

STEFANIA OYOLA MERCADO

**AUTONOMÍA Y GOBERNANZA EN LOS TERRITORIOS MINEROS DE
COLOMBIA**

**(Maestría en Derecho de Estado con énfasis en Gobierno y Desarrollo
de las Entidades Territoriales)**

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2021

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

**Maestría en Derecho de Estado con énfasis en Gobierno y Desarrollo
de las Entidades Territoriales**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Decano Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Secretaria General: Dra. Martha Inestrosa Rey

Director Departamento de Derecho Administrativo: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de tesis: Dr. Johann Dilak Julio Estrada

**Examinadores: Dr. Héctor Santella Quintero
Dr. Samuel Baena Carrillo**

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	5
I. AUTONOMÍA Y GOBERNANZA MUNICIPAL EN COLOMBIA DESDE EL CONTEXTO MINERO	7
A. Una aproximación doctrinaria al principio de autonomía municipal	8
B. La gobernanza municipal un término en pleno desarrollo	14
C. Los territorios mineros de Colombia entre la autonomía y la gobernanza	18
II. DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE CARA A LA AUTONOMÍA TERRITORIAL EN EL CONTEXTO MINERO	25
A. Institucionalidad y marco legal de la minería en Colombia	25
1. Un acercamiento a la institucionalidad del sector minero en Colombia	26
2. Marco legal del sector minero en Colombia	29
B. Una visión jurisprudencial de la autonomía y gobernanza en la actividad minera	30
CONCLUSIONES	40
REFERENCIAS	43

RESUMEN

La autonomía, como parte fundamental del ordenamiento territorial, no puede continuar siendo vista como la disposición del uso del suelo en un municipio determinado. Este término debe de ir más allá y comprender aspectos como la gobernanza, que fija los parámetros de crecimiento del municipio. La discusión se centra en las contradicciones que genera la estructura territorial, frente a la autonomía que tienen o no las autoridades locales cuando media un proyecto minero. Este artículo monográfico tiene como objetivo analizar la autonomía y gobernanza en los territorios mineros de Colombia.

En el primer apartado, aborda el principio de autonomía municipal partiendo del artículo 287 de la Constitución Política, seguido del concepto de gobernanza y cerrando con la injerencia de los dos términos en los territorios mineros del país.

En el segundo, se hace referencia a la institucionalidad del sector minero en Colombia, la revisión normativa y jurisprudencial teniendo en cuenta las sentencias C – 123 de 2014, T – 445 de 2016 y SU – 095 de 2018 de la Corte Constitucional. La propuesta metodológica se centra en un estudio explicativo con una técnica documental. Una de las conclusiones a las que se llega, hace referencia a que los términos autonomía y gobernanza aún siguen en un proceso de construcción, que exigen una mayor claridad, concreción y rigurosidad, cuando se trata de un proyecto minero.

Palabras clave: Autonomía, gobernanza, municipalidad y minería.

INTRODUCCIÓN

La autonomía y gobernanza siguen siendo temas de actualidad en el país y más aún si éstos se centran en el contexto minero. La autonomía como parte fundamental del ordenamiento territorial, no puede continuar siendo vista como la disposición del uso del suelo en un municipio determinado; este término debe de ir más allá y comprender aspectos como la gobernanza que fija los parámetros de crecimiento del municipio. Así, frente a la autonomía y gobernanza, se originan una serie de disertaciones que se analizan desde la doctrina, normativa y pronunciamientos jurisprudenciales para establecer si estos términos han logrado posicionarse en los municipios de Colombia.

Desde esta perspectiva, la discusión se centra en la problemática que generan las contradicciones en la estructura territorial, frente a la autonomía o no que tienen las autoridades locales, cuando media un proyecto minero y la estrecha relación de ésta con la gobernanza. Las disertaciones frente al tema permiten establecer el siguiente interrogante: *¿se puede hablar en el Estado colombiano de autonomía y gobernanza en los territorios mineros?* Planteamiento que deja claro que aún existe un vacío que permite la discusión constante en saber si la intervención del Estado en los territorios mineros atiende el principio de autonomía, particularmente cuando se trata de una consulta popular. En este contexto, el presente artículo monográfico tiene como objetivo analizar la autonomía y gobernanza en los territorios mineros de Colombia.

Con lo señalado, se propone la siguiente hipótesis de trabajo: Si teniendo en cuenta que la autonomía territorial ha sido avalada por vía constitucional, legal y jurisprudencial, cómo se comprende que ésta tenga límites cuando

se trata de un proyecto minero y que a su vez afecte la gobernanza de los municipios con tradición minera. Tanto el objetivo como la hipótesis se abordan desde la conceptualización de la autonomía territorial que permite fijar los parámetros de discusión orientados a la minería.

Así, la autonomía ha sido entendida como “uno de los grandes aciertos de la Constitución Política de 1991 que consagró como principio fundamental la autonomía de las entidades territoriales. Entendiendo que el municipio ha llegado a la mayoría de edad y no cabe desconocer su legítimo derecho al autogobierno”¹; sin embargo, la norma, los gobiernos y la jurisprudencia no les han permitido optimizar el estatus de autonomía y más aún cuando se trata de proyectos y consultas mineras.

Para reflejar lo señalado, este artículo monográfico, en su primera parte, realiza una aproximación doctrinaria al principio de autonomía municipal, esto con el fin de comprender cómo ha sido concebido el tema en el contexto colombiano, cuál ha sido su alcance e interpretación, partiendo del artículo 287 de la Constitución Política, seguido del concepto de gobernanza y culminando con la interacción de los dos términos en los territorios mineros del país. En la segunda se realiza un acercamiento a la institucionalidad del sector minero en Colombia, posteriormente se efectúa la revisión normativa y jurisprudencial en la que se destaca la importancia de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en las sentencias C – 123 de 2014, T – 445 de 2016 y SU – 095 de 2018.

Los aspectos antes señalados, se desarrollan a través de un diseño

¹ HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. El ordenamiento territorial colombiano más allá de la Constitución de 1991. Serie documentos de trabajo, No. 55. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2015. p. 13.

metodológico que parte de un estudio explicativo, el cual va más allá de la descripción de conceptos, fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos. El estudio explicativo se acompaña con una técnica de análisis documental que permitió la revisión de libros, revistas e informes referidos a la autonomía territorial, gobernanza y el sector minero; también ofrece la oportunidad de revisar la jurisprudencia escogida para el análisis de la autonomía territorial en los municipios con tradición minera cuando media una consulta popular.

I. AUTONOMÍA Y GOBERNANZA MUNICIPAL EN COLOMBIA DESDE EL CONTEXTO MINERO

Los temas que se abordan en el presente capítulo se orientan a establecer el alcance de la autonomía y gobernanza municipal, desde su acepción más amplia para comprender la trascendencia de cada uno de estos términos en el gobierno municipal, para contextualizarlo en el sector minero de Colombia. Partiendo del hecho que uno de los grandes retos de la minería es “su relación con la gobernabilidad y gobernanza, en el entendido, que un mercado desregulado de minerales y energías traspasa fronteras morales, legales y políticas y arrasa con el medio ambiente”²; lo anterior con respecto a los recursos naturales no renovables (RNNR), de los cuales son garantes cada una de las autoridades nacionales, territoriales y locales, en el sentido de que estos son los que establecen las regulaciones pertinentes para las extracciones mineras.

² CANTE MALDONADO, Freddy y TRUJILLO PAREDES, Luisa. Posibilidades de gobernabilidad y gobernanza en distintos tipos de minería. Opera. No. 14, enero – junio. 2014.Pp. 27 – 45.

Así, el objetivo del presente capítulo es revisar el nivel de autonomía y gobernanza que tienen los municipios mineros de Colombia, con relación a todos aquellos aspectos que emergen con la entrada de grandes multinacionales mineras a sus territorios, quienes llegan como dueñas de estos; lo anterior partiendo de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política que indica la importancia de la autonomía de las entidades territoriales como pilares “fundamentales de su estructura político-institucional y territorial”³.

A. Una aproximación doctrinaria al principio de autonomía municipal

Los presupuestos que giran en torno a la autonomía municipal tienen diferentes vertientes y concepciones que hacen del término algo complejo de definir y comprender, así, nos “topamos con un primer gran inconveniente, la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de su estudio la define como un concepto polivalente, con distintos usos y significados”⁴. La autonomía hace referencia al concepto de organización política, administrativa, económica y territorial inherente a la modificación sustancial en la comprensión del Estado moderno, sustentado en estructuras mono – culturales e instituciones centralistas. En este sentido, este concepto se relaciona estrechamente con los conceptos de libre determinación o autodeterminación y autogobierno.

Este término se afianza con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 que introdujo la autonomía de los entes territoriales como principio fundamental del Estado. “Esta innovación constitucional ha llevado

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá, D.C. 2019. Artículo 1.

⁴ ROBLEDO SILVA, Paula. Hacia la construcción de un concepto de autonomía territorial en la Constitución colombiana. Revista Derecho del Estado. No 18, junio. 2006. Pp. 127 – 152.

necesariamente a un replanteamiento del ordenamiento territorial colombiano y de las relaciones entre el poder central y las distintas entidades territoriales”⁵ que con el paso del tiempo ha ido logrando afianzar más el término desde sus diferentes concepciones. Entendiendo que ésta no solo se puede abordar como un concepto ligado a la potestad de autorregulación ya sea con normas locales, departamentales o nacionales, sino “como la capacidad de autodirección, autoorientación y autogobierno, tanto política como administrativa, del ente autónomo”⁶.

La autonomía que ocupa al presente artículo es la territorial, debido a que ésta va a permitir el análisis con relación a los territorios mineros en Colombia. La autonomía territorial se afianza con la Constitución Política – CP – de 1991 que consagra dos dimensiones, la primera como la organización del Estado – art. 1° CP – y la segunda como atributo o cualidad de las entidades territoriales – art. 287 CP –.

El artículo 287 de la CP contiene la concreción del principio constitucional de autonomía territorial, ya que lo delimita. Partiendo de este supuesto, “la autonomía consagrada en esta norma debe ser entendida como un atributo o una cualidad que la Constitución otorga a las entidades territoriales; es pues, una posición jurídica, un estatuto de los entes territoriales, que los convierte en autónomos frente a otro sujeto: el Estado central”⁷. Se deduce del artículo constitucional que las entidades territoriales gozarán de autonomía para gestionar su crecimiento, que vendría hacer la primera consecuencia de la autonomía territorial.

⁵ Ibid., p. 127.

⁶ Ibid., p. 130.

⁷ ROBLEDOSILVA, Paula. El panorama territorial colombiana. Revista Derecho del Estado. No. 21, diciembre. 2008. Pp. 177 – 208

Desde esta perspectiva, el crecimiento de los entes territoriales representa los logros que reflejan el bienestar de la comunidad, la estabilidad económica, la seguridad y, en general, todos los aspectos que contribuyan a que la organización territorial, sea municipal o departamental, alinee su realidad con lo propuesto en los planes de ordenamiento territorial o en los planes de desarrollo; sin embargo, debe aclararse que la CP no explica de forma taxativa el alcance del artículo 287, que deja un margen muy amplio al inventario de competencias que la propia Constitución atribuyó a las entidades territoriales. Competencias que en términos generales son abiertas; es decir, potestativas de los entes territoriales aunadas en los eventos que se requiera a los mandatos normativos.

“El alcance de la autonomía va a depender de lo que la Constitución y la ley determinen en relación con los intereses de las entidades territoriales; por lo tanto, se deja un marco de definición prácticamente nulo a las autoridades territoriales en esta materia, lo que sin duda constituye un obstáculo de gran tamaño en el ejercicio de la autonomía territorial”⁸. Es con el desarrollo jurisprudencial que se logra concretar el principio de autonomía territorial como el “núcleo esencial, aquella porción irreductible de autonomía que debe ser respetada por todos los poderes públicos, en especial por el legislador”⁹.

Como complemento de lo señalado, la Corte Constitucional logra comprender el alcance del artículo 288 de la CP que funciona como fórmula de articulación para el ejercicio de las competencias adscritas al poder

⁸ Ibid., p. 190.

⁹ ROBLEDOSILVA, Paula. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera. En: Minería y Desarrollo: Historia y gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 227 – 269.

centralizado y a las autoridades territoriales. La coordinación y concurrencia – art. 288 CP – se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la nación, los municipios y distritos. En este orden de ideas, “partiendo de que la ley no puede omitir el reconocimiento o la atribución de ciertas competencias a las autoridades municipales, la regulación de su titularidad y ejercicio deberá realizarse en el marco de los principios constitucionales que permiten armonizar los distintos niveles competenciales, como los consagrados en el artículo 288 de la Constitución”¹⁰.

Por consiguiente, para ejercer la autonomía territorial, las entidades deben autogobernarse, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus fines; es así, como en el ámbito territorial, el Estado colombiano opta por establecer la autonomía de sus entidades territoriales, como esfuerzos por modernizar su estructura político-administrativa. La autonomía territorial, por tanto, no es un asunto de mera capacidad financiera y de gestión, lo es también de administración transparente y democrática, es decir, de legitimidad social y política frente a los ciudadanos, lo cual lleva implícito una ética pública, el rescate de lo público frente al embate privatizador, nuevas formas de gobernanza territorial, de buen gobierno y la participación de una ciudadanía independiente e informada.

Para desarrollar mejor lo planteado, se hace una breve referencia a los otros tipos de autonomía: política, administrativa y financiera. La autonomía política se comprende como la relación que existe entre la potestad normativa, autogobierno y autoorientación, por medio del gobierno local o departamental. Se debe aclarar que la “orientación política y normativa,

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 123 de 2014.

aunque no son sinónimas, sí guardan una estrecha relación, siendo la segunda elemento esencial de la primera”¹¹.

La autonomía administrativa es la que se orienta al “conjunto de potestades que permiten a los entes territoriales organizar y orientar su funcionamiento de forma autónoma”¹²; así, los entes territoriales dotados de autonomía administrativa son titulares de una potestad normativa secundaria, que significa que pueden producir normas de rango inferior a la ley en sentido estricto – infralegales –. Un claro ejemplo de autonomía administrativa es la facultad que tienen los entes municipales para el manejo de los asuntos de su jurisdicción, tales como la organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades.

La autonomía financiera “se refiere al conjunto de competencias normativas y de potestades administrativas de que gozan los entes públicos para establecer y gestionar un sistema de ingresos y de gastos, que les permita atender los fines y necesidades públicas en sus respectivas jurisdicciones”¹³. La autonomía financiera es fundamental para la autonomía territorial, ya que le permite el desarrollo de los objetivos políticos, sociales, económicos o administrativos, sin importar la fuente de sus ingresos. Cabe señalar que la autonomía financiera tiene una doble connotación; la primera referida a la potestad que le ofrece a la administración municipal para tomar las decisiones en la materia; la segunda el límite a la actuación de la administración, debido a que ésta no podrá efectuar gastos por sumas

¹¹ ROBLEDO SILVA, Paula. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera. Óp. Cit., p. 239.

¹² Ibid., p. 241

¹³ Ibid., p. 242

superiores a las previstas en el presupuesto, teniendo en cuenta el periodo fiscal.

Para comprender el alcance de lo señalado, es pertinente cuestionarse sobre ¿cuál es el alcance de la autonomía territorial en el funcionamiento de los municipios? Para dar respuesta, se debe partir de lo dispuesto en la CP de 1991 la cual no estableció las competencias para el poder central y tampoco lo hizo para las entidades territoriales.

La comprensión de éstas obedece a la interpretación que el legislador ha hecho del articulado constitucional. De esta forma, se configuran las competencias orientadas al poder central, como son las dispuestas en las tres ramas del poder público. La rama ejecutiva en cabeza del presidente de la República como jefe de Estado, gobierno y suprema autoridad administrativa; y representante de la unidad nacional – art. 188 y 189 CP –; sin embargo, los entes municipales se gobiernan por autoridades propias, significa que la función ejecutiva se ejerce con autonomía desde lo local, teniendo como excepción el manejo del orden público que está sometido a las políticas, órdenes e instrucciones del presidente de la República – art. 296 CP –.

La función legislativa representada por el Congreso de la República – art. 114 y 150 CP – y la función judicial – art. 228 CP – atribuida al nivel central, con excepción de los territorios indígenas – art. 246 CP – se desconcentra territorialmente para ser ejercida en el ámbito local. Teniendo claridad en las competencias del gobierno central, es necesario establecer las competencias de las entidades territoriales. Así, el artículo 287 de la CP ya referenciado indica los derechos de los entes territoriales y, de otra parte,

los artículos 297 a 310 indica las competencias de los departamentos y los artículos 311 a 320 las de los municipios.

Analizando lo establecido por la CP, se aprecia que existe un vacío en lo referente a las competencias del orden territorial, que lleva a la necesidad de fijar unas competencias propias diferentes a las que por deducción se han sacado de la CP, a través de leyes ordinarias que fije un régimen de competencias que afiance la autonomía en todo su contexto y, por último, “distribuir competencias, en el sentido de ámbitos materiales de las mismas, entre el nivel nacional y el nivel territorial, a fin, entre otras cosas, de dotar de seguridad jurídica al operador jurídico y de límites al legislador ordinario que constantemente, y cada vez más, vacía de contenido el principio de autonomía de las entidades territoriales”¹⁴.

Finalmente, el desarrollo del principio de autonomía nos va a servir, por una parte como fundamento para comprender, si este aplica o no en los municipios mineros de Colombia, cuando éstos son explotados por grandes multinacionales que llegan a los territorios como dueñas absolutas; y por otra parte, comprender si de alguna manera se ha logrado un avance en lo que a gobernanza se refiere, entendida ésta como un proceso de dirección social mediante el cual el gobierno municipal tiene la capacidad de tomar decisiones que beneficien a la comunidad.

B. La gobernanza municipal un término en pleno desarrollo

La gobernanza en Colombia es de reciente aparición, le anteceden los debates suscitados en torno a los problemas de la gobernabilidad sobre el papel del Estado en su rol proteccionista, que reflejó las diferencias en el

¹⁴ Ibid., p. 251

seno de la sociedad colombiana sobre la dirección del Estado en la economía. En esa disyuntiva, la liberalización de la economía fue el centro de atención bajo el cual se impone un nuevo modelo opuesto al Estado proteccionista; en este contexto, surge la corriente de la nueva gestión pública, que bajo los fundamentos de costo – eficiencia sentó las bases para desarrollar un modelo gerencial de gobierno, que poco a poco se fue imponiendo y se denominó gobernanza.

De esta forma, para comprender el concepto de gobernanza y su incidencia en el ámbito local, se hace una breve aproximación a la gobernabilidad, entendida ésta por Pedraza como “la capacidad del gobierno de ejercer de manera efectiva y estable su mandato; ejercicio de gobierno que debe desarrollar prácticas de diálogo y tejer mecanismos de encuentro con la sociedad con el fin de alcanzar relaciones adecuadas con los distintos actores, así como crecimiento económico, equidad y participación ciudadana”¹⁵; también se ha comprendido como la capacidad de respuesta del gobierno a las exigencias ciudadanas en pro de alcanzar metas en temas de desarrollo.

Desde otro punto de vista, Calvo, Pérez y Romero manifiestan que la gobernanza es la intervención de diversos actores, en un contexto actual marcado por la descentralización y la globalización, en donde se reúnen para tomar decisiones en la resolución de conflictos de tipo colectivo, enfatizando los autores en: “los elementos centrales como son los procesos de participación multiactor, la coordinación entre sector público y privado, y la generación de alianzas, en tres perspectivas: aspecto central en la modelación del desarrollo territorial; variable de análisis del desarrollo

¹⁵ PEDRAZA BELEÑO, José Adolfo. Gobernabilidad municipal en medio del conflicto armado en Colombia. Ópera. No. 12. 2012. Pp. 131 – 152.

territorial y dinámica estructurante de procesos que aporten a la agenda global de desarrollo plasmada en los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)”¹⁶.

Asimismo, la gobernanza ha sido entendida como “una cualidad propia según la cual sus instituciones de gobierno actúan eficazmente dentro de su espacio de un modo considerado legítimo por la ciudadanía, permitiendo el libre ejercicio de la voluntad política del poder ejecutivo mediante la obediencia cívica del pueblo”¹⁷. Desde esta perspectiva, la gobernabilidad en Colombia debe ser vista no solo en el desempeño del Estado, sino que se debe tener en cuenta la actuación de una serie de actores con recursos de poder que desestabilizan, persuaden u obligan a un gobierno, especialmente local a actuar de una u otra forma. Dentro de las líneas escritas, no se puede ver la gobernabilidad como el accionar de uno solo sino como el encuentro y desencuentro del gobierno y no – gobierno.

También ha sido concebida como “un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación, en donde tiene lugar una interacción entre el Estado y los actores no estatales en el marco de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado”¹⁸.

La gobernanza promueve la generación de un entorno de negocios en las decisiones de política pública; en muchas circunstancias obedece a una promesa de cambio en la forma de gobernar, caracterizado por el giro en la

¹⁶ CALVO, Guillen; PÉREZ HOYOS, Oscar Iván y ROMERO AMAYA, María Claudia. Miradas cruzadas sobre el enfoque territorial de la responsabilidad social, la gobernanza y la sostenibilidad. Ópera. No. 26. 2020. p. 3 – 14.

¹⁷ Ibid., p. 134

¹⁸ BASSOLS RICÁRDEZ, Mario y MÉNDOZA PÉREZ, Cristóbal. Gobernanza: Teoría y prácticas colectivas. México, D.F: Anthropos. 2011. p. 9.

actuación del Estado en la gestión hacia formas horizontales del proceso decisorio; de ahí que exista la necesidad de discutir la relación entre poder y gobernanza. “Dicha relación crea una oportunidad para que la sociedad civil no solo transmita y movilice sus preferencias y preocupaciones individuales y colectivas hacia el aparato estatal, sino que también realice funciones regulatorias y genere nuevos espacios en el debate sobre lo público y lo privado”¹⁹.

Desde esta óptica, la gobernanza entra a debatir en los espacios de poder, algunos de los siguientes temas: 1) como ejercicio de autoridad dentro de los procesos de decisión en el ámbito local; 2) una función social que emerge del desarrollo de las organizaciones cívicas y la colectividad; 3) es el resultado de las interacciones entre gobierno, capital privado y sociedad local en procesos de gobernanza; 4) como parte de un debate, para el caso relacionado con la municipalidad, relacionados con espacios culturales y sociopolíticos en la apropiación y uso del espacio²⁰.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la gobernanza está influenciada por “variables internas y externas a la sociedad en que se desarrolla. Entre las internas se pueden identificar lógicas de interacción propias de la colectividad que corresponden a expresiones culturales. Las externas acogen todo tipo de actores: agentes de gobierno, instituciones, actores armados o actores económicos, entre otros”²¹.

En efecto, la gobernanza supone ante todo un compromiso por superar la precariedad estatal y asume una serie de responsabilidades colectivas orientadas a la transparencia, la responsabilidad fiscal y la pertinencia social

¹⁹ Ibid., p. 10

²⁰ NATERA PERAL, Antonio. Nuevas estructuras y redes de gobernanza. México. Revista Mexicana de Sociología. No. 4 .2005. p. 755-791

²¹ CANTE MALDONADO, Freddy y TRUJILLO PAREDES, Luisa. Óp. Cit., p. 29

del uso de los recursos públicos, para el caso los territorios mineros en los municipios de Colombia.

C. Los territorios mineros de Colombia entre la autonomía y la gobernanza

Con la lectura de los apartados anteriores, se logra evidenciar que tanto la autonomía municipal como la gobernanza, son aspectos del ordenamiento territorial que siguen en un proceso de construcción debido a los intereses del Estado central y las entidades territoriales, que en la actividad minera se agudiza dadas las circunstancias como se ha desarrollado en el país. En apariencia no debería existir ambigüedades con la autonomía, dado que el ordenamiento jurídico es muy claro en cuanto a las competencias que le otorga a la nación y a los entes territoriales en temas mineros.

Dicho de otra forma, “desde cierto punto de vista no habría lugar a problematizar el desarrollo de la actividad minera, adoptando como premisa la claridad de la ley cuando asigna facultades de disposición sobre los recursos que se encuentran en el territorio de los entes locales”²². Básicamente la discusión se zanja en el orden que el Estado colombiano le ha dado a la actividad minera, referida a la política de promoción en “función de indicadores macroeconómicos, regalías, ventajas comparativas e inversión extranjera, principalmente desde una visión de los recursos mineros como materias primas genéricas, habitualmente del interés de los mercados internacionales”²³.

²² ROBLEDO SILVA, Paula. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera. Óp. Cit., p. 251.

²³ ARIAS RESTREPO, Jaime. Las minerías y los territorios en Colombia. Tensiones entre las visiones de desarrollo nacional, local y sectorial. En: Minería y Desarrollo: Historia y

La política de promoción promovida en Colombia para el sector minero ha desencadenado una serie de discusiones que van desde el impacto ambiental, la dependencia económica de las grandes multinacionales, la naturaleza transnacional de las corporaciones mineras y sus capitales financieros, “la baja renta minera los impactos socio – culturales a las formas de vida tradicional de las comunidades locales y los conflictos por las transformaciones en las estructuras productivas generalmente rurales”²⁴.

Circunstancias que obedecen a la forma como se ha entendido la autonomía territorial y la gobernanza. Para entender lo afirmado se debe hacer alusión a la doble connotación que el territorio tiene; la primera orientada al espacio en el que reside una sociedad y su gobierno que obedece a la organización política de éste, es decir, la visión de Estado. De esta forma, “el Estado debe organizar el territorio; espacio en el cual se ejerce el poder político y se administra la sociedad y el Estado”²⁵.

La segunda connotación se centra en la especialización de las relaciones sociales, culturales, políticas y económicas; así, el territorio está ocupado por una población que genera una interrelación con ese espacio, dando lugar a usos y costumbres propias. Los dos enfoques señalados tienen estrecha relación con la actividad minera. Estos consagran gran impacto en los territorios desde el ámbito económico que puede llevar a modificar las

gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 269 – 313.

²⁴ Ibid., p. 270.

²⁵ GÓMEZ MACÍAS, Luís Fernando y SARMIENTO PINZÓN, Janeth Patricia. Derechos territoriales y gobernanza. En: Sentencia T 445 de agosto de 2016. Documento de investigación científica y sociológica respecto a los impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales, en los ecosistemas del territorio colombiano. Colombia: IPMES. 2019. Pp. 156 – 173.

prácticas de usos y los modelos de organización social y cultural que se han organizado en los diferentes municipios mineros.

La presencia de modelos económicos diferentes y avanzados, causan impacto y pueden generar conflictos sin necesidad que sean excluyentes. Al llegar nuevos modelos económicos y grupos sociales necesariamente se origina un conflicto por el uso de dichos recursos, lo cual crea tensiones y luchas, que en ocasiones pueden ser violentas. Una clasificación de tipos de recursos mineros²⁶ permite diferenciar significados sociales y económicos específicos.

Se observa que en los contextos socio – geográficos la actividad minera crea sus propias particularidades como las antes mencionadas, llevando a un constante cambio como resultado de la interacción del mundo natural con el mundo cultural. “Es decir, emergen las relaciones y estructuras de poder y de las estrategias adaptativas de la población a los recursos naturales y las potencialidades y limitaciones de la oferta ambiental lo que hace que cada territorio sea único”²⁷.

De lo considerado se puede decir que el territorio es dinámico, bajo el entendido que no solamente es un espacio geográfico limitado y estático, sino que responde a los procesos derivados en la interrelación surgida entre recursos y la población que lo ocupa.

²⁶ Los tipos de recursos han sido clasificados por Jaime Arias Restrepo en energéticos – carbón y minerales radioactivos –, minerales metálicos – metales preciosos, metales de la industria del acero y metales para la industria electrónica –, y minerales no metálicos – materiales de construcción, minerales industriales, y minerales para la agricultura y la alimentación.

²⁷ GÓMEZ MACÍAS, Luís Fernando y SARMIENTO PINZÓN, Janeth Patricia. Óp. Cit., p. 157.

Con el arribo de las nuevas formas de producción minera – minas de superficie o a cielo abierto, minas subterráneas, pozos de perforación, minería submarina o de dragado, entre otras –, necesariamente alteran y modifican los procesos existentes en los municipios con tradición minera, por lo cual de una u otra forma se hace necesario el análisis de los impactos sobre el desarrollo de los territorios y su autonomía.

Para el análisis se debe partir del artículo 322 de la CP y el artículo 5° del Código de Minas – CM –, teniendo en cuenta que, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos mineros. Es por medio de la Agencia Nacional de Minería y de algunas gobernaciones delegadas, que el Estado autoriza a particulares la explotación de los minerales presentes en el subsuelo al otorgarles concesiones mineras, haciendo claridad que la “propiedad inmueble se divide en propiedad superficiaria y del subsuelo siendo el Estado el propietario de este último y de los recursos naturales no renovables que yacen en él o en la superficie, por lo que hay una reserva expresa sobre estos recursos en cabeza del Estado que involucra la potestad de regular su explotación”²⁸.

De lo señalado, destacamos la prevalencia de la utilidad pública y el interés social de la industria minera, teniendo como fundamento el artículo 13 del CM y el artículo 58 de la CP; dicha prerrogativa le permite al Estado *intervenir* en la propiedad y en los derechos económicos de las municipalidades, cediendo el interés particular. “Esta declaratoria de utilidad pública e interés social de la actividad minera, no solo afecta los derechos económicos individuales de los propietarios del suelo, sino que la privilegia

²⁸ GÜIZA SUAREZ, Leonardo y RODRÍGUEZ BARAJAS, Cristhian. El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera. *Vniversitas*, No. 131, julio – diciembre, 2015. Pp. 323 – 362.

sobre otras actividades. Implica un evidente cambio de uso del suelo, con las consecuentes afectaciones económicas, ambientales, sociales y culturales que pueden traer para el desarrollo de un ente territorial”²⁹.

Bajo estos fundamentos las prerrogativas del Estado sobre la autonomía territorial prevalecen, sin dejar de lado, que la utilidad pública e interés general sobre la actividad minera, no exime al Estado en el deber u obligación de optimizar la vida de los ciudadanos, garantizar el acceso equitativo a los beneficios del desarrollo y preservar el medio ambiente.

Es primordial tener en cuenta que los ciudadanos de los municipios con tradición minera no están atados a la voluntad del Estado en cuanto a la protección de sus derechos fundamentales, de ahí, la importancia de la participación ciudadana como garante de estos derechos; debido a que ésta abre la posibilidad de ser parte en la vida social y política como miembros de la colectividad, sujetos de derechos y deberes que deben ser ejercidos sin ninguna clase de perjuicios. Para tal fin, los ciudadanos pueden hacer uso de las herramientas ofrecidas por vía constitucional y legal, que permite, entre otras cosas, impedir y controlar el abuso del poder político y económico.

Es claro que “cualquier operación minera de exploración o explotación que se pretenda adelantar de manera seria y sostenible, reconoce que las comunidades que impacta de manera directa, o que se encuentran dentro de su área de influencia, son un actor fundamental para el éxito del proyecto y que, en consecuencia, debe procurar la participación efectiva de aquellas

²⁹ Ibid., p. 329.

en todas las etapas del proceso minero”³⁰. Es a partir de la participación ciudadana que se puede aseverar que los proyectos mineros que se ubican dentro del marco de la legalidad son pensados buscando que las colectividades implicadas se desarrollen apropiadamente.

Al respecto, cabe cuestionarse ¿hasta dónde la participación ciudadana es garante de la autonomía territorial y promotora de la gobernanza municipal en la actividad minera?

Para dar respuesta a este cuestionamiento, en el segundo apartado se consolidan los aspectos normativos y jurisprudenciales inherentes a la minería de cara a la autonomía territorial; sin embargo, corresponde hacer énfasis que cuando se habla del desarrollo de las comunidades mineras, se hace referencia a la gobernanza que éste simboliza.

“La gobernanza de los recursos naturales, planteada desde la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL –, se ha desarrollado bajo la perspectiva de la prevención y manejo del conflicto con las comunidades en el marco de la ejecución de un proyecto de extracción de recursos naturales”³¹; significa que, para dar solución a los conflictos ocasionados por la minería, es necesario tener en cuenta el componente de cambio y desarrollo, en el que se debe hacer un análisis de la gobernanza, a partir de la estabilidad o inestabilidad macroeconómica y microeconómica, la distribución de los beneficios, costos, riesgos y responsabilidades en una determinada zona o región.

³⁰ HERRERA GALVIS, Claudia Marcela. ¿Cómo entender la participación de las autoridades territoriales en los procesos de ordenamiento minero? En: Minería y Desarrollo: Historia y gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 377 – 415.

³¹ GÓMEZ MACÍAS, Luís Fernando y SARMIENTO PINZÓN, Janeth Patricia. Óp. Cit., p. 171.

Desde esta visión, la gobernanza se consolida con la existencia de canales apropiados para el diálogo y el conocimiento de las visiones de los actores en juego que sirvan para afianzar la comunicación y generar espacios de confianza y legitimidad. Desde esta óptica, la autonomía y la gobernanza pareciera que integran las mismas visiones para alcanzar sus fines.

Un claro ejemplo de los canales de diálogo, son las consultas populares, a través de las cuales se puede contribuir a la implementación de la gobernanza; así, las consultas populares han sido el mecanismo mediante el cual se redefine la práctica de toma de decisiones por parte de los municipios, éstas no pueden ser vistas como una “carta blanca a cualquier proyecto minero, sino por el contrario como un mecanismo que favorece el debate en beneficio del desarrollo o no, de las actividades propuestas, control, mitigación y compensación de los impactos medioambientales, así como la viabilización de una equilibrada inversión social para mejorar las condiciones de calidad de vida de sus pobladores”³².

Lo anterior, puede servir para la implementación de una gobernanza afianzada en la institucionalidad, que permita la posibilidad de construir escenarios de diálogo con capacidad transformadora y que ayuden a la solución de conflictos, edificada sobre la confianza y la credibilidad mutua de los diferentes actores, fundamentada en factores objetivos que eviten la manipulación y malos entendidos, que propician la generación de conflictos en las áreas de potencial intervención y dificultan la gobernanza de los recursos naturales.

³² Ibid., p. 172.

II. DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE CARA A LA AUTONOMÍA TERRITORIAL EN EL CONTEXTO MINERO

La autonomía y gobernanza abordados en el capítulo precedente deja en claro que existe una disyuntiva cuando se trata de municipios con tradición minera, con ocasión del reparto de que existe de estos territorios entre el Estado central y los entes municipales; situación que lleva a pensar ¿a quién le pertenecen?, ¿qué derechos y obligaciones tienen sobre los territorios mineros?, ¿cuáles son los beneficios para el Estado central y las municipalidades?, ¿cómo beneficia el crecimiento de los municipios? y ¿en qué condiciones se da o no la autonomía y cómo se edifica la gobernanza?

Cuestionamientos todos que tienen disímiles respuestas, pero que parten de un mismo eje y es la estructura normativa que el Estado, a través de sus legisladores, ha diseñado para dar claridad a la actividad minera en el país, unido a los pronunciamientos jurisprudenciales que afianzan o no lo dispuesto en el marco legal. Lo abordado, constituye la razón de ser del presente capítulo, el cual se estructura en dos apartados.

El primero referido a la normatividad y el segundo orientado a la jurisprudencia, cuya finalidad es determinar el alcance de estos dos componentes en la actividad minera y así fijar una postura que permita decantar lo referido a la autonomía y gobernanza.

A. Institucionalidad y marco legal de la minería en Colombia

1. Un acercamiento a la institucionalidad del sector minero en Colombia

El Ministerio de Minas y Energía – MME – orienta y dirige el sector minero en el país, “es el brazo del poder ejecutivo nacional encargado de la formulación de la política del sector minero – energético. A través del Decreto 381 de 2012, el MME fue reestructurado internamente y se crea el Viceministerio de Minas que se encarga de gestionar las políticas relacionadas con las actividades de exploración y explotación de potencial minero en Colombia”³³.

Con el fin de afianzar la institucionalidad minera y optimizar el desempeño del sector minero, se crearon entidades adscritas al MME a las que se le otorgaron funciones relevantes para el sector. En primera instancia, por medio del Decreto 4134 de 2011 se crea la Agencia Nacional de Minería – ANM – como entidad encargada de ejecutar la política minera nacional y la responsable de “los procesos de titulación, registro, asistencia técnica y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos y solicitudes de área mineras y de la promoción de la minería en Colombia”³⁴.

Lo anterior, originando a su vez el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos minerales de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales. Además, la ANM es la encargada de administrar el Catastro Minero y el Registro Minero Nacional. Con la Resolución 271 de 2013, la ANM delegó temporalmente en la

³³BOZA, Marianna y MONTOYA, Milton Fernando. Sector minero en Colombia. En: Anuario Iberoamericano de derecho minero: fundamentos jurídicos del sector minero en Iberoamérica. Aragaki, Marité y otros (Eds.). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2020. p. 132

³⁴ Ibid., p. 132

“Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia, las facultades de contratación y titulación minera, así como el control y fiscalización de las actividades mineras en el territorio del departamento de Antioquía”³⁵.

En segunda instancia, con el Decreto 2119 de 1992, la Comisión Nacional de Energía se transformó en la Unidad de Planeación Minera Energética – UPME –, entidad a la que se le otorgó el carácter de unidad técnica y administrativa especial adscrita al MME encargada de planificar, apoyar y evaluar de manera integral el desarrollo sostenible del sector minero – energético del país, así como de apoyar al MME en la formulación de políticas y regulaciones nacionales del sector minero.

Por último, el Servicio Geológico Colombiano – SGC – es una entidad adscrita al MME que tiene como misión realizar la investigación geocientífica aplicada del “potencial minero en el territorio colombiano con las funciones de actualizar el mapa geológico colombiano, caracterizar las zonas de mayor potencial de recursos del subsuelo, adelantar programas de reconocimiento prospección y exploración del territorio nacional”³⁶.

Desde esta perspectiva se afianza con el Plan Nacional de Desarrollo Minero con Horizonte a 2025 - *minería responsable con territorio* -, documento en el cual la institucionalidad se hace realidad a través de líneas estratégicas y acciones coherentes que deben desarrollarse en diferentes horizontes de tiempo – corto, mediano y largo plazo –y por las diferentes entidades que la conforma. Sin embargo, es importante resaltar que, a pesar de los avances logrados, se “admite que hace falta consolidar la coordinación interinstitucional y tener una agenda más coherente – entre

³⁵ Ibid., p. 133

³⁶ Ibid., p. 133

minas y ambiente – e intrainstitucional – al interior del sector minero –, una regulación sencilla pero efectiva, y un control fiscalización acorde con estándares internacionales”³⁷.

Así, la mayor apuesta en la institucionalidad en el corto plazo se centra en el tema ambiental, el cual debe partir de las buenas prácticas durante la ejecución de los proyectos, el cierre de minas y la gestión de las que se encuentran abandonadas. También el sector minero requiere poner en marcha planes de mitigación y adaptación al cambio climático.

La institucionalidad exige de la articulación de los mecanismos y acciones que se requieran para fortalecer el trabajo de las entidades que tienen a su cargo el sector minero colombiano, siempre y cuando su trabajo sea conjunto; para ello, resulta propio lo expuesto por el Plan de Desarrollo Minero, en cuanto al desarrollo sostenible que equivale al bienestar para las regiones y para los ciudadanos, la necesidad de una estructura territorial que consolide lo dispuesto en el proceso de paz, avanzar hacia la equidad y garantizar la educación como mecanismo de equidad social mediante el cual a futuro se nivelan las oportunidades, abriendo progreso y mejorando la calidad de vida de los municipios con vocación minera.

Adicionalmente, se deben desarrollar ejes transversales como: democracia para la construcción de paz, buen gobierno, justicia, seguridad, transformación del campo y movilidad social. Estrategias todas que ayudarían a consolidar la gobernanza de los entes municipales y a afianzar la autonomía en todos sus contextos.

³⁷ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Plan Nacional de Desarrollo minero con horizonte a 2025. Minería responsable con el territorio. Colombia: MinMinas. 2017. p. 97.

2. Marco legal del sector minero en Colombia

La CP de Colombia en su artículo 332 establece que el Estado es el dueño del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin tener en cuenta los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes existentes. Norma que, al hacer analizada por la Corte Constitucional, a través del régimen legal de propiedad de los recursos mineros establecidos en los artículos 5°, 7° y 10° de la Ley 685 de 2001 determina la constitucionalidad del artículo y afirma además que “en relación con estas disposiciones superiores queda claro que el Estado en su calidad de propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, tiene de un lado, la obligación de conservación de estos bienes y, de otro lado, los derechos económicos que se deriven de su explotación, y por tanto la competencia y facultad para conceder derechos especiales de uso sobre dichos recursos”³⁸. Lo anterior se fundamenta en el artículo 334 de la CP que determina que el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales.

Adicionalmente, el Código de Minas – Ley 685 de 2001 – como instrumento principal aplicable al sector minero, a través de su artículo 13, indica que éste regula las relaciones entre los particulares y el Estado en el marco de proyectos mineros, le otorga la naturaleza de utilidad pública e interés social a la industria minera y, establece en términos generales las normas que rigen los trabajos de exploración y explotación de minerales.

También hace parte de la normatividad en la Plan Nacional de Desarrollo minero con horizonte a 2025, mediante el cual se busca afianzar la seguridad jurídica, condiciones competitivas, confianza legítima,

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 983 de 2010.

infraestructura, información, información e institucionalidad minera fortalecida y eficiente. Así mismo toma como fundamento el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 que se orientó a fijar la diferencia entre minería ilegal y minería informal, crear las áreas estratégicas mineras, entre otras. La Ley 1658 de 2013 contiene las regulaciones relevantes para la formalización minera y la Ley 1753 de 2015 regula varios aspectos del sector minero, dentro de los cuales se cuenta el procedimiento para la prórroga de los títulos mineros.

Las normas señaladas constituyen la piedra angular de la actividad minera en Colombia, sin dejar de lado, la existencia de un gran número de normas que se orientan a cuestiones específicas como contratación, sistema integral de gestión minera, programas y proyectos de gestión social, plan de trabajos de explotación y las demás que sean necesarias para ejercer la minería³⁹.

Sin embargo, es importante establecer que la ley no ha previsto ningún espacio relevante para la participación de la comunidad frente a los desafíos que la actividad minera evidencia día a día, generando con ello, una evidente falta de institucionalidad por parte del Estado colombiano.

B.Una visión jurisprudencial de la autonomía y gobernanza en la actividad minera

Tanto la autonomía como la gobernanza en los municipios de tradición minera han sido centro de discusión en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Para el análisis se han escogido

³⁹ Al respecto se pueden revisar la Resolución 505 de 2019, Decreto 2078 de 2019, Resolución 406 de 2019, Resolución 603 de 2019, Resolución 564 de 2019, entre otras.

algunas sentencias de gran trascendencia en el tema. La primera de ellas la Sentencia T – 445 de 2016 que hace referencia hacia al núcleo esencial de la autonomía territorial “que permite la existencia de parámetros generales propios del carácter unitario de la nación sean ejercidos (i) previa habilitación legal expresa y (ii) respetando las competencias propias de los municipios y departamentos”⁴⁰.

De esta forma, la habilitación legal expresa en los municipios se centra en la Ley 388 de 1997 artículo 1° mediante el cual se integran los mecanismos que le permiten a los municipios, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, y la preservación y defensa del patrimonio ecológico localizado en su jurisdicción. Señala la Corte además, que el concepto de ordenamiento territorial integra acciones político – administrativas y de planificación física consagradas en el artículo 5° de la Ley 388 de 1997 “emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, tendientes a disponer de instrumentos eficaces para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y, de esta manera, regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, en armonía con las estrategias de desarrollo socioeconómico y de conservación del medio ambiente”⁴¹.

En esta sentencia, la Corte indica que la función del ordenamiento territorial y la reglamentación del uso del suelo por parte de las autoridades municipales y distritales, “se orienta a las acciones que buscan como fin último el desarrollo armónico, equilibrado e integral de las diferentes unidades territoriales existentes al interior de un Estado”⁴²; también precisa

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 445 de 2016.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

que el ordenamiento territorial consagra otras funciones que se orientan al desarrollo de un determinado territorio conforme a los parámetros y orientaciones de carácter demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural.

El ordenamiento territorial también implica regular aspectos primordiales para la vida de los pobladores del municipio en general, que necesariamente se reflejan en el desarrollo y, por ende, las condiciones de vida en aspectos como el económico, político, ambiental, urbanístico, social y cultural. En este punto, resulta primordial la trascendencia de la función asignada a los concejos municipales según los artículos 311 y 313 inciso 7° de la CP y la participación en la reglamentación de los usos del suelo por parte de estas autoridades.

Lo estipulado se afianzó en la sentencia de la Corte Constitucional sentencia C – 123 de 2014 que hizo énfasis, en que “lo fundamental es que en un Estado unitario, con autonomía de sus entidades territoriales y que adopta como pilar fundamental la participación de sus habitantes en las decisiones que los afectan, se entienda el papel de estas corporaciones como un elemento identificador de la esencia y determinante del desarrollo práctico del régimen territorial previsto por la Constitución”⁴³.

Con lo señalado, se puede apreciar que la autonomía municipal ha sido reconocida por vía jurisprudencial, en cuanto a la definición del uso de sus recursos y su espacio geográfico. Una forma de reflejar dicha autonomía es a través de las consultas populares como mecanismo legítimo para que los ciudadanos se pronuncien con relación a la forma como desean gestionar sus municipios. Sin embargo, la gestión de los municipios por medio de las

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 123 de 2014.

consultas populares debe darse en aquellas situaciones internas que se puedan resolver bajo los lineamientos de las autoridades municipales y la ciudadanía, situación que no se hace extensiva a la industria minera.

En el año 2018 la industria minera pasó diversas situaciones para la “ejecución de sus proyectos, asociados a temas como la prohibición de actividades mediante consultas populares, exigencias medioambientales, necesidad de adoptar estándares internacionales en pro de la industria, oposición social, incremento de la explotación ilícita de minerales, entre otros”⁴⁴. Lo abordado es acogido por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 095 de 2018 a través de la cual se estableció que las consultas populares de iniciativa popular no son idóneas para que la ciudadanía participe en las decisiones que implican el uso del suelo del territorio en donde viven para la ejecución de proyectos minero – energéticos⁴⁵.

Frente a esta posición de la Corte, es importante mencionar la entrevista realizada al Dr. Milton Fernando Montoya Pardo quien, a la pregunta ¿cree que la decisión adoptada en la sentencia SU – 095 del 2018 es regresiva?, respondió que la sentencia dio claridad a los límites y alcances de las autoridades del sector minero – energético que va a servir para que fortalezcan sus instrumentos de “participación ciudadana, de coordinación y

⁴⁴ MONTOYA PARDO, Milton Fernando y GARZÓN, María Alejandra. Fortalecimiento del sector minero en el 2019. *Minergía*, No. 6, febrero 2019, pp. 32 – 34.

⁴⁵ La Corte Constitucional en dicha sentencia incluye 13 criterios para la definición de mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio específicos para la explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables – RNNR. 1. Participación ciudadana y pluralidad; 2. Coordinación y concurrencia nación territorio; 3. Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación; 4. diferencialidad y gradualidad; 5. enfoque territorial; 6. Legitimidad y representatividad; 7. Información previa, permanente, transparente, calar y suficiente; 8. Desarrollo sostenible; 9. Diálogo, comunicación y confianza; 10. Respeto, protección y garantía de los derechos humanos; 11. Buena fe, 12. Coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial; 13. Sostenibilidad fiscal. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Su – 095 de 2018.

conurrencia con el territorio y, además, exhorta al Congreso de la República para que esos mecanismos sean definidos a través de una ley, que permita tener claras cuáles son las condiciones y las características de ese relacionamiento o coordinación y concurrencia ente la Nación y el territorio”⁴⁶.

Adicionalmente, indica que la sentencia SU – 095 de 2018 pone freno a las facultades de las entidades territoriales en materia de decisión de los proyectos minero – energéticos, “pues si bien quedó claro que hemos tenido un déficit de participación, el cual debe ser resuelto con estos instrumentos, también destaca que las autoridades territoriales no tienen la facultad de vetar o prohibir de manera unilateral este tipo de proyectos en sus territorios”⁴⁷.

Destaca, además, que el problema se centra en que las consultas populares municipales deben ser competencia exclusiva de los municipios; aspecto que no se cumple en los proyectos minero – energéticos, debido a que éstos “tienen una competencia compartida entre las autoridades del orden nacional y las autoridades del orden municipal”⁴⁸. Entonces, dentro de este escenario, se zanján diversas discusiones frente a la existencia o no de la autonomía territorial cuando media un proyecto minero, y que se naturaliza con las consultas populares. Lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 095 de 2018 la cual fue tema de análisis por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en el 2018.

⁴⁶ MONTOYA PARDO, Milton Fernando. Consultas municipales no podían prohibir proyectos mineros. Febrero 21 de 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/ambiental-y-agropecuaria/consultas-municipales-no-podian-prohibir-proyectos>

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

El Consejo de Estado parte de establecer que “la consulta popular es un mecanismo de participación democrática el cual puede realizarse tanto a nivel nacional como territorial para que el pueblo se pronuncie sobre asuntos de trascendencia”⁴⁹. Esto significa que en desarrollo de los principios de autonomía territorial las entidades territoriales pueden convocar al pueblo a través de este mecanismo de participación para que hagan parte de las decisiones de su interés.

Establece además lo referente al procedimiento para realizar la consulta popular por parte de los entes territoriales. Hace referencia a la Ley 134 de 1994 – arts. 51 a 58 –, seguida de la Ley 1757 de 2015 – arts. 31 a 33 – que regulan el tema, teniendo como requisitos los siguientes: convocatoria, requisitos para la convocatoria, objeto, requisitos del texto, concepto previo sobre la conveniencia, concepto previo de constitucionalidad y acto administrativo para la convocatoria⁵⁰.

Se deduce de lo anterior, que la consulta popular fue establecida como un mecanismo de participación ciudadana, a través del cual el alcalde del municipio puede someter a consideración del pueblo una pregunta de carácter general sobre un tema de importancia local para que el pueblo se manifieste. Frente al tema, precisa la Ley 134 de 1994 en el artículo 50 y la Ley 1757 de 2015 en el artículo 18 algunas restricciones: “i) Modificaciones a la Constitución Política. ii) Iniciativas exclusivas del gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes. iii) Presupuestales, fiscales o tributarias. iv) Relaciones internacionales. v) Concesión de amnistías o indultos. vi)

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00152-00(C). Noviembre 27 de 2018.

⁵⁰Estos aspectos también son enunciados por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 095 de 2018.

Preservación y restablecimiento del orden público”⁵¹. De acuerdo con lo señalado, en la actualidad la ley solo prohíbe la realización de consultas sobre los puntos referenciados.

Indica que la Corte Constitucional en la sentencia SU 095 de 2018 modifica la línea jurisprudencial que “había producido una evidente expansión del principio de autonomía territorial. Dicha sentencia genera una drástica modificación al otorgar una mayor *prelación al Estado unitario*. Sin dejar de lado, que la Corte señala que, si bien la Constitución reconoce el principio de autonomía territorial, su ejercicio debe ser compatible con los demás postulados que el texto constitucional reconoce”⁵².

Con relación a las actividades extractivas, la Corte deja claro que éstas no solo conciernen a los territorios locales, “sino al conjunto de los colombianos, por lo que no es admisible que se haya impuesto una prohibición incondicional a la Nación, en virtud de la cual estos proyectos no pueden ser realizados en determinados territorios”⁵³. Para comprender lo trazado hasta ahora, el Consejo de Estado trae a colación el requisito de *concertación previa* cuando media una consulta popular. Etapa en la cual se debe determinar la naturaleza y procedibilidad de la consulta y quien debe suministrar los recursos para realizarla.

Así, se debe agotar el requisito previo de concertación minero-energética establecido en la CP y la jurisprudencia. La competencia sobre el subsuelo es de la nación; las autoridades del nivel nacional deben acordar con las autoridades territoriales las medidas necesarias para “la protección y

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Óp. Cit.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

mantenimiento del ambiente sano y en especial de sus cuentas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades”⁵⁴.

El agotamiento del requisito *previo de concertación* tiene estrecha relación con la autonomía del municipio, ésta no es absoluta y debe ser concertada con las autoridades del orden nacional. “Razón por la cual una consulta popular en la que se pregunta sobre la procedencia o no de actividades extractivas debe estar precedida de un procedimiento de concertación entre las autoridades nacionales y respectivo ente territorial”⁵⁵

La autonomía territorial se configura como un límite al principio del Estado unitario, en la medida en que demarca fronteras competenciales que pretenden evitar los eventuales exceso del poder central; es, además, un importante instrumento de cohesión social en la medida en que reconoce la valía de las decisiones locales y les otorga plena eficacia. Como lo expuso en su momento la Corte Constitucional en la Sentencia C – 123 de 2014 la autonomía local constituye una importante restricción dentro de la asignación de competencias entre la Nación y los entes territoriales.

Desde esta óptica, las decisiones relacionadas con la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables del subsuelo deben ser adoptadas de manera concurrente y coordinada por las autoridades nacionales, con la participación de las autoridades territoriales, mediante mecanismos que establezca la ley. Desde esta perspectiva, las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU 095 de 2018, constituyen un precedente para comprender el alcance de los principios

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

constitucionales del Estado unitario y de la autonomía territorial, los cuales son avalados por el Consejo de Estado Sala de Consulta de Servicio Civil.

Como complemento se resalta que la sentencia SU-095 de 2018 únicamente prohibió que un “municipio realice una consulta popular sobre asuntos ajenos a su competencia con el fin de impedir que se erigiera en un poder de veto a las competencias de la Nación, pero no prohibió que dicho mecanismo de participación ciudadana verse sobre la actividad minero-energética”⁵⁶.

Dadas las particularidades como el tema minero se ha manejado en los entes locales, se deduce de lo señalado, que la autonomía de los entes municipales continúa en un proceso de consolidación y, por ende, la gobernanza. Desde esta perspectiva, la relación armoniosa que debería existir entre la nación y los municipios sufre fracturas que vulneran la visión de desarrollo de las comunidades. Dicha tensión se centra no solamente en el marco normativo como lo ha evidenciado la jurisprudencia, sino en los aspectos relacionados con el costo – beneficio de la actividad minera.

“Se tienen aquellos factores que implican costos para la sociedad, que no necesariamente se incorporan en los esquemas de precios de los productos y, por tanto, generan externalidades negativas para la población en general”⁵⁷; de este tipo, encontramos los daños que emergen de la actividad

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Cuarta. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01946-01(AC)2018-02067-01. Agosto 14 de 2019.

⁵⁷ JULIO ESTRADA. Johann Dilak. Los instrumentos de ordenamiento territorial y la minería del carbón a gran escala en Colombia: la reglamentación del uso del suelo minero en los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios con mayor producción carbonífera. En: Minería y Desarrollo: Historia y gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 316 – 373.

minera como los medioambientales, económicos y sociales entre otros. La actividad minera, además, integra de una parte un movimiento migratorio en busca de oportunidades sin importar si las condiciones son precarias o no y de otra, la concentración de generación de riqueza a partir de las rentas mineras. En suma, consolida una serie de situaciones que ponen en evidencia la autonomía municipal, en la necesidad que existe de continuar afianzando y desarrollando dicho principio o derecho para forjar el crecimiento de los municipios.

Es por ello, que se requiere fortalecer la gobernanza del sector minero, por medio de una política minera inclusiva a largo plazo sobre la base del interés general fundamentada en la Constitución Política, los derechos fundamentales y el desarrollo integral; con una gobernanza bien orientada se lograría romper con el exclusivo interés rentístico del Estado en la actividad minera y a su vez con la presión de gremios mineros y de las grandes compañías que llegan a los municipios a explotar sus recursos.

De la misma manera, es de relevancia poder articular de una manera óptima, los POT's con las actividades de extracción minera, para que exista una coherencia dentro de los procesos de gobernanza y lo realizado por las empresas privadas, generando vínculos y compromisos no solo con la institución local, sino también con la misma ciudadanía⁵⁸. Para ello, es de relevancia la vigencia de los POT's, de acuerdo con cada periodo de las autoridades locales; esto debido a que en algunas ocasiones los dirigentes dejan pasar su periodo sin llegar a renovar el documento, hecho que debe

⁵⁸ JULIO ESTRADA, Johann Dilak; BULLA ORTEGA, Sandra Milena y ROJO OSPINA, Julio Cesar. La Actividad Carbonífera en Colombia: un Análisis a partir de los Instrumentos de Ordenamiento Territorial y Planificación Socioeconómica. Opera, No. 26, enero-junio .2020. pp. 77 – 118

ser prioridad, dado que el crecimiento demográfico, social y económico siempre es dinámico.

Por tanto, se debe comprender que los Planes de Desarrollo y Planes de Ordenamiento Territorial, no se pueden seguir fundamentando en estadísticas pasadas de vigencia; motivo por el cual, se debe continuar realizando el censo minero – energético para conocer el mapa minero de cada municipio y, de esta forma, actualizar la información, aunado al pleno reconocimiento de las multinacionales y proyectos que se están desarrollando en cada región, lo que permitirá una fundamentación clara y precisa en los procesos democráticos como la consulta popular.

En esta tarea deben interactuar una información actualizada, oportuna, clara y transparente sobre el mapa minero de Colombia, sin dicha información, los avances no se darán en la forma deseada, pues van a continuar siendo “islas” que no van a permitir la visión generalizada de la situación minera del país. En cuyo caso las consultas populares resultan determinantes, pues es una herramienta de ejercicio democrático que debe brindar la “seguridad jurídica” a los municipios; siempre y cuando se logre consolidar un régimen jurídico que unifique el actual marco jurídico y fije unos parámetros que no dejen espacios abiertos, para generar posturas a favor y en contra de este mecanismo, tal como se demostró con las jurisprudencias revisadas.

CONCLUSIONES

La finalidad de la autonomía territorial es que los municipios logren autogobernarse; sin embargo, cuando media un proyecto minero, dicho precepto no se da, dados los contornos de la actividad minera. Aspecto que se cristaliza cuando existe una consulta popular, la cual está sujeta a la intervención del Estado, quedando la autonomía rezagada o por lo menos

compartida entre el gobierno central y el gobierno local. La gobernanza brinda los elementos para que los municipios avancen en temas de desarrollo y gestión pública, desde la óptica del costo – eficiencia; a través de mecanismos de diálogo entre los ciudadanos y las autoridades locales, en pro de equilibrar aquello que afecta el crecimiento del municipio. Vista la gobernanza desde el ámbito de la minería, ésta se encuentra limitada cuando todo el entorno que media un proyecto minero se ve afectado por diferentes actores. Estos son en esencia las grandes multinacionales que gozan de un gran dominio y supremacía, seguida de la injerencia del gobierno central y su interés económico.

Frente a lo planteado queda el municipio que no recibe las debidas ganancias por la explotación de sus recursos, siendo su crecimiento limitado, a lo que se suma el poco derecho que tiene a opinar sobre la intromisión de agentes externos en su terreno. Desde esta perspectiva las consultas populares como una forma de hacer realidad la autonomía y la gobernanza, han sufrido un freno por vía normativa y jurisprudencial. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la Constitución Política se ha establecido que el dueño del suelo donde reposan los recursos mineros es del Estado.

Es frente a esta circunstancia que entran en juego la institucionalidad del Estado, la autonomía y gobernanza de los municipios, las normas que regulan la actividad minera, las disposiciones constitucionales y los pronunciamientos jurisprudenciales. Todos constituyen un entramado de acuerdos y desacuerdos que dejan en vilo el derecho que tienen los municipios de autogobernarse. Aspectos que han sido muy bien fundamentados, pero que, en cierta forma, *chocan*, pues como se analizó la Constitución Política promueve la autonomía territorial, pero también señala

que el subsuelo es del Estado, en este contexto, la pregunta sería ¿qué prima sobre qué?, mejor dicho, si las dos posturas por ser de rango constitucional deben tener el mismo estatus.

Entonces con relación a la pregunta planteada sobre si *¿se puede hablar en el Estado colombiano de autonomía y gobernanza en los territorios mineros?* La respuesta debe tener el mismo sesgo de la situación o realidad colombiana, y es una postura en doble vía porque por una lado se habla de autonomía y gobernanza y estos temas se afianzan desde la norma, las políticas públicas y el libre ejercicio que tienen los entes territoriales para autogobernarse; pero todo este panorama cambia cuando se trata de un proyecto minero y peor aún cuando se suma una consulta minera.

Desde mi punto de vista, lo señalado desvirtúa la autonomía, pues no es clara la intervención del Estado cuando existe una consulta popular en temas mineros, aspecto ampliamente documentado en la sentencia de la Corte Constitucional SU – 095 de 2018, debido a que no se puede desconocer el Derecho que tiene el Estado en recibir la contraprestación económica a título de regalías, ofreciendo beneficios para la nación, tampoco se puede desconocer el derecho que tienen las multinacionales de explotar los recursos mineros cuando se han hecho los respectivos trámites – títulos mineros – y, por ende, no se puede desconocer el derecho que tienen los municipios sobre sus recursos y el autogobernarse.

Entonces la disputa existente entre el gobierno central y los municipios por la titularidad del subsuelo contradice el principio de autonomía y deja abierto un espacio para que los entes municipales continúen desprovistos de aquellas herramientas legales que les permitan afianzar su autogobierno, y así orientar la explotación minera en pro de beneficiar, no solamente el

desarrollo municipal sino amparar los recursos naturales que, a manos de las multinacionales, han sido devastados.

REFERENCIAS

ARIAS RESTREPO, Jaime. Las minerías y los territorios en Colombia. Tensiones entre las visiones de desarrollo nacional, local y sectorial. En: Minería y Desarrollo: Historia y gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 269 – 313.

BASSOLS RICARDEZ, Mario y MÉNDOZA PÉREZ, Cristóbal. Gobernanza: Teoría y prácticas colectivas. México, D.F: Anthropos. 2011. p. 9.

BOZA, Marianna y MONTOYA, Milton Fernando. Sector minero en Colombia. En: Anuario Iberoamericano de derecho minero: fundamentos jurídicos del sector minero en Iberoamérica. Aragaki, Marité y otros (Eds.). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2020. p. 132

CANTE MALDONADO, Freddy y TRUJILLO PAREDES, Luisa. Posibilidades de gobernabilidad y gobernanza en distintos tipos de minería. Opera. No. 14, enero – junio. 2014.Pp. 27 – 45.

CALVO, Guillen; PÉREZ HOYOS, Oscar Iván y ROMERO AMAYA, María Claudia. Miradas cruzadas sobre el enfoque territorial de la responsabilidad social, la gobernanza y la sostenibilidad. Ópera. No. 26. 2020. p. 3 – 14.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.
Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00152-00(C). Noviembre 27 de 2018.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
Sección Cuarta. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01946-01(AC)2018-02067-01. Agosto 14 de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 123 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 983 de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 445 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 095 de 2018

GÓMEZ MACÍAS, Luís Fernando y SARMIENTO PINZÓN, Janeth Patricia.
Derechos territoriales y gobernanza. En: Sentencia T 445 de agosto de 2016. Documento de investigación científica y sociológica respecto a los impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales, en los ecosistemas del territorio colombiano. Colombia: IPMES. 2019. Pp. 156 – 173.

GÜIZA SUAREZ, Leonardo y RODRÍGUEZ BARAJAS, Cristhian. El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera. Vniversitas, No. 131, julio – diciembre, 2015. Pp. 323 – 362.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. El ordenamiento territorial colombiano más allá de la Constitución de 1991. Serie documentos de trabajo, No. 55. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2015. p. 13.

HERRERA GALVIS, Claudia Marcela. ¿Cómo entender la participación de las autoridades territoriales en los procesos de ordenamiento minero? En: Minería y Desarrollo: Historia y gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 377 – 415.

JULIO ESTRADA. Johann Dilak. Los instrumentos de ordenamiento territorial y la minería del carbón a gran escala en Colombia: la reglamentación del uso del suelo minero en los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios con mayor producción carbonífera. En: Minería y Desarrollo: Historia y gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 316 – 373.

JULIO ESTRADA, Johann Dilak; BULLA ORTEGA, Sandra Milena y ROJO OSPINA, Julio Cesar. La Actividad Carbonífera en Colombia: un Análisis a partir de los Instrumentos de Ordenamiento Territorial y Planificación Socioeconómica. Opera, No. 26, enero-junio .2020. pp. 77 – 118.

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Plan Nacional de Desarrollo minero con horizonte a 2025. Minería responsable con el territorio. Colombia: MinMinas. 2017. p. 97.

MONTOYA PARDO, Milton Fernando y GARZÓN, María Alejandra. Fortalecimiento del sector minero en el 2019. Minergía, No. 6, febrero 2019, pp. 32 – 34.

MONTOYA PARDO, Milton Fernando. Consultas municipales no podían prohibir proyectos mineros. Febrero 21 de 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com>

PEDRAZA BELEÑO, José Adolfo. Gobernabilidad municipal en medio del conflicto armado en Colombia. Ópera. No. 12. 2012. Pp. 131 – 152.

ROBLEDO SILVA, Paula. El panorama territorial colombiana. Revista Derecho del Estado. No. 21, diciembre. 2008. Pp. 177 – 208

ROBLEDO SILVA, Paula. Hacia la construcción de un concepto de autonomía territorial en la Constitución colombiana. Revista Derecho del Estado. No 18, junio. 2006. Pp. 127 – 152.

ROBLEDO SILVA, Paula. Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera. En: Minería y Desarrollo: Historia y gobierno del territorio minero. Henao Juan Carlos y Díaz Ángel Sebastián (Eds). Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pp. 227 – 269.