricciones o prohibiciones, de forma que las entidades en ejercicio del principio constitucional de autonomía, puedan participar para decidir sobre las mejores condiciones de desarrollo ambiental, social y cultural en su región, pero a su vez respetando el principio unitario, el cual determina la capacidad del orden central para fijar las reglas de juego que las demás autoridades de ordenes inferiores deben atender.

Esto resulta necesario toda vez que no basta con que la ley o la jurisprudencia establezcan su participación, sino que se debe realizar esfuerzos mancomunados a materializar y hacer efectiva dicha participación, a través de instituciones, como las que se proponen, que funjan como amigables componedores entre las partes en conflicto, en este caso, entre el orden central y el orden territorial que cuentan con competencias concurrentes respecto del ordenamiento territorial minero y a partir de las cuales se pueden generar choques de intereses. Por ello, la manera de tratar las diferencias, solucionar dichos conflictos y generar una verdadera colaboración armónica, es propiciando instancias de diálogo y mecanismos de negociación de conflictos. En ese sentido se estaría evitando confrontaciones tardías que representen tropiezos para el efectivo desarrollo de un proyecto minero que se esté llevando a cabo en cumplimiento de los preceptos legales.

Adicionalmente, esta propuesta facilitaría el análisis de los procesos de ordenamiento territorial del país desde la perspectiva de la actividad minera, identificando oportunidades de encuentro de dicha actividad con otros procesos de ordenamiento adelantados por autoridades ambientales y entidades territoriales en las regiones, de manera que se alcancen objetivos de crecimiento económico, bienestar social y sostenibilidad ecosistémica (Benavides, 2014, p. 30).

Cabe destacar que esta propuesta representa una clara manifestación del ‘Principio de Planeación’ de acuerdo con el cual:

De cara a la gestión contractual del Estado, se materializa en que el actuar de las entidades públicas sea coordinado —por oposición a lo improvisado—, lo cual se compendia en una serie de disposiciones legales y reglamentarias que imponen un determinado comportamiento a cargo de las entidades del estado. [...] El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en numerosos pronunciamientos ha indicado que el cumplimiento al principio de la planeación constituye un deber en cabeza de la administración pública, en tanto y cuanto se corresponde con los deberes que tiene el Estado relacionados con una correcta administración de los recursos públicos y el buen desempeño de las funciones públicas⁶⁰” (Amaya, 2016).

Lo anterior se concreta en que dicho principio desarrollado en la Ley 80 de 1993 y en la Constitución Política de 1991, estableció en cabeza de la administración pública “especiales obligaciones tendientes a racionalizar los recursos públicos mediante una adecuada, planeada y organizada gestión administrativa” (Amaya, 2016).

3. Para la ausencia de aplicación de mecanismos para la participación de las comunidades en los proyectos mineros

Como se ha precisado, lo esencial en esta materia es dotar de mecanismos de dialogo para llegar a un acuerdo concienzudo entre los actores que participan en este escenario. Como sabemos, la participación de las comunidades es esencial toda vez que de esto depende en gran parte el éxito

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente No. 24715.C.P, Ruth Stella Correa y Sentencia del 13 de noviembre de 2013, expediente No. 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón.

de un proyecto minero. Por eso, tanto las autoridades como el titular minero (como se explicara más adelante) deberán propiciar estos espacios de debate para alcanzar este fin.

Aquí es esencialmente importante encaminar estas medidas a sanear la visión negativa que la comunidad en general tiene sobre la actividad minera, y esto se logrará no solo exponiendo los beneficios que puede generarles sino que además debe llevarse a hechos contundentes que lo demuestren, es decir, cumpliendo las promesas que se acuerden en estos escenarios de debate, donde se evidencie el beneficio a las comunidades pero a su vez el desarrollo del proyecto de forma amigable con el medio ambiente, que es la principal característica que ha llevado a que se satanice la actividad, considerándola como principal factor de destrucción de los recursos naturales.

Para ello, también resulta importante la participación de las comunidades en el sentido de que estas deben hacer el seguimiento del cumplimiento de las propuestas acordadas en los consensos que se realicen, y en ese sentido fortalecer el desarrollo responsable y comprometido con la comunidad y el medio ambiente de los proyectos mineros. Destacando que los arreglos entre minería y comunidades locales deben ser arreglos económicos sin perdedores (Benavides, 2014, p. 41).

Por otra parte, es importante resaltar que muchas veces, las protestas por inconformidad con los proyectos mineros que se registran en muchas localidades del país reflejan de alguna manera la débil presencia de la institucionalidad minera en las regiones, evidenciando que no siempre tienen que ver con temas estrictamente ambiental, sino que es probable que incluyan también intereses políticos y económicos regionales (Castillo, 2014, p. 177).

Por tal razón, la intervención de las autoridades administrativas es fundamental, considerando también que el problema que principalmente afecta la relación entre los titulares mineros (empresas o personas naturales) y comunidades, es la incapacidad de generar espacios de diálogo y concertación así como la falta de procesos de rendición de cuentas para el sector. Por ello, su participación con ánimo de solventar estos problemas para que se implementen procesos de valor agregado para las comunidades que traiga como resultado la obtención de la licencia social de la operación, en la minería responsable, es una necesidad imperativa, de forma que el sector gubernamental debería asumir responsabilidades, tal como señala Pinilla (2014, p. 461-462) como:

- Formular políticas de relación permanente con las comunidades, establecer guías, procedimientos y parámetros que resuelvan los problemas que se presentan en dicha relación.
- Establecer incentivos y generar conciencia en torno de la minería responsable, para que se adopte la responsabilidad social empresarial (Prevista en el Art. 333 de la CP).
- Mejorar la provisión de bienes públicos y mantener canales de interacción entre las mineras y las comunidades.
- Empezar una acción de cooperación coordinada y conjunta de los diferentes actores para la construcción de una minería socialmente responsable.

A manera de ejemplo, de la experiencia canadiense, que muestra una fuerte evidencia de que la minería puede compatibilizar con el desarrollo socioeconómico, el bienestar de las comunidades y el cuidado del medio ambiente, se puede extraer también un mecanismo que es posible adaptar al caso colombiano: La relación tripartita entre las comunidades, las empresas mineras y los gobiernos centrales, que ha demostrado ser clave para la eficacia de los esfuerzos para lograr el desarrollo sostenible.

En Ese sentido, se propone que el gobierno central desempeñe un papel activo en el trabajo con las autoridades locales, disminuyendo las asimetrías de información que suelen estar en poder de las empresas mineras. Así mismo, a través de los acuerdos tripartitos, facilitar la inclusión de cuotas de empleo con mano de obra local, la realización de programas especiales de formación técnica, desarrollo de capacidades empresariales, entre otras labores que derive en arreglos económicos sin perdedores. De esta manera, la relación con las comunidades locales no se centra solo en los temas ambientales, sino que también incorpora los aspectos de desarrollo socioeconómico y cultural (Castillo, 2014, p. 140-141).

En cuanto a la Consulta Previa como derecho fundamental de las comunidades étnicas definido en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT y reconocido por la Corte Constitucional, resulta necesario que el gobierno regule claramente el procedimiento, las instancias de participación y consecuencias en casos de falta de concertación; lo cual solo tendrá efecto siempre y cuando el Gobierno, las empresas, los medios y los ciudadanos aborden la consulta previa desde una perspectiva mejor informada, para que sus apreciaciones sean más constructivas y más respetuosas de las distintas visiones del desarrollo (Miranda, 2014, p. 150).

Así mismo, resulta fundamental tener en cuenta las siguientes recomendaciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia T-769 de 2009, en torno a la Consulta Previa:

La institución de la consulta previa a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

Se busca así, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptarse, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

4. La actuación decisiva del titular minero o inversionista

Hasta ahora, se han definido de forma clara los deberes y obligaciones del Estado que se deberían implementar como presupuesto para garantizar la materialización de los principios de

seguridad jurídica y colaboración armónica en el desarrollo de los proyectos mineros. Sin embargo, los titulares mineros también juegan un papel muy importante para que tal objetivo se haga efectivo.

A ellos corresponde exclusivamente la responsabilidad de “desarrollar los protocolos, procedimientos y actividades necesarias para garantizar la obtención de licencia social y ambiental para operar” (Herrera, 2016, p. 379), y de adelantar las actividades necesarias y diligentes para prever todos los inconvenientes que se pueden presentar en la ejecución de su proyecto. Por ello, no solo resulta útil que tengan conocimiento de cuáles son los impedimentos o problemáticas más comunes que pueden representar un obstáculo para los mismos, tal como se reseñaron en este trabajo, sino que además deben realizar actividades tendientes a mitigar dichos riesgos.

En ese sentido se propone:

- 1) Antes de realizar la propuesta de contrato de concesión, el titular minero debería hacer ejercicio de su derecho de petición frente a:
 - La autoridad ambiental correspondiente: donde se solicite información acerca del área sobre la cual se pretende hacer la solicitud de concesión, para que esta informe de forma clara si dicha área hace parte o no de las zonas de especial protección que cuentan con restricciones o prohibiciones y de contar con restricciones, si es posible adelantar la actividad en las mismas con la autorización previa de permisos de carácter ambiental.
 - El Ministerio de Interior y de justicia o el Incoder: para que estos indiquen si sobre el área señala, de la cual se pretende la obtención del contrato de concesión, hay presencia de comunidades étnicas frente a las cuales se deba cumplir con el procedimiento de Consulta Previa y en caso de una respuesta afirmativa, que el Ministerio gestione la Consulta Previa y se encargue de dirigir el proceso de consulta.

Se propone que estos derechos de petición se realicen de forma previa a la consecución del título minero, toda vez que una vez otorgado el contrato de concesión ya surgen obligaciones para el titular minero, como lo son las de pagar el canon superficario y contratar una póliza de responsabilidad minero ambiental, con lo cual

estaría iniciando una inversión riesgosa, en el sentido de que si no cuenta con esa información podría correr el riesgo de perder la inversión si posteriormente se niega la licencia ambiental o se impide la ejecución del proyecto por no haberse cumplido con la consulta previa a las comunidades.

- 2) Antes de realizar la propuesta de contrato, validar con la autoridad municipal, si de acuerdo con los Planes de Ordenamiento Territorial, es posible realizar actividades mineras en el área que se pretende concesionar, evitando así que esto represente un inconveniente posterior.
- 3) Una vez obtenido el título minero, y antes de iniciar con la etapa de exploración, que el titular minero propicie los escenarios de dialogo y debate con las comunidades cercanas al proyecto, en aras de adquirir la licencia social. Para asegurar su obtención, se debe llevar un plan de trabajo muy claro, en el cual se pueda exponer a la comunidad participante, a través de un lenguaje sencillo, la forma en que se llevará a cabo el proyecto con previsión de todas las normas ambientales, la manera en que se van a mitigar los efectos negativos al medio ambiente, y cómo se van a ver ellas beneficiadas a través del mismo⁶¹. Así mismo es necesario escuchar sus necesidades y realizar propuesta de cómo estas podrían satisfacerse. Esto, teniendo en cuenta que, la única forma de garantizar la sostenibilidad de cualquier proyecto es tener la visión de prevenir, reconocer y abordar las preocupaciones de la comunidad.

Al respecto señala Vargas (2014, p. 654) que:

La industria minera genera impactos, expectativas, temores, frustraciones y conflictos tan intensos que en ocasiones suscitan procesos de organización y movilización social y eventualmente se manifiestan en protestas contra las empresas mineras. Para evitarlo las empresas deben: respetar los derechos de las personas y comunidades que habitan en sus áreas de influencia; prevenir, moderar, mitigar y compensar los impactos negativos que se producen en el entorno local; y

⁶¹ Es importante considerar el Artículo 15 del Decreto 2820 de 2010, el cual dispone que: “Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas, y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso”.

mantener relaciones de comunicación, coordinación y cooperación con las administraciones municipales y organizaciones sociales para así identificar de manera temprana los temores, preocupaciones y expectativas de la población.

Aquí es claramente decisivo el poder hacerles entender que la actividad minera puede ejercerse de manera responsable y todos los beneficios que puede traer a la comunidad, como se han expuesto anteriormente, que se resumen se enfocan a la consecución del fin general de mejorar la calidad de vida de los colombianos. Además señalar, con la información que se recaudó con los derechos de petición y con la extraída de los estudios realizados en el Estudio de Impacto Ambiental, que se están respetando los derechos (ambientales y de comunidades) y las normas respectivas. Previendo todo esto, se estaría asegurando en mayor medida la obtención de la licencia social.

En síntesis, se recomienda que todos los actores que interactúen en el desarrollo de los proyectos mineros intervengan para encontrar una solución conjunta, para que con cada una de las propuestas enunciadas en este capítulo se logre garantizar reglas de juego más claras tanto para el sector minero como para la efectiva protección del ambiente, pues si no se toman medidas sobre el escenario actual y si todo los actores no ponen de su parte para tal fin, se estaría condenando al sector a un estado de conflictividad constante tanto por declaratorias de áreas excluibles, así como con los derechos de las comunidades, lo cual generaría mayores riesgos para la seguridad jurídica, para la economía, así como para la conservación del medio ambiente.

REFERENCIAS

Libros

- Álvarez Pinzón, G. L. (2011). *Las áreas protegidas en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Echeverry Uruburu, Á. (2006). La constitución de 1991 y el principio de seguridad jurídica. En *Colombia: Cuadernillos Avances*, 11. (p. 3-15)
- Fiore, P. (2009). *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*. Madrid, España: Editorial Reus.
- Herrera Galvis, C. M. (2016). ¿Cómo entender la participación de las autoridades territoriales en los procesos de ordenamiento minero?. En: Henao, J. & Díaz, S. (Eds.), *Minería y desarrollo (Tomo V: Historia y gobierno del territorio minero)* (p. 375 - 415) Bogotá, Colombia: Universidad. Externado de Colombia.
- Jiménez García, I. del P. (2016). Aspectos ambientales y de comunidades que se deben tener en cuenta en la contratación y titulación minera: dificultades y retos. En: Henao, J. & Montoya, M. (Eds.) *Minería y desarrollo (Tomo 1: aspectos jurídicos de la actividad minera)*. (p. 153 – 187.). Bogotá, Colombia: Universidad. Externado de Colombia.
- Macías Gómez, L. F. (2016). Las licencias ambientales para las actividades mineras: sus antecedentes y régimen actual. En: HENAO PÉREZ, Henao, J. y García Pachón, M. del P. (Eds.). *Minería y desarrollo (Tomo II: Medio ambiente y desarrollo sostenible*. Bogotá). (p. 213 – 249). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Luño, A. E. (2000) Seguridad jurídica: Una garantía del Derecho y la Justicia. En: Garzón Valdés, E. y Laporta J, F. (eds.). *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 15: El derecho y la justicia. (p. 25 – 38) Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Rincón Córdoba, J. I. (2016). La licencia ambiental como presupuesto de la actividad minera: de una clásica actividad de policía administrativa a una novedosa forma de gestionar riesgos. En: Henao, J. & García, M. (Eds.), *Minería y desarrollo (Tomo II: Medio ambiente y desarrollo sostenible)*. Bogotá, Colombia: Universidad. Externado de Colombia.

- Rincón Salcedo, J. G. (2011). De la discrecionalidad, la estabilidad jurídica y la eficiencia en la gestión de los recursos humanos. El caso de las fuerzas militares colombianas. En Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. I Congreso del Doctorado en Ciencias Jurídicas (p. 33-58). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Robledo Silva, P. (2016). Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera. En: Henao, J. & Díaz, S. (Eds.) Minería y desarrollo (Tomo V: Historia y gobierno del territorio minero). Bogotá, Colombia: Universidad. Externado de Colombia.
- Rubano Lapara, M. (2010) Estudios de Derecho Público, el Principio de Separación de Poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público. Chile: Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Santaella Quintero, H. (2016). Un territorio y tres modelos de gestión: análisis de la necesidad de armonizar y constitucionalizar las competencias urbanísticas, ambientales y mineras sobre el territorio. En: Henao, J. & Díaz, S. (Eds.) Minería y desarrollo (Tomo V: Historia y gobierno del territorio minero) (p. 165-225). Bogotá, Colombia: Universidad. Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez, J. E. (2016) Naturaleza y formación de la concesión minera. En: Henao Pérez, J. C. y Montoya Pardo, M. F. (Eds.). Minería y desarrollo, (Tomo 1: aspectos jurídicos de la actividad minera). (p. 59 – 86) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vanossi, J. R. (1987). El estado de derecho en el constitucionalismo social.

Libros electrónicos

- Hillón, Y. (2014). La participación en conflictos socioambientales: la paradoja institucional colombiana. En: Eslava, A. (Ed.). Oro Como Fortuna: Instituciones, capital social y gobernanza de la minería aurífera colombiana. (p. 409-448) Medellín: Universidad EAFIT y Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias. Recuperado de <https://bit.ly/2v4nNrB>

- Galeano rey, J.P. (2010) Minería y Medio Ambiente en Colombia – la Nueva Regulación del 2010. Recuperado de: <https://bit.ly/2HkpvXY>.
- Güiza, L. y Rodríguez, C. (2015). El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera, Bogotá. 131 h. Universitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.patd>.
- Gómez Bautista, J.P. (2013). La minería y los principios de precaución y prevención en las políticas públicas ambientales en el Eje Cafetero. Recuperado de <https://bit.ly/2Iz8NU8>.
- Negrete Montes, R. E. (2013). Derechos, minería y conflictos. Aspectos normativos; En: Garay salamanca, L.J. (Ed). Minería en Colombia: fundamentos para superar el modelo extractivista. (p. 23-50) Bogotá, Colombia: Contraloría General de la República. Recuperado de: <https://bit.ly/2qiPxTp>
- Pardo Becerra, L. Á. (2013). Propuestas para recuperar la gobernanza del sector minero colombiano; En: Garay salamanca, L.J. (Ed). Minería en Colombia: fundamentos para superar el modelo extractivista. (p. 175-209) Bogotá, Colombia: Contraloría General de la República. Recuperado de: <https://bit.ly/2qiPxTp>.
- Poveda Aguirre, E. (2013) La normativa minera tras la caída de la Ley 1382: más dudas que certezas. Recuperado de: <https://bit.ly/2H9r7q6>.
- Rodríguez Becerra, M. (1994). El Ministerio del Ambiente: Génesis, estructura y proyecciones. En: Rodríguez Becerra, Manuel (Ed). La política ambiental del fin de siglo: Una agenda para Colombia. (p. 44-92). Bogotá, Colombia: CEREC. Recuperado de: <https://bit.ly/2EbvvaY>.
- Rubiano Galvis, S. (2012) La regulación ambiental y social de la minería en Colombia: Comentarios al proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Recuperado de <https://bit.ly/1kcpCQo>.
- Rudas Lleras, G. y Espitia Zamora, J. E. (2013). Participación del Estado y la sociedad en la renta minera; En: Garay salamanca, L.J. (Ed). Minería en Colombia: fundamentos para superar el modelo extractivista. (p. 125-174) Bogotá, Colombia: Contraloría General de la República. Recuperado de: <https://bit.ly/2qf8IhO>.

Vargas Valencia, F. (2013). Minería, conflicto armado y despojo de tierras: Impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas; En: Garay salamanca, L.J. (Ed). Minería en Colombia: fundamentos para superar el modelo extractivista. (p. 57-87) Bogotá, Colombia: Contraloría General de la República. Recuperado de: <https://bit.ly/2qf8lhO>.

Artículos de Revista en línea

Aguilar Taimal, L. A. (2008). Principios de derecho ambiental en Colombia. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, n.1, volumen (3), (p. 172 – 190). Recuperado de <https://bit.ly/2qfaqj5>.

Amaya, L. (2016). La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se Desprenden de la nueva postura. Revista Nova et Vetera, volumen (2), edición (16). Recuperado de <https://bit.ly/2IF21MD>.

Arrázola Jaramillo, F. (2014). El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. Revista de Derecho Público, n. 32, edición (31), (p. 1 – 27). Doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.32.2014.09>.

Banco de la República (2012). Boletín Económico Regional (BER) I Trimestre Marzo 2012. Recuperado de <http://optimus.demodayscript.com/es/node/26480>.

Bravo Arteaga, J. R. (2005). La seguridad jurídica en el derecho tributario colombiano: ideales, valores y principios. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, n. (329). (p. 11 - 41).

Gutiérrez Duarte, M.V., Rodríguez López, Á., y Galván Vallina, J. (2013). Objetivos Y Principios Fundamentales de La Política Ambiental Europea. Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho Volumen VI. Págs. 37-69. Recuperado de <https://bit.ly/2dIIDUS>.

Ramírez Batidas, Y. (2006), Seguridad Jurídica. Revista de la Corte Suprema, n.21, (p. 2 – 5). Recuperado de <https://bit.ly/2IF95ZP>.

Solarte Portilla, M. (2006), Justicia y seguridad jurídica (p. 1). Revista de la Corte Suprema, n. 21, (p. 1 – 72). Recuperado de <https://bit.ly/2IF95ZP>.

Artículos en línea

- Agencia Nacional de Minería (2016). ANM garantiza consulta a alcaldes sobre proyectos mineros. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://bit.ly/2GJhQS3>.
- Departamento Nacional de Planeación. (2014) Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 “Todos por un nuevo país”. Recuperado de <https://bit.ly/1XgdNPd>.
- Ministerio de Minas y Energía (2015). Glosario Técnico Minero. Recuperado de <https://bit.ly/2Hiky1U>.
- Ministerio de Minas y Energía. (2016) Política minera de Colombia: Bases para la minería del futuro. Recuperado de <https://bit.ly/2laFhey>.
- Orduz Salinas, N. (2014). La Consulta Previa En Colombia. Santiago: Instituto de Investigación en Ciencias Sociales udp (ICSO). Recuperado de <https://bit.ly/V8312D>.

Artículos de publicaciones periódicas en línea

- Asociación Colombiana de Minería -ACM- (2018). Desarrollo del Sector Minero Colombiano 2018-2022. Recuperado de <https://bit.ly/2H45aIZ>.
- Fraser Institute. (2018) Annual Survey of Mining Companies 2017. Recuperado de <https://bit.ly/2FWoJ1O>.
- Guajardo, J.C. (2011). Industria minera en Sudamérica situación actual y perspectivas. En: VII Congreso internacional de Minería, petróleo y Energía 2011 (19 de mayo de 2011). Cartagena de Indias, Colombia, Cesco- Centro de Estudios del Cobre y la Minería. Recuperado de <http://www.cinmipetrol.com/pdf/jcguajardo.pdf>

Artículos de prensa en línea

- Conciencia Minera (2013). Los minerales en un teléfono móvil. Recuperado de <https://bit.ly/2x7Jns1>.

- Dinero (2014). Licencias ambientales para exploración minera. (Enero 13 de 2014). Recuperado de <https://bit.ly/2qgr8y0>.
- Dinero (2017). El repunte minero colombiano comienza a atraer inversión. (Marzo 16 de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2nkQURH>.
- El Espectador (2011). Aquí no hay Locomotora Minera. Recuperado de <https://bit.ly/2HhKTx7>.
- El Espectador (2015). 'Títulos mineros aumentaron 1.089%'. Redacción Vivir. (Diciembre 01 de 2015). Recuperado de <https://bit.ly/2GLHIge>.
- El Tiempo (2017). Las consultas mineras y el ejercicio de la soberanía. Por: Jaime Andrés Benítez Cuartas. (Julio 18 de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/2H7GejO>.
- El Tiempo (2017). Por el no a la minería no se recibieron \$226.000 millones de regalías. (Diciembre 31 de 2017) Recuperado de <https://bit.ly/2Eom018>.
- El Nuevo Siglo (2018). Localidades quieren seguir con producción: Las 'batallas' municipales de la minería. Entrevista. (Marzo 21 de 2018) Recuperado de <https://bit.ly/2BUJZ90>.
- El nuevo siglo (2018). Regalías por minería: \$2,1 billones en 2017. (Marzo 24 de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/2v4opNV>.
- Vanguardia (2018). El país contará con catastro minero para transparencia y eficiencia de los procesos. Por: Redacción Economía. (Marzo 06 de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/2GG6BxI>.
- Semana Sostenible (2016). El fracaso de Santurbán. (Abril 09 de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/1oQCS7p>.
- Semana Sostenible (2018). Así está Cajamarca luego de su 'no' rotundo a la minería de oro. (Marzo 26 de 2018) por: Esteban Montaña Vásquez. Recuperado de <https://bit.ly/2us7YKO>.

Tesis de Grado

- Carvajal Londoño, A. M. y Sánchez Zapata, S. (2017). Competencia Ambiental Especializada: ¿Inviabile o Pertinente? 131h (Tesis de Grado), [CD-ROM]. Universidad EAFIT. Escuela de Derecho, Medellín.

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. (Tesis de Maestría). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Derecho, Bogotá D.C. Recuperado de <https://bit.ly/2HIGUiY>.

Lizarazo Arias, G. R. (2014) El Principio de Colaboración Armónica, Ópticas, Problemática y Posibles Soluciones a los Conflictos. Bogotá, 208 h. (Tesis de Maestría). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá D.C. Recuperado de <https://bit.ly/2Ewm11w>.

Fuentes en CDs

Benavides, J. (2014) La minería en Colombia: principales problemas y hoja de ruta para eliminar cuellos de botella. En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 31 - 56) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme).

Castillo, O. (2014). El sector minero colombiano en el futuro: potencial y competitividad por mineral, transformaciones y encadenamientos productivos. En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 69 - 102) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme).

Escobar, A. y Martínez Beltrán, H. (2014). El sector minero colombiano actual. En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 31 - 56) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme).

Miranda Miranda, O.F. (2014) Las leyes, regulaciones y normas mineras. En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 133 - 167) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro

- Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme).
- Pinilla Urzola, A. (2014). Responsabilidad social de la minería en Colombia. En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 461 - 492) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme).
- Ponce Muriel, A. (2014). Instituciones, capacidades y competencias del sector minero. En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 103 - 132) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme).
- Vargas, G. A. (2014). Industria minera y comunidades en Colombia: problemas y recomendaciones. . En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 631 - 658) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme).

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 496. (C.P. Javier Henao Hidron: marzo 17 de 1993).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1637. (C.P. Enrique José Arboleda Perdomo: mayo 12 de 2005).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado No. 0700123310002005. (Abril 16 de 2007).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A. Rad. 110010326000201300162 (49.150). (C.P. Hernán Andrade Rincón: septiembre 3 de 2014).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera. Rad. 11001 0324 000 2015 00163 00. (C.P Guillermo Vargas Ayala: junio 25 de 2015).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Rad. 110010326000201400156 (52506)A. (C.P Jaime Orlando Santofimio: Auto del 20 de abril de 2016).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Rad. 110010326000201400156 (52506). (C.P Jaime Orlando Santofimio: Sentencia del 22 de junio de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Marzo 18 de 1992).

Corte Constitucional. Sentencia T-251 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: junio 30 de 1993).

Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón: enero 14 de 1993).

Corte Constitucional. Sentencia C-534 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz: octubre 16 de 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Octubre 16 de 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Abril 01 de 1998).

Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 2002, (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: febrero 26 de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería: mayo 07 de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería: octubre 22 de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: julio 08 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: febrero 26 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: marzo 04 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia C-703 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: septiembre 06 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia T-1045A de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: diciembre 14 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: marzo 03 de 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011(M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: mayo 11 de 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: abril 18 de 2012).

Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 2012 (M.P. José Ignacio Pretetl Chalhub: julio 18 de 2012).

Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos: marzo 05 de 2014).

Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo: mayo 13 de 2015).

Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz: febrero 08 de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: mayo 25 de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia C-298 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos: junio 08 de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2016 (M.P. María Victoria Calle: julio 27 de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia SU-133 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: febrero 28 de 2017).

Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos: mayo 30 de 2017).

Normas

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 58 de 1993. Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Medio Ambiente y Recursos Naturales. Ponentes: Guillermo Perry, Ivan Marulanda, Jaime Benitez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas, Guillermo Guerrero. Abril 24 de 1991.

Congreso de la República, Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. Diciembre 22 de 1993. DO. N° 41.146.

Congreso de la República, Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 1998. DO. N° 43.464.

Congreso de la República de Colombia. Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Septiembre 08 de 2001. DO. N° 44545

Constitución política de Colombia [Const.] (1991).

Congreso de la República de Colombia. Ponencia para primer debate al proyecto de ley 127 de 2000 cámara. Por la cual se expide el Código de Minas. Mayo 22 de 2001. Gaceta del Congreso N° 238.

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley número 269 de 2000 Senado. Mediante la cual se expide el Código de Minas. Abril 14 de 2002. Gaceta del Congreso N° 113.

Congreso de la República de Colombia. Ponencia para primer debate a los Proyectos de Ley acumulados 010 y 042 de 2007 Senado. Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas. Gaceta del Congreso N° 493.

Ministerio de Minas y Energía. Decreto 1073 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía. Mayo 26 de 2015. DO. N° 49523.

Ministerio de Minas y Energía. Resolución 40391 de 2016. Por la cual se adopta la Política Minera Nacional. Abril 23 de 2016. DO. N° 49.853.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), (1989). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. ISBN 978-92-2-322581-0. Recuperado de <https://bit.ly/2BcZzfR>.

APÉNDICE

Tabla 1

Integración Del Sector Administrativo De Minas Y Medio Ambiente

| Entidades administrativas del sector minero | |
|--|---|
| Entidad | Observaciones |
| Ministerio de Minas y Energía | <p>Es la Autoridad minera Colombiana. Objetivo: formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas, planes y programas del sector de minas y energía.</p> <p>Las funciones se encuentran definidas en:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Constitución Política, • en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, y • en las demás disposiciones legales vigentes. <p>Decreto 0381 de 16 de febrero de 2012, modificó la estructura del Ministerio de Minas y Energía (cambiando la estructura que traía dicha entidad desde el Decreto No. 1141 de 1999) y determinó que el Viceministerio de Minas estaría conformado por:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Dirección de Minería Empresarial y • La Dirección de Formalización Minera. |
| Agencia Nacional de Minería (ANM) | <p>Entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía. Creada mediante Decreto 4134 del 3 de noviembre de 2011.</p> <p>Objeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, • promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros, de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran. • Así mismo, debe hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo, cuando sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la Ley 281. |

| | |
|---|---|
| | <p>Es la ejecutora de la política y la responsable de los procesos de titulación, registro, asistencia técnica, fomento, promoción y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos y solicitudes de áreas mineras. Además, es la encargada de administrar el Catastro Minero y del Registro Minero Nacional. (Resolución 40391 de 2016 - Nueva política minera en Colombia).</p> <p>La Agencia Nacional de Minería es:</p> <ul style="list-style-type: none"> • de naturaleza especial, • del sector descentralizado de la rama ejecutiva del Orden Nacional, • con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera. |
| <p>Servicio Geológico Colombiano (SGC)</p> | <p>Mediante Decreto 4131 de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Geología y Minería INGEOMINAS.</p> <p>Realiza la investigación científica del potencial de recursos del subsuelo del territorio nacional de acuerdo con las políticas del Ministerio de Minas y Energía (Decreto 4131 del 3 de noviembre de 2011 y Resolución 40391 de 2016). En ese sentido, el SGC actualiza el mapa geológico colombiano, caracteriza las zonas de mayor potencial de recursos del subsuelo, adelanta programas de reconocimiento, prospección y exploración del territorio nacional, compila, valida, almacena y suministra en forma automatizada y estandarizada los datos y la información del subsuelo y entrega información a la UPME para los estudios de planeación sobre su aprovechamiento.</p> |
| <p>Unidad de Planeación Minero Energética UPME</p> | <p>Mediante Decreto 2119 del 29 de diciembre de 1992, se transformó a la Comisión Nacional de Energía en la Unidad de Planeación Minero Energética – (UPME), dándole la calidad de Organismo con carácter de Unidad Administrativa Especial.</p> <p>Con la promulgación de la Ley 143 de 1994, se complementó lo relacionado a la naturaleza jurídica, funciones, autonomía, funcionamiento, recursos presupuestales y régimen de personal.</p> <p>La Ley 143 de 1994 en el artículo 13, establece que se organizará como Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con patrimonio propio y personería jurídica, y con regímenes especiales en materia de contratación y administración de personal, de salarios y de prestaciones, y con autonomía presupuestal.</p> <p>Es la encargada de la planeación integral, indicativa y permanente del desarrollo sectorial y responsable de la producción y divulgación de la información requerida por los actores del sector para la toma de decisiones y la formulación de política (Decreto 1258 del 17 de</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>junio de 2013, y Resolución 40391 de 2016). Además, determina los precios de referencia para la liquidación de regalías y, por delegación, administra el Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO). (Ministerio de Minas y Energía, 2016, p. 12)</p> |
| <p>Gobernaciones de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander</p> | <p>En ocasiones, se ha delegado en estas, funciones de fiscalización.</p> <p>Un ejemplo de esto se presentó: mediante Resolución No. 18 2306 del 22 de diciembre de 2011, artículo 2, la cual prorrogó en las gobernaciones entre otras Bolívar, Boyacá, Cesar, Caldas y Norte de Santander la función de Fiscalización, desde el 1° de enero de 2012 hasta el vencimiento del décimo (10) día hábil siguiente a la fecha en que se firmara el respectivo convenio de delegación entre el Ministerio de Minas y Energía y el Servicio Geológico Colombiano, entiéndase hoy Agencia Nacional de Minería.</p> <p>El citado convenio se suscribió el 10 de septiembre de 2012, entre el Ministerio de Minas y la Agencia Nacional de Minería; en consecuencia y aplicación de la Resolución 18 2306 artículo 2 y 6 la Agencia Nacional de Minería asumió la función de fiscalización a partir del 25 de septiembre de 2012. La función de fiscalización que ejercían las Gobernaciones de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander se delegó en la Agencia Nacional de Minería Resoluciones 182306 del 22 de diciembre de 2011 y 181016 del 28 de junio de 2002. Cabe precisar que mediante Resolución No. 18 1492 del 30 de agosto de 2012 se modificó la Resolución No. 18 1016, en el sentido de delegar la función de fiscalización de los títulos mineros en jurisdicción del departamento en dicho ente territorial.</p> |
| <p>Alcaldías municipales</p> | <p>La Ley 685 de 2001, establece la obligación de adelantar unas funciones mineras a los alcaldes municipales, por ejemplo con la fijación de las servidumbres mineras, amparos administrativos por extracción ilegal y cierres de explotaciones ilícitas.</p> |
| <p>Entidades administrativas del sector del medio ambiente con competencias sobre la actividad minera</p> | |
| <p>Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible</p> | <p>Es el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables.</p> <p>Encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, sin perjuicio de las funciones asignadas a otros sectores. (Decreto 3570).</p> |

| | |
|--|--|
| <p>Las corporaciones autónomas regionales (CAR)</p> | <p>Creadas por la Ley 99 de 1993, son la máxima autoridad ambiental en las regiones y como tal son las responsables de la administración, uso sostenible, protección y control de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.</p> <p>En otras palabras, deben responder por la instrumentación de las políticas, planes, programas, proyectos y normas expedidos por el Ministerio. Estarán dotadas de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, y se encargarán de administrar, dentro de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables, y de promover su desarrollo sostenible.</p> <p>Para el cumplimiento de sus objetivos la Ley les atribuye funciones en las áreas de planeación, políticas, administración, regulación, coordinación, control, participación, policía e investigación. Están subordinadas al Ministerio de Medio Ambiente (Becerra, 1994, p. 25).</p> |
| <p>Las entidades territoriales</p> | <p>Son las encargadas de formular sus planes de desarrollo ambiental, programas y proyectos en materia de protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables.</p> <p>Estas deben ser asesoradas por las CAR de manera que aseguren la armonía y coherencia de las políticas y acciones adoptadas por las distintas entidades territoriales" (numeral 4, artículo 5o. Ley 99 de 1993).</p> <p>Los municipios tienen la responsabilidad de propender a la preservación de su patrimonio ecológico y de ejecutar todas las acciones relacionadas con el saneamiento básico.</p> <p>Con el objeto de asegurar el interés colectivo en un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, y de garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la Nación, las entidades territoriales se sujetarán a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario (artículo 63 Ley 99 de 1993).</p> |
| <p>El Consejo Nacional Ambiental</p> | <p>El Ministerio, como cabeza del Sistema Nacional Ambiental (SINA), que reúne las orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones, dispondrá de unos organismos de coordinación, concertación y asesoría, como el Consejo Nacional Ambiental. Este tiene el objetivo de asegurar una coordinación intersectorial pública y privada de las políticas, planes y programas en materia ambiental y de recursos naturales renovables, con el fin de desarrollar una gestión armónica y evitar inconsistencias, incoherencias, incompatibilidades y duplicidad de funciones entre todos los entes que intervienen en el manejo ambiental, como lo es la autoridad minera.</p> |

| | |
|---|---|
| Consejo Técnico Asesor de Política Ambiental | La universidad con sus investigadores, el sector minero y el de los hidrocarburos, los gremios de la producción industrial y agraria y los expertos del Ministerio de gran experiencia y alto nivel técnico, asesorarán al Ministro sobre la viabilidad ambiental de proyectos de interés nacional, de los sectores público y privado, y sobre la formulación de políticas y la expedición de normas ambientales. (Aquí también cabe la participación ciudadana). |
| Otros actores | En cuanto a la defensa de los derechos ambientales, también intervienen: La Procuraduría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los gobernadores y los alcaldes. Por otro lado, pueden intervenir ocasionalmente en los procesos de titulación minera: El Ministerio del Interior y de Justicia, La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Infraestructura. Entre otros. |

***Fuente:** De creación propia⁶².

Nota: El Ministerio del Medio Ambiente y las corporaciones autónomas regionales, además de los departamentos, municipios y distritos con régimen constitucional especial, quedan investidos, a prevención de las demás autoridades competentes, de funciones policivas para la imposición y ejecución de las medidas de policía, multas y sanciones establecidas por la ley (...) Cuando ocurriese violación de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo de recursos naturales renovables, el Ministerio del Medio Ambiente o las corporaciones autónomas regionales impondrán las sanciones previstas. (Art. 83 y 84 Ley 99/93).

⁶² Con recolección de información de la página web del Ministerio de Minas y Energía y del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y demás fuentes citadas en el desarrollo de la tabla.