

UNIVERSITAT DE VALENCIA

FACULTAT DE DRET



DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y CRIMINOLOGÍA

**TENSIONES CONSTITUCIONALES DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO
COLOMBIANO EN LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERA RESPECTO DE
LAS PERSONAS Y EL TERRITORIO**

Tesis Doctoral de

JESUS MARIA ACEVEDO MAGALDI

Directores: Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau

Valencia, diciembre del 2021

AGRADECIMIENTOS

Sea lo primero agradecer a Dios por haberme permitido culminar un peldaño profesional mas en mi carrera, logrando obtener un titulo de doctor de la importante y prestigiosa Universidad de Valencia.

Así mismo, tengo que agradecer a mis tutores Roberto y Rubén por haberme dedicado valioso tiempo en orientaciones y recomendaciones, sin las cuales no hubiese sido posible lograr el objetivo trazado, a mi familia y en especial a mi esposa Luisa Fernanda quien siempre me acompañó en las travesías académicas, a mi hijo Jesús David a quien le reste tiempo valioso para lograr hacer realidad este sueño; el sueño de ser doctor en Derecho, Ciencia Política y Criminología.

Finalmente, quiero agradecer a mis padres Jesús y Ninfa por haberme inculcado el amor por el estudio y la disciplina necesaria para afrontar los retos propios de la investigación.

INDICE

AGRADECIMIENTOS	2
INTRODUCCIÓN	8
METODOLOGIA	15
1.1. Tipo de investigación.....	15
1.2. Fuentes y Técnicas de Obtención de Información.....	16
1.2.1. Fuentes Secundarias.....	16
1.2.2. Técnicas de Recolección de Información	17
CAPÍTULO I - CARACTERÍSTICAS DEL MODELO MINERO EUROPEO.....	18
1.1. Características de los Modelos Europeos de Minería.	18
1.1.1. La titularidad de la propiedad del suelo	19
1.1.2. Las problemáticas del medio ambiente.....	32
1.1.3. Conflictos laborales y Condiciones de trabajo en el contexto de las Actividades Mineras 35	
1.2. Modelos Mineros del derecho comparado en el contexto de su ordenamiento territorial.	36
1.2.1. Modelo Federal	46
1.2.2. Modelo Minero Unitario	48
1.2.3. Modelo Minero Autónomo	49
1. 3. Políticas, regulación y crecimiento de la minería de la UE.	51
1.3.1. Régimen jurídico de la actividad minera en los modelos mineros europeos	57
1.4. Características de los modelos Latinoamericanos de minería	65
1.4.1. conceptualización de las dinámicas mineras en América latina	65
1.4.2. Falta de un marco jurídico estable en materia minera en América Latina.....	74
1.4.3. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y su protección Ambiental.	114
CAPÍTULO II – LA ESTRUCTURA TERRITORIAL COLOMBIANA Y SU RELACIÓN CON LA EXPLOTACIÓN MINERA	127
2.1. Los Principios Constitucionales sobre la estructura del Estado Colombiano.....	127
2.2. La Configuración del Estado como Unitario.	127
2.2.1. Alcance de la autonomía y descentralización administrativa propias de las entidades territoriales en la intervención del Estado para la explotación de los recursos mineros.....	130
2.3. Los principios Constitucionales sobre la Actividad Minera	139
2.3.1. principio de concurrencia.....	142
2.3.2. Principio de coordinación	143

2.3.3. Principio de subsidiariedad	144
2.3.4. Principio de rigor subsidiario	145
2.4. Propiedad de los recursos minerales.	146
2.4.1. Intervención del Estado en los territorios con presencia minera.	152
2.4.2. La participación ciudadana en las decisiones sobre explotación minera.	166
2.4.3. Los principios Constitucionales sobre las regalías.	167
CAPÍTULO III - LA NORMATIVA DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL SOBRE MINERÍA Y SUS FRICCIONES CON EL MARCO CONSTITUCIONAL.	170
3.1. La distribución de competencias entre el Estado y los entes descentralizados para la explotación de los recursos mineros.	170
a) Centralización del poder Político.	174
b) Descentralización Administrativa.	176
c) Autonomía Local.	177
3.2. Régimen sobre la explotación minera en Colombia	186
3.2. El Régimen de las Regalías Mineras y su distribución entre el Estado y los entes descentralizados.	199
CAPÍTULO IV - LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINEROS.	220
4.1. Corte Constitucional Colombiana y la actividad minera en Colombia.....	220
4.2. Ausencia de la armonización legal de las competencias de la autoridad minera y ambiental en la definición de las áreas excluidas o restringidas de la minería en Colombia.	229
4.3. Inseguridad jurídica por fallos en torno a la explotación de recursos mineros emitidos por las altas cortes colombianas (Corte Constitucional –Consejo de Estado).	239
CAPITULO V.- ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPLOTACIÓN MINERA EN COLOMBIA.	258
5.1. La modificación de la distribución de regalías	258
5.2. Fortalecimiento del Control Fiscal de los recursos procedentes de las Regalías... ..	263
5.3. Modificaciones en los mecanismos de participación ciudadana sobre la explotación de recursos mineros	265
CONCLUSIONES	274
BIBLIOGRAFÍA	284

Lista de graficas

Gráfica 1. América Latina y el caribe: comercio de minerales y metales, 1990-2017 68

Gráfica 2. Composición del valor de las exportaciones de minerales y metales por grado de elaboración, promedio 2015-2017..... 69

Gráfica 3. Flujo de ingresos de IED en minería en América Latina y el Caribe 70

Gráfica 4. América Latina y el caribe: flujo de ingresos de IED en minería 2003-2017 71

Gráfica 5. Anuncios de inversión extranjera directa en minería metálica en América Latina y el Caribe..... 72

Lista de Ilustraciones

Ilustración 1. Ejes de política minera del Ecuador 2019-2030.	78
--	----

Lista de tablas

Tabla 1. Equilibrio deseado por el Estado.....	105
Tabla 2. La minería: daños al medio ambiente que repercuten en el individuo	108

INTRODUCCIÓN

Dentro del marco de la presente investigación, se direcciona estudiar las existentes e históricas tensiones constitucionales entre las entidades territoriales y las facultades propias de su autonomía, así como el poder central materializado a través de la nación, en tal sentido estudiar las figuras conexas, los principios, las regulaciones, la normativa y la jurisprudencia. Lo anterior, a partir de un estudio hermenéutico desde los enfoques del iuspositivismo vs. Iusnaturalismo, los cuales ejercen una función orientadora en las vías y resoluciones jurídicas, frente a las tensiones en cuestión.

Por su parte, el modelo de la organización territorial y administrativa del Estado colombiano responde a esas tendencias histórico-políticas tradicional, las cuales están basadas en la unidad de mando, en la centralización política y en la descentralización administrativa. No obstante, como mandato constitucional simboliza el poderío normativo del centralismo, la autonomía de su carácter administrativo y el establecimiento generalizado de un orden social igualitario para la ciudadanía en el reconocimiento de derechos. Es por lo que “bajo el mismo centro de impulsión, todos los habitantes del territorio se obligan por las mismas leyes, las mismas decisiones del gobierno y las mismas sentencias judiciales¹”.

En ese orden de ideas, es evidente la intencionalidad reglamentaria consagrada en el artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991, respecto a la autonomía de las entidades territoriales como elemento integrante del Estado, lo cual, se interpreta en el reconocimiento del Estado de Colombia como sistema político unitario y descentralizado.

Los recursos minerales son de uso fundamental para el territorio colombiano, por ende, resultan importantes no solamente para el progreso de la sociedad humana, sino para el desarrollo socioeconómico del país y los entes territoriales, motivo por lo cual, dentro las tensiones constitucionales latentes son las de concentrar esfuerzos para trabajar con los entes territoriales en la autonomía de la descentralización.

¹Prélot, M. (1972). *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz.

Ahora bien, teniendo en cuenta los nuevos modelos de ordenamiento territorial que prioriza los componentes de autonomía de las comunidades y los entes territoriales locales, suena entonces lógico analizar el alcance de los entes territoriales para efectos de toma de decisiones respecto del desarrollo y ejecución de proyectos mineros que puedan llegar a afectarlos de manera directa o indirecta. Seguidamente, la discusión cobra vigencia con base en las contradicciones constitucionales y legislativas que históricamente han puesto en una línea de superioridad al gobierno central frente a las entidades territoriales.

En la guía de estudio de la presente investigación, se estructurará pasando por diferentes estadios donde inicialmente se busca analizar la tensión Nación - Territorio producto de la actividad y explotación minera, así como la conceptualización de los elementos utilizados en la investigación. Después de esta línea se estudiarán los modelos mineros en el derecho comparado para luego revisar la legislación minera y la jurisprudencia en Colombia, esta comparación permitirá profundizar el alcance de la autonomía y descentralización administrativa, propias de las entidades territoriales en la intervención del Estado para la explotación de los recursos mineros, toda vez que, cada análisis enmarcado en la investigación permitirá condensar y concluir varios temas generales, los cuales pondrán de manifiesto el debate sobre la ejecución de un proyecto de ley que reforme la redistribución de los recursos del Sistema General de Regalías.

En Colombia, existe una gran riqueza minera, dentro de las cuales se destacan algunos recursos como el oro, el carbón, las esmeraldas, el cobre, el níquel y el mineral de hierro, entre otros tantos. El potencial es alto y el país se constituye como un gran atractivo para la inversión, tanto así que la minería representa una actividad prioritaria para su desarrollo. Desde la perspectiva económica, la minería constituye una de las apuestas centrales de los dos últimos planes de desarrollo a nivel nacional², los cuales defienden la importancia del sector como fuente de crecimiento, al menos en el corto y mediano plazo. En la misma línea, Fedesarrollo³ ha publicado informes

²Departamento nacional de planeación. (DNP), Plan Nacional de Desarrollo período 2010-2014 “Prosperidad para todos” y Plan Nacional de Desarrollo período 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, <https://www.minagricultura.gov.co>.

³Entidad sin ánimo de lucro, establecida en 1970, dedicada a la investigación en temas de política económica y social. Tiene como propósito contribuir al diseño, seguimiento y mejoramiento de las políticas públicas.

periódicos en los que se refiere a las rentas generadas por la actividad, su importancia en la balanza comercial y su potencial como generador de empleo⁴.

Cabe destacar que en la potestad y titularidad de los recursos naturales no renovables y de los recursos mineros energéticos, siempre ha sido objeto de debate y discusión dentro de los ordenamientos jurídicos y constitucionales, la intervención del Estado en la exploración y explotación minera, respecto de sus entes territoriales, toda vez que dichos recursos representan para los Estados productores de minerales y de hidrocarburos, una de sus principales fuentes de ingresos vía contraprestaciones a título de regalías.

Es justamente que partiendo de los grandes recursos que la minería y la extracción hidrocarburífera representan para los Estados, surge entonces, sobre el tapete la discusión del modelo de Estado que se debe implementar y que se debe respetar para la determinación justa tanto de las competencias para el otorgamiento de licencias y autorizaciones para desarrollar proyectos de este tipo dentro de las entidades territoriales constitucionalmente aceptadas, y las contraprestaciones económicas que percibirá cada una de estas entidades territoriales derivadas de la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables.

La hipótesis planteada va orientada a la proyección de la soberanía del Estado, Teniendo en cuenta los nuevos modelos de ordenamiento territorial que prioriza los componentes de autonomía de las comunidades y los entes territoriales locales, suena entonces lógico analizar el alcance de dichos entes territoriales para efectos de toma de decisiones respecto del desarrollo y ejecución de proyectos mineros que puedan llegar a afectarlos de manera directa o indirecta. La discusión cobra vigencia con base en las contradicciones constitucionales y legislativas que históricamente han puesto en una línea de superioridad al gobierno central frente a las entidades territoriales, comoquiera que el Estado ejerce su soberanía sobre los recursos naturales no renovables consagrados en el artículo 332 de la constitución política.

⁴Cárdenas, M. (2008) *La Minería en Colombia: Impacto socioeconómico y fiscal*. Cuadernos Fedesarrollo, p. 23.

El presente trabajo está motivado por la necesidad de conocer y determinar las dinámicas y tensiones en el campo minero, es por eso que se ha planteado la siguiente pregunta problema, ¿Cuál es el alcance de la autonomía y descentralización administrativa propia de las entidades territoriales en la intervención del Estado para la exploración y explotación de recursos mineros respecto de las personas y el territorio?

En ese sentido, los objetivos planteados en la investigación parten del objetivo general el cual consiste en determinar el alcance de la autonomía y descentralización administrativa propia de las entidades territoriales en la intervención del Estado para la exploración y explotación de recursos mineros respecto de las personas y el territorio; además de los objetivos específicos estructurados que serán:

1. Identificar la forma de organización territorial del Estado Colombiano y su posición frente a los recursos de la minería.
2. Establecer los principios a los cuales las entidades territoriales en Colombia deben ceñirse para la exploración y explotación de los recursos mineros.
3. Definir los límites que ostentan las entidades territoriales en relación con la actividad minera.
4. Analizar los modelos territoriales y administrativos de los recursos mineros planteados en el derecho comparado.

Teniendo en cuenta las tensiones constitucionales generadas por el nivel de intervención del Estado colombiano en las actividades de exploración y explotación minera con respecto a las personas y las entidades territoriales, en las siguientes líneas se realizará en detalle, un estudio respecto al modelo territorial y administrativo del recurso minero desarrollado en Colombia y la aplicación de los principios constitucionales objeto de estudio en la regulación minera, asimismo la referencia de la jurisprudencia y legislación colombiana para determinar el alcance de los fallos constitucionales, para posteriormente compararlo con otros modelos tales como el europeo o el latinoamericano.

Además, se abordará un análisis sobre la distribución del Sistema General de Regalías y la consideración de si está basado en criterios objetivos de ponderación,

así como el estudio de los componentes socio económicos que implica la relación Estado – Empresa – Sociedad.

Es este punto, donde se manifiesta una tensión latente entre el principio unitario, relativo a la forma de organización del Estado Colombiano, y el principio de autonomía propio de sus entidades territoriales. De conformidad con lo esgrimido, y al entrar en tensión los anteriores principios, es menester determinar el alcance de la intervención y participación administrativa de las entidades territoriales en la exploración y explotación de yacimientos mineros dentro de sus territorios. Si bien es cierto que la descentralización se caracteriza por el relajamiento de vínculos existentes en las relaciones de autoridad central y del organismo descentralizado o transferencia de funciones del centro a la periferia; no dejan de existir facultades de parte de las autoridades centrales lo cual se explica debido a que, de lo contrario, no estaríamos frente a una organización descentralizada de la administración sino un poder independiente o Estado dentro del Estado.

Es por ello que la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales, siendo la primera el instrumento necesario para alcanzar la segunda; predicadas desde la expedición de la Carta Política de 1991, responden al anhelo de los constituyentes de una Colombia más equilibrada y más cercana a las necesidades de la población otorgando un grado de independencia a las entidades territoriales concibiendo la posibilidad de autogobierno y administración de asuntos de mayor interés para dichos entes.

Se trata entonces de dos conceptos ligados entre sí pero que puesto que ostentan grandes diferencias conceptuales dado que:

“Mientras la descentralización se refiere al contenido material, a las competencias y recursos asignados por la Constitución y la ley a los entes territoriales, la autonomía consiste en el margen o capacidad de gestión que el constituyente y el legislador garantizan a las entidades territoriales para que

*planeen, programen, dirijan, organicen, ejecuten, coordinen y controlen sus actividades, en aras del cumplimiento de las funciones y fines del Estado.*⁵

No obstante, la presente investigación se plantea la determinación del alcance de los anteriores conceptos enfocado a la explotación y exploración de los recursos mineros determinando de esta manera el grado de participación de estas, teniendo como base el principio que la Constitución Política de 1991 estableció según el cual el Estado Colombiano es un Estado Unitario, dueño de los recursos naturales. Resulta fundamental esclarecer el nivel de autonomía de las entidades territoriales para adoptar decisiones referentes a las mejores condiciones de desarrollo ambiental, social y cultural en su región, esto es, conocer con mayor profundidad el papel que desempeñan en la adopción de autorizaciones para llevar a cabo actividades relativas a la minería en su jurisdicción.

Esta investigación es de interés general, en tanto se trata de una problemática que afecta económica, política y socialmente al Estado Colombiano. En la medida en que se fijen parámetros en la exploración y explotación de los recursos mineros, delimitando los alcances o el nivel de participación de las entidades territoriales en el desempeño de actividades en dicho sector, podrá dirimir en gran medida la tensión jurídica previamente descrita y que constituye el objeto de este trabajo.

La presente investigación utilizará una metodología de corte descriptivo, dado que busca a través de las características y dimensiones de la problemática, definir las tensiones constitucionales en Colombia en relación con la intervención del Estado en la minería frente a las personas y el territorio, además se tomará la investigación pura, básica o fundamental, pues su contexto contendrá aspectos teóricos, doctrinales, legales y jurisprudenciales. El método empleado será el deductivo indirecto porque la investigación se compone de argumentos lógicos compuestos de varias proposiciones, las cuales se comparan entre sí para descubrir una relación.

⁵Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de noviembre de 2001) Sentencia C-1258/2001(MP Jaime Córdoba)

La premisa mayor contiene la proposición universal, la premisa menor contiene la proposición particular, de su comparación resultará la conclusión. Por su parte, se hará uso de las fuentes secundarias de información, en particular jurisprudencia nacional e internacional y monografías de autores tanto nacionales e internacionales con el objetivo de analizar la problemática en el derecho comparado.

METODOLOGIA

1.1. Tipo de investigación

La investigación se justifica en su propuesta metodológica, la cual resulta ser pura en la búsqueda del conocimiento obtenido por medio de la recolección de datos y análisis documental. Sistemática a partir de la formulación de las hipótesis y Descriptiva en la interpretación de la realidad que se construye.

De igual manera, como investigación aplicada en la finalidad del fortalecimiento del conocimiento se empleó la estrategia de razonamiento del método deductivo para inducir en las conclusiones definidas a partir de las premisas señaladas. En este sentido, resulta ser un proceso investigativo que va de las conclusiones generales (respecto al reconocimiento normativo) a las particulares (respecto a los hechos concretos de la realidad evidenciada que comprueba su validez) a partir de teorías, normas y pronunciamientos preestablecidos.

Se realizó una investigación cualitativa respecto a la descripción del fenómeno social con derivaciones jurídicas. Conceptualizando sobre la realidad con base a la información obtenida.

Como estrategia metodológica, el fundamento del trabajo documental se desarrolló a partir de la revisión, análisis e interpretación de fuentes documentales. Por lo cual, cobra relevancia los textos citados en la referencia bibliográfica por ser pertinentes en la finalidad de establecer nociones preliminares sobre conceptos indispensables que consideran necesario la consolidación de un marco referencial, a partir del cual se desarrollara el análisis del tema propuesto. Igualmente, se realizó un rastreo normativo a partir de las normas mencionadas en fuente secundaria.

En cuanto a la revisión documental, se tuvo en cuenta, como guía de revisión, y de manera general para todas las etapas de la investigación, las categorías que se refieren a la autonomía territorial, descentralización administrativa e historia minera, entre otras. La recopilación de la información se planteó conforme al criterio de

triangulación metodológica en la propuesta del plan de investigación como estrategia del estudio.

De este modo, se utilizó la técnica de rastreo de información relacionada con el análisis documental y la recopilación de textos normativos, doctrinales y jurisprudenciales. Así como también, se realizó un rastreo doctrinal y jurisprudencial respecto a principales sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana.

1.2. Fuentes y Técnicas de Obtención de Información

En la investigación resultó de gran utilidad el trabajo de campo realizado a través del uso de las fuentes y técnicas de obtención de información pertinente. Como información relevante resulta simbolizar el medio a través del cual se responde a la pregunta problema formulada, se aprueban las hipótesis enunciadas y se logran los objetivos del estudio.

Lo anterior, ofrece confiabilidad y validez en el estudio y se hará a través de las siguientes fuentes y técnicas de recolección de información para el posterior procesamiento, análisis y discusión de los resultados obtenidos.

No se consideraron, las fuentes de recolección de información primarias por el diseño y tipo de estudio.

1.2.1. Fuentes Secundarias

Referencias bibliográficas, Documentos oficiales, normatividad, doctrina y jurisprudencia, Informes técnicos y de investigación de instituciones públicas. Datos estadísticos, Bases de datos referentes a los catálogos de bibliotecas, incluso virtuales, Narraciones de autores nacionales e internacionales en el objetivo de realizar derecho comparado, Revistas electrónicas accesibles por Internet. Recopilación y Análisis documental y bibliográfico de textos normativos, doctrinales y jurisprudenciales.

1.2.2. Técnicas de Recolección de Información

Observación; en la selección, análisis y reflexión crítica del tema a investigar, en la clasificación y consignación de datos obtenidos y en la interpretación de los mismos.

CAPÍTULO I - CARACTERÍSTICAS DEL MODELO MINERO EUROPEO

Este capítulo se trabajará aspectos relevantes en el derecho comparado, alejándose de todo rasgo especulativo, utópico o simplemente ornamental, como lo indica la autora “se debe concebir en la actualidad de modo instrumental respecto del derecho interno, de forma que el análisis de derecho comparado sirva para perfeccionar las soluciones jurídicas actuales” (Carbonell, 2000)⁶.

En este sentido, el derecho minero abarca la propiedad y quién es el titular para permitir su uso, de acuerdo con su distribución y modelo de gobierno, así como con las regulaciones que se tienen en cada país, es relevante para esta investigación conocer ¿quién es propietario del mineral? (la propiedad de la tierra) y ¿cuáles el modo en que se extrae los minerales?, ya que la propiedad y el modo de extracción trae consecuencias para los que tienen concesiones mineras. En este capítulo se trabajará sobre algunas características de los modelos europeos de minería, los modelos de ordenamiento territorial con autonomía en el contexto del derecho comparado, las políticas, regulación y crecimiento de la minería de la UE y algunos aspectos relevante en el régimen jurídico de la actividad minera en el contexto de los modelos mineros europeos.

1.1. Características de los Modelos Europeos de Minería.

Una de las primeras características que se pretende revisar es la titularidad de la propiedad y a partir de esta observar cuales son las principales particularidades que se presentan en Europa respecto a la actividad minera entre ellas las siguientes:

- a) La titularidad de la propiedad del suelo.
- b) Las problemáticas del medio ambiente.
- c) Los problemas laborales y condiciones de trabajo presentados a partir de la minería.

⁶Carbonell, E. (2000) “Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán. un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero”, *Revista de administración pública*, N. 152. 339-383.

Contextualizando las principales características de los modelos europeos, resulta como orientación preliminar dejar claridad sobre la naturaleza diferencial en la estructura política, organizacional, territorial que puede cambiar de acuerdo a cada País, así como la misma constitución del modelo minero, en tanto estas características o elementos nos permiten diagramar y comparar la aplicación de la actividad extractiva vista desde un plano sectorial, y diferencial.

1.1.1. La titularidad de la propiedad del suelo

La propiedad es un valor fundamental para los Estados de Europa, siendo este reconocido y garantizado constitucional y legalmente en todos ellos, en este sentido se ha venido dando un desarrollo constante de la propiedad, pero a su vez frente a este desarrollo se considera fundamental la noción del interés general de la colectividad; además, la soberanía ha dispuesto siempre de un dominio propio que, bajo su forma moderna, toma la forma de dominio del Estado (o de las colectividades)⁷.

En Europa los modelos mineros y su titularidad responden a distintos factores, en los países germánicos ha prevalecido una concepción libre que deviene después de la Alta Edad Media, los mineros han quedado atados al sistema tradicional de libertad de acción, la *Bergbaufreiheit*⁸; en este sentido se entiende que la investigación es libre para cualquiera; siendo atribuido a quien descubre un yacimiento la titularidad los minerales, en ese sentido no pertenecen al propietario del suelo, constituyendo un bien raíz completamente distinto del terreno superficiario⁹.

⁷Legoux. P. (1987) "Legislaciones mineras de los Estados miembros de la comunidad económica europea", tad, Fernández. L.C., *Revista de Administración Pública*, No. 113, 367-398.

⁸Ídem

⁹ Ídem.

Los países germanos se basan en un sistema de apropiación, como los deja Pierre. L.,¹⁰ Seguramente no sea posible continuar con este sistema de ordenación minera un tanto anárquico; pero se puede considerar que los sistemas de atribución de la mina al primer solicitante, bajo ciertas condiciones, sustentan la misma filosofía; este es el caso de la República Federal Alemana, Dinamarca y Grecia.

El derecho alemán puede clasificarse de sistema no propietario de intervención pública en la ordenación de la minería, de acuerdo con la titularidad por ejemplo Alemania siendo uno de los países de mayor tradición minera de la Unión Europea, Según Elisa. C.¹¹, Alemania se ha regulado bajo las normas de derecho privado, siendo el papel del Estado reducido a controlar el acceso a la explotación de las minas, recaudar impuestos y vigilar el buen orden de las explotaciones. En ese orden de ideas es importante señalar que la naturaleza jurídico - privada del Derecho minero se ha transformado por un sistema autorizatorio de carácter administrativo¹². La constitución alemana por su parte regula en el artículo 74.1 de la Ley fundamental, las competencias entre el Estado y los Lander. Se establece entonces a través de la Ley BBergG las regulaciones y los límites de los Lander, siendo esta una norma unificadora del derecho minero alemán. Entonces deviene la pregunta “¿cómo una competencia concurrente ha dado origen a una legislación minera preponderantemente federal, es decir, emanada del Bund y con vocación unificadora?”¹³

En este sentido la norma pone freno en aspectos de posibles de apoderamientos de los Lander como lo deja ver en el artículo 72.2 GG, que indica que la Federación sólo podrá intervenir cuando sea necesario para salvaguardar la uniformidad de las condiciones de vida de los Estados federales o cuando así lo exija la unidad jurídica o económica del país más allá del territorio de un Land¹⁴.

¹⁰ Legoux. P., (1987) “Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea”, *Revista de Administración Pública*, Op cit., p. 368.

¹¹ Salazar, E. (2014) “La Concesión Minera y el Derecho de Aprovechamiento Buscando un Equilibrio Entre lo Público y lo Privado”, Vol.42, *Revista Derecho & sociedad*, pp. 363-371. DOI <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12491>.

¹² *Ibidem*

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Alemania, Ley Federal de Minería del 13 de agosto de 1980, Gaceta de las Leyes Federales I, p. 1310. Que fue modificada por última vez por el artículo 237 de la Ordenanza de 19 de junio de 2020 (Gaceta de Leyes Federales I p. 1328)"

Pese a que la constitución alemana indica que los recursos naturales pueden ser declarado de propiedad colectiva y el Estado podría tener la propiedad absoluta de los recursos minerales, así como el control y su explotación en forma directa como lo deja ver el artículo 15 Ley fundamental: “La tierra y el suelo, los recursos naturales y los medios de producción podrán con los fines de la socialización.

En Alemania ha imperado el concepto de considerar que el poder público sobre las cosas no es sino un mero derecho real limitado en una servr Vergesellschaftung), ser transferidos a la propiedad pública (in Gemeineigentum) u otra forma de economía colectiva (Gemeinwirtschaft) mediante una ley que regulará la modalidad y la cuantía de la indemnización. Se aplicará por analogía el párrafo 3, tercer y cuarto incisos, del artículo 14 en materia de indemnización”¹⁵, Sin embargo este hecho está alejado de la realidad Alemana pues el derecho Alemán no contempla la categoría de dominio público o propiedad pública¹⁶, servidumbre pública (Dienstbarkeii des öffentlichen Rechts), partiendo de una concepto unitario de la propiedad, así pues el sistema alemán “no reconoce una propiedad pública distinta de la propiedad civil”¹⁷., se concibe una propiedad única de carácter civil aun cuando pueda afectar la finalidad pública.

Mientras que para los países anglosajones por su parte consideran la mina como una dependencia de la propiedad de la superficie, esta concepción sigue vigente en Gran Bretaña e Irlanda siendo el sistema de accesión que se aplica en este territorio. Así es pues, “este es igualmente el sistema aplicable muy generalmente a los productos de cantera, fuera de estos dos casos, la propiedad de la sustancia y minerales es distinta de la propiedad de la superficie”¹⁸.

La propiedad del suelo en Gran Bretaña es reservada para el propietario quien tiene derecho sobre los minerales subyacentes, el hecho a revisar en gran Bretaña es que la propiedad puede tener un origen diverso y en este sentido la propiedad de los minerales ha tenido una suerte totalmente distinta a la superficie, esto debido a la antigüedad y los orígenes de la propiedad, en este sentido se presentan algunos

¹⁵ Ídem.

¹⁶Legoux. P., “Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea”, op.cit. p. 369.

¹⁷ Ídem, p. 369.

¹⁸ Ídem, p.369.

vacíos sobre la titularidad de las minas cuando no es mencionado expresamente quien es el dueño de la mina en los títulos de propiedad, esta incertidumbre respecto sobre la titularidad del derecho de propiedad conlleva a realizar presunciones sobre la propiedad del suelo. ahora bien, en 1979 se pretende presentar un proyecto de ley que regula la obligatoriedad de registrar los derechos mineros pero este proyecto no fue aprobado en su momento, lo cual ha terminado en una profunda crisis para los investigadores de yacimiento que encuentra dificultades por tales motivos, son las expectativas a la propiedad el oro, la plata y los metales monetarios que son propiedad de la corona, así como también los hidrocarburos y el carbón que se encuentran nacionalizados y entran a ser propiedad del Estado¹⁹.

Para estos países el sistema de accesión indica que el propietario de la tierra superficial es también propietario del subsuelo y por lo tanto titular de los recursos minerales que subyacen en dichos terrenos, en este entendido podrán según dice Salazar. E.²⁰: Podrá directamente ejecutar o negociar con terceros la explotación o no de los minerales según las reglas civiles de la propiedad y el mercado. Dicho de otro modo, consolida y reconoce en un solo titular (el del terreno) todos los derechos, sobre la base del principio general del derecho que dispone que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Autores como Gherzi E.²¹, sostienen la importancia de promover mecanismos eficientes para gestionar los recursos y ello lleva decir que sería el reconocimiento de la propiedad de los recursos a los titulares del terreno superficial y de esta forma evitar la generación de conflictos sociales. Esto a su vez, generaría un mayor disfrute de la propiedad para quienes son titulares y evitar los conflictos con terceros, una mayor transparencia y eficacia.

En los países como las dos Irlanda y Gran Bretaña, basados en Common Law , como ya hemos dicho su teoría de la propiedad está basada en la accesión y no la separación del suelo del subsuelo, así pues Gutiérrez, C.,²² Considera que las minas

¹⁹ Ibid.

²⁰Salazar, E., “La Concesión Minera y el Derecho de Aprovechamiento Buscando un Equilibrio Entre lo Público y lo Privado”, op.cit., 364.

²¹ Gherzi, E. (2007) *Conferencia ¿Quién es el dueño del subsuelo? Conferencia dictada en Auditorio Milton Friedman*, Universidad Francisco Marroquín. Disponible en: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-10-%C2%BFquien-es-el-dueno-del-subsuelo/> (consulta: 05-05-2021)

²²Gutiérrez, C. (2010) “La propiedad minera”, *Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG*, Vol. 13, p. 42-48.

son “parte integrante de la superficie en virtud del principio de la accesión, constituyendo los elementos superficie y yacimiento una unidad; de ahí que las minas pertenecen al propietario del terreno superficial por considerarlos accesorios, dependientes o parte integrante del suelo al que tiene como principal”.

Debería respetarse la propiedad en forma general como los indica Ghersi, E²³, no ser respetado como sucede en la mayoría de países de forma excepcional, debe darse garantías de los derechos de la propiedad y del subsuelo, en este mismo sentido es de interés el suelo y subsuelo cuando el subsuelo contiene alguna riqueza minera, mientras que cuando no la tiene, el subsuelo es nuestro, cuando la tiene el gobierno nos la expropia como lo deja claro el autor.

A diferencia de la teoría de accesión, la teoría separatista nos dice que el dominio minero es un derecho ajeno, separado del derecho de propiedad, la mina es considerada con un valor diferente al que puede tener la propiedad en el terreno superficial, ahora bien, según esta teoría el suelo y subsuelo son dos cosas diferentes, esta teoría ha permitido el origen de otros sistemas que siguen las mismas orientaciones²⁴.

Por su parte el sistema de accesión corresponde a los particulares el aprovechamiento de los yacimientos de su propiedad o de terceros con el respectivo acuerdo. Para Ingunza., F.²⁵ Por ejemplo deja claro que no existe ningún impedimento para que el Estado actúe como empresario minero, por lo general no ejerce actividades mineras pues la concepción teórica del sistema es opuesta a la intervención estatal. De igual forma como indica el autor este sistema se aplica, con diferentes modalidades y excepciones en Sudáfrica, EE. UU., Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Sri Lanka y Canadá.

Al igual que Gran Bretaña, la República de Irlanda mantiene el mismo régimen jurídico para las minorías viviendo todas las consecuencias del sistema jurídico de accesión que reconoce al propietario del suelo como el propietario del subsuelo y por lo tanto

²³Ghersi, E., *Conferencia ¿Quién es el dueño del subsuelo? Conferencia dictada en el Auditorio Milton Friedman*, op.cit.

²⁴Gutierrez, C., “La propiedad minera”, op cit., p. 43.

²⁵Franciskovic, M. (2015) “Sistemas de dominio originario de los yacimientos domain systems originating in the fields Millitza”, *Vox Juris*, Vol. 30, p. 43-153.

de los minerales. Desde 1922 la situación de independencia el gobierno de República de Irlanda redujo los derechos de los propietarios superficiarios, en 1923 se comienza dar una división de los latifundios en favor de los campesinos irlandeses, en su mayoría estos latifundios eran pertenecientes a los terratenientes británicos y que no recibieron ningún tipo de compensación ²⁶.

Al igual que Ingunza., F., autores como Vildósola. J., en su trabajo hace alusión al derecho fundiario o sistemas de accesión, este expresa que los países como Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Sudáfrica (mixto), el Reino unido, Irlanda del Norte, desarrollan este sistema de accesión y que este se encuentra vigente hasta este momento. Estos países son de importancia minera ya que es su conjunto representa el casi el 45% de la totalidad de los recursos mineros conocidos del planeta. Así mismo se deja claro que en “virtud de dicho sistema, el dominio de los recursos minerales se atribuye al propietario del terreno o suelo superficial, sean estos privados o públicos y/o municipales, etc.”²⁷.

Distinto al sistema de accesión, Alemania, Dinamarca y Grecia contempla la naturaleza de la *res nullius extra commercium*, que dice que los recursos minerales o naturales no son de nadie si no que pertenecen a todo (ejemplo el pueblo alemán) , y en este sentido no son tampoco de los particulares Ahora bien, el objetivo es tendiente a establecer su aprovechamiento y otorgar derechos de exploración y explotación al “descubridor”, a través de la concesiones administrativas otorgadas por el Estado representante del “pueblo-comunidad”, a título de administrador de dichos recursos²⁸.

El código minero griego aprobado fue aprobado mediante la ley de 1973 y modificado en 1976, en cuanto al régimen de intervención se regulaba por el decreto-ley de 1964 que fue modificado por la ley de 1976 de igual forma. Ahora bien, la distinción entre los productos minerales y los productos de cantera no tiene ninguna particularidad, la propiedad del suelo entonces no se extiende a los minerales²⁹. El Estado tiene la

²⁶Legoux. P., tad, Fernández. L, “Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea”, op.cit. p. 370.

²⁷ Vildosola. J. (1999), *El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe*, ed. 1º , Editorial Latina C.A., Venezuela, p. 153.

²⁸Ibídem, p. 48.

²⁹Legoux. P., “Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea”, Op. cit., p.372

reserva de todos los productos geotérmicos, los hidrocarburos, los combustibles, salgema, esmeril y en lo que compete a los abonos orgánicos existen algunas reglas especiales.

En cuanto a las concesiones mineras la propiedad minera no es de quien obtenga el permiso de investigación sin embargo puede ejercer algunas acciones como poseedor, en ese orden de ideas la investigación se realiza bajo los permisos exclusivos válidos para todos los minerales con las excepciones reservadas para el Estado. Estos derechos pueden ser negados siempre que se imponga el interés general público y esta negación debe ser motivada, la duración de estos permisos es otorgada por tres años que no son prorrogables, además, si se descubre un yacimiento la concesión debe darse de forma automática³⁰.

En el caso de las minas italianas son clasificadas de acuerdo al interés por un lado se encuentran las de interés nacional y por otro lado las de interés local, en el primer caso las decisiones las toma el ministerio o su equivalente regional y en el segundo caso son competencia del servicio de minas regional. En Italia entonces no se exigen condiciones de nacionalidad sólo en caso de los hidrocarburos. Por su parte en temas como la explotación está sujeta a “autorización previa más que en Sicilia y Cerdeña; por lo demás es libre”³¹ Esta clasificación de las minas conlleva un régimen de regalías, se convierten en un patrimonio inalienable y por lo tanto un sistema basado en las regalías.

En cuanto a la legislación en Italia se regula a través del real decreto de 29 de julio de 1927, que fue modificado en 1941, este aplica a todo el territorio, pero existen una región con un estatuto especial como: Cerdeña, Sicilia, Trentino-Alto Adige, Valle d' Aosta y Friulli Venezia Giulia, en estas existen unas competencias legislativas para las minas.

Los permisos de investigación son otorgados por 3 años, la legislación indica que los trabajos deben ser continuos no se puede suspender y su inicio debe ser en los primeros tres meses; una vez otorgados los permisos la explotación se desarrolló con

³⁰Ibidem, p. 372

³¹Ídem, p. 372

base al sistema de concesión por un tiempo estimado de 30 años, son perpetuas las concesiones antes de 1927, constituyen un derecho inmobiliario y son hipotecables.

Ahora bien, la titularidad de los permisos de investigación permite tener una prioridad para obtener las concesiones, sin embargo, no se considera un derecho propiamente por ejemplo “en Sicilia existe un Instituto Minero que puede exigir la participación en un 51 por 100, o incluso puede sustituir al solicitante mediante indemnización de sus trabajos y el pago de una prima”³².

En España por su parte como indica la Ley 22/1973, ley de minas, el Estado es quién tiene la titularidad del subsuelo, mediante reserva de Estado puede ceder los derechos mineros, es decir, bajo el precepto de dominio público, todos los derechos mineros y recursos geológicos son bienes públicos³³.

La ley 22/1993, de minas, tiene como objetivo principal establecer el régimen jurídico de la investigación y aprovechamiento de los yacimientos y minerales, así como de los demás recursos geológicos, esta se encuentra desarrollará por el Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto y Real Decreto 975/2009.

Veamos un poco de donde surge la propiedad del subsuelo, Ghersi, E. sostiene que el rey era el propietario del subsuelo, esta concepción fue heredada a Latinoamérica, esto conlleva a la realización de un pago por los derechos de concesión que al día de hoy, se siguen llamando como regalías considerado como reminiscencia del derecho real, el derecho conocido como regio que se daba sobre la propiedad del subsuelo, era entonces el rey propietario de subsuelo y en ese momento histórico de la colonia se le pagaba a la corona el quinto real por la explotación minera en Hispanoamérica, el rey cobraba impuesto como propietario por la utilización del subsuelo, una compensación como consecuencia de la extracción.³⁴.

En España se aplicaba la res nullius, en el código de minas se habla de un dominio público mixto, por un lado, se le concede al Estado las atribuciones bajo un sistema de concesiones, que tenían un carácter liberal regulado bajo el decreto de 1868. según

³²Ídem, p.373

³³ Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, «BOE» núm. 176, de 24/07/1973.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1973-1018>

³⁴ Ghersi, E., Conferencia, ¿Quién es el dueño del subsuelo? Conferencia dictada en Auditorio Milton Friedman, Universidad Francisco Marroquín, op.cit.

dice el autor Escudero. A³⁵, sostiene que “El acceso a la propiedad no requería de calicatas ni de previa existencia de mineral. Las minas podían ser adquiridas por españoles o extranjeros. Una vez otorgada la concesión, el Estado no exigía a su dueño la obligación de saborearla”. Otra cuestión importante es la permanencia pues no había límites para el minifundio pues se permitía el registro de grandes superficies de y propiedad, en ese mismo sentido no caducada la pertenencia salvo que no se pagará los cánones. Con la Introducción del código de minas se logró prohibir la concesión de las minas sin el lleno de los requisitos de investigación controlado por los ingenieros del Estado en este caso la norma indicaba que solo podían acceder a las concesiones mineras los españoles o con socios extranjero que se encontraban domiciliadas en el país y por lo tanto el régimen normativo aplicable en estas empresas es el régimen español. Se da un incremento respecto del tamaño de las pertenencias para evitar el minifundismo, se introduce la obligación que tiene las empresas de laborar las minas so pena de incurrir en caducidad de la posición y su posterior retorno al Estado³⁶.

Ahora bien, la propiedad y la titularidad de los recursos minerales se consideran que pertenece a un bien colectivo jurídico, político y social denominado Nación, esta teoría totalmente distinta a la teoría de accesión, donde la titularidad recae sobre el dueño la superficie es también dueño del subsuelo, (este puede ser un particular, la comunidad, o cualquiera), mientras que en esta teoría el titular del terreno superficiario que puede ser cualquiera no lo es del subsuelo pues es la Nación el titular originario, Escudero. A³⁷ apunta que, si bien “el Estado es la cara visible de la titularidad, éste funge como un representante de intereses y en una suerte de administrador y responsable de los mismo respecto del colectivo que representa”.

El Código de minas, trajo algunas restricciones en torno a la reserva de algunos criaderos para la explotación del Estado, facultades inspectoras a los ingenieros y por último el reconocimiento de los derechos laborales.

Tratándose del régimen fiscal hasta principio del siglo la minería tuvo una baja presión fiscal, ya que en decreto de 1868 contemplaba un único pago de impuesto, llamado el

³⁵ Escudero. A. (1993). Leyes mineras y grupos de presión. “El coste de oportunidad de la política fiscal en la minería española”, *Revista de Economía Aplicada*, Número 3, vol. 1, pp. 75- 94.

³⁶Ídem.

³⁷Ídem.

canon de superficie y que era una pequeña cantidad. En 1863 y 1869 se impuso la franquicia de exportación. Entretanto, el gravamen sobre el producto bruto creado por la ley de presupuesto de 1876, ascendió a un 1% del valor a bocamina hasta el año de 1893 luego pasó a un 2% en 1900. A esto se suma el fraude ya que según Escudero. A, el Estado debió alcanzar el 60% de la recaudación por concepto de canon y sin embargo las sociedades mineras no tributaron por sus utilidades, la presión fiscal según lo señala el autor se sitúa muy por debajo del 2,5% del valor f.o.b. de las exportaciones. La influencia y los lobbies nacionales es uno de los factores que llevaron consigo al incremento de presión fiscal³⁸.

El decreto de 68 ratifica la libre inversión extranjera en el sector minero dejando ver que todo tanto español como extranjero podrían libremente describir, reconocer y adquirir recursos en iguales circunstancias, con el fin de estimular la inversión extranjera³⁹.

Sin embargo, con Ley 22/1973, ley de minas, se le atribuye al Estado todos los yacimientos naturales y demás recursos geológicos, según el artículo segundo uno, estos son bienes de dominio público, así pues, el Estado puede investigar y aprovechar los recursos o ceder y establecer las condiciones mediante la ley y demás disposiciones para tales efectos. Esta norma entonces atribuye al gobierno las facultades para entrar a regular el régimen de minas.

Esta ley de 1973 es contundente en referirse a la naturaleza jurídica de los yacimientos de origen natural y de los recursos geológicos como bienes de dominio público, en este orden de ideas el ejercicio del derecho de usufructuar los mineras en España queda condicionado a la obtención de la autorización de explotación y a la presentación de los planes laborales a que haya el caso, como la ley lo indica permite garantizar el mejor aprovechamiento de la riqueza representada por esta clase recursos.

Por tratarse de bienes de dominio público, el Estado podrá explotarlos directamente o ceder su aprovechamiento a terceras personas cuando lo justifiquen superiores

³⁸Gutiérrez, C., “La propiedad minera”, op.cit, p. 45.

³⁹Broder. A., Pérez. M., Sánchez. A., Marchan. C (eds.). (2014). La inversión extranjera en la minería española, Madrid: Instituto Geológico y Minero de España.

necesidades de interés nacional y si el propietario del terreno rechaza la invitación que se le haga para ello.

Históricamente Francia ha tenido diversas regulaciones de minería por ejemplo en 1791 la Asamblea Nacional expide el código de minas basado en la teoría de dominio. El origen de la titularidad de dominio comienza a tener una gran importancia ya que depende el sistema adoptado para el dominio surgen las características sustanciales y la legislación interna de los países para regular la minería es por ello el interés que históricamente se le imprime a la fundamentación de la propiedad⁴⁰.

En el 1810 se da una nueva ley de minería Francesa, de Napoleón, esta determina que el propietario de terreno es dueño de la superficie y de lo que está debajo de ella, con excepción de lo que se exponga en el código civil y con sujeción a la ley de minería, pero también señala en su artículo 2 que los criaderos , placeres y minas de cobre, oro y plata son propiedad de dominio radical del Estado por cuyas leyes han de ser regidas por todo lo concerniente a la posición, exploración y aprovechamiento. En el marco de esta norma los particulares podrán adquirir el respectivo título minero, como también otros procedimientos mediante una adjudicación simple o a través de denuncios

Los particulares podían adquirir el respectivo título minero, entre otros procedimientos, mediante adjudicación simple o a través de denuncios, otro de los aspectos planteados por la norma es que las minas deben trabajarse de forma constante es una obligación so pena de incumplimiento y las correspondientes sanciones si no se da su uso⁴¹.

Desde el año 1919 como lo menciona Fernández. L, la concesión dejó de ser una propiedad para convertirse en un derecho real inmobiliario de carácter administrativo, como este lo ha señalado es una mutación conceptualmente muy notable. Según la Ley de 1919, se retrae de la concesión perpetua, imponiendo un máximo de cinco años, pero esto solo duró hasta 1955 donde se restableció la perpetuidad, sólo hasta

⁴⁰ Gutiérrez, C., “La propiedad minera”, op cit., p. 43.

⁴¹Legoux. P. “Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea”, op.cit., p. 376.

1977 se logró volver al principio de concesión temporal y suprimir el derecho que se tenía de hipoteca⁴².

Como existe una gran burocracia y trámites para conceder la concesión, en 1927 se creó un título minero nuevo. Tanto el texto de 1955 como el de 1956 marcaron una importancia en la tradición minera francesa, en un primer momento posterior a la derogación de la Ley de 1910, se consigue la actualización de lista de la clasificación minera, se logra adecuar la minería a las necesidades de la aquella actualidad, se introducen nuevos procedimientos de conformidad a las nuevas tecnologías, otro aspecto relevante es la transmisión de ciertas sustancia que se encontraban categorizadas como de cantera a la de minas un ejemplo de ello fue la bauxita, lo que genera unas tensiones en el derecho adquisitivos de la propiedad. Un logro importante es la creación de permisos exclusivos, que son importantes para la protección de las garantías necesarias.

En el año 1970 se da una reforma al régimen de cantera hasta el punto de acercarse al régimen que cubija a las minas, otro de los aspectos importante que introduce esta nueva norma son las condiciones de ocupación de la superficie y la titularidad de la mina. Posteriormente se da la reforma en 1977 que limitó el dominio, su utilización y negó la posibilidad de hipoteca, estas medidas se toman con el fin de mejorar la utilización de los yacimientos como también permiten la identidad de los empresarios mineros. El régimen de cantera ha afectado en gran medida los poderes de orientación y por otro lado se refuerza el control administrativo. La Ley francesa de 1977 plantea por primera vez el caso de la geotermia, clasifica así las categorías según la temperatura y fluido en la superficie indicando que por encima de los 105 grados debe darse la aplicación del régimen minero de concesión, por debajo de esta temperatura se rige bajo un régimen de autorización de investigación y de permiso de explotación.

Así pues, en Francia permanece el código de mina para los efectos de la geotérmica en tanto cumplan con la temperatura, cabe anotar que algunos códigos mineros tratan de la geotermia, pero con sus reglas particulares como lo son Alemania, Italia, Francia y Grecia⁴³.

⁴²Ídem., p. 377.

⁴³Ibidem., p. 390.

Al igual que los demás países que hemos mencionado, Francia somete a autorización previa toda transferencia de cesión o arrendamiento del título minero, su régimen especial de las materias de cantera debe darse bajo la coordinación⁴⁴.

En Francia existen dos tipos de títulos mineros para la exploración por un lado un permiso de exploración y por otro lado un permiso de concesión, como se mencionó esta dualidad se centra en una razón y es las concesiones de acuerdo con los minerales, anterior estas concesiones era eternizadas en el tiempo ahora su aplicación es regulada por la norma⁴⁵.

En la actualidad los yacimientos que tienen sustancias minerales o fósiles se encuentran sujetos al régimen de minas o al régimen de explotación de canteras determinado por la naturaleza de las sustancias que contiene y su pertinencia con las disposiciones previstas en el código de minas. De acuerdo con la Ley de minas de 2011 cuando se refiere al trabajo de investigación para descubrir las minas solo puede realizarse en primer lugar por el propietario de la superficie o con su consentimiento, con previa declaración que se debe hacer a la autoridad administrativa, en segundo lugar, si no se tiene el consentimiento la ley dice que con “la autorización de la autoridad administrativa competente, después de que el propietario haya sido invitado a presentar sus observaciones y en las condiciones que establezca el decreto del Consejo de Estado y por último por el por el titular del permiso de exploración exclusivo previsto en el Capítulo II de este Título”, señalado en el artículo L121-1 de la ley de minería de 2011⁴⁶.

En el caso que no se encuentre un mineral o fósil clasificado por el libro I del código de minas se considera una sustancia de cantera. En ese orden de ideas, la norma también expresa que el titular de la concesión de almacenamiento se encuentra exento de tener que obtener un título minero cuando el fin de la operación del repositorio requiera la extracción de una sustancia que se mencionan en el artículo L. 111-1.

⁴⁴Ídem., p. 390.

⁴⁵Legoux. P. “Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea”, op.cit. p. 389.

⁴⁶Francia, Ordenanza de creación n ° 2011-91 de 20 de enero de 2011, portant codification de la partie législative du code minier.

De acuerdo con la última modificación realizada al código de mina mediante la ley N° 2017-1839 del 30 de diciembre de 2017 la concesión que se otorguen aplicado el artículo L 132 pone fin a la exploración y explotación de hidrocarburos, así como las relativas a la energía y medio ambiente no podrán permitir que se supere el plazo de 1 de enero de 2040 con la salvedad que “el titular del permiso de la explotación demuestre ante la autoridad administrativa la limitación que tiene la duración de la concesión inducida por este plazo no cubre su investigación y costos de explotación, con miras a lograr el equilibrio económico, mediante la explotación del yacimiento descubierto dentro del perímetro de este permiso durante su vigencia. En el último caso, el”⁴⁷.

“Artículo L121-2, señala que las sustancia o sustancias que son objetos de concesión o del ámbito de exploración estatal, dentro del perímetro de concesión o de una exploración estatal, el concesionario o el Estado, según sea el caso, gozan del derecho a buscar las sustancias que son objeto de la concesión. De igual forma la norma indica que una vez obtenido el permiso de explotación se elimina cualquier posibilidad de que el Estado recupere el control y pueda cambiar de opinión sobre la explotación de un recurso”⁴⁸

1.1.2. Las problemáticas del medio ambiente

Puede tener un gran impacto en el medio ambiente si bien no es en corto o mediano plazo si tienes sus consecuencias a largo plazo, muchos son los ejemplos de la mala praxis minera, los efectos que tiene la minería en el medio ambiente son cada vez importante tanto para los estados, industria minera y sus trabajadores. Poner el medio ambiente en el centro del debate es relevante en la actualidad debido a las consecuencias que tiene sobre los territorios, los ecosistemas y el calentamiento global entre otros factores. Según James R. Armstrong y Raji Menon ⁴⁹, las ONG en España por ejemplo han realizado grandes labores en búsqueda de introducir tecnologías de interés y eficiente para mejorar la efectividad y reducir el impacto sobre la salud y el medio ambiente en las pequeñas minas. En este sentido, los autores de marca que algunas organizaciones no gubernamentales han realizado estudios y elaborados importantes directrices en torno al medio ambiente, el trabajo infantil, el

⁴⁷Francia, Ordenanza de creación n ° 2011-91 de 20 de enero de 2011, portant codification de la partie législative du code minier.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ James. R., Armstrong y Raji. M. (2012) *MINAS Y CANTERAS*, Madrid: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), p. 742

trabajo a las mujeres, así como también los indígenas, sin embargo, estas acciones se quedan cortas debido a la poca visibilidad y el apoyo gubernamental.

A esto se suma que los trabajadores de las pequeñas minas se rehúsan a la utilización de nuevas tecnologías que permitan mitigar los efectos del impacto que genera en la salud y en el medio ambiente, generalmente los mineros itinerantes y los pequeños mineros no tienen ningún interés de rehabilitar la tierra a largo plazo. En este momento el reto es demostrar a los mineros que existen mejores formas de practicar la minería y que esto no pondría en riesgo su actividad, pero sí generaría beneficios a la salud, el medio ambiente, a la tierra misma y como consecuencia beneficios menos para el país. En 1993 se desarrollaron las directrices Harare que buscaba generar pautas en las Naciones Unidas sobre la minería a pequeña escala y de esta forma unificar postulados globales y coordinados. Esta guía sirve de orientación para los gobiernos y los organismos en búsqueda de esas coordinación⁵⁰.

Para el año 2014 se aprobó el programa horizonte 2020 cuyo objetivo principal es la innovación e investigación buscando asegurar la competitividad global de la Unión Europea. Este proyecto cuenta con un gran respaldo político y económico de los líderes perteneciente a la Unión Europea, así como también del parlamento europeo en su búsqueda por obtener una mayor eficiencia y aprovechamiento de los recursos y materias primas, así como también su línea de energías limpias y eficientes que se prometen generar un cambio para los efectos Climáticos⁵¹.

Este programa cuenta con más de 80.000 millones de euros que han sido distribuidos entre los años 2014-2020 y a los que se han sumado inversión pública y privada. Para horizonte 2020 ha sido un reto generar una mayor efectividad en el aprovechamiento de los recursos al mismo tiempo abordar problemas ambientales y climáticos. Dentro de los 6 proyectos que tiene el programa se enmarca el acceso a los recursos como una de las principales estrategias que se pretendían desarrollar, una esas estrategias se aplican alrededor del Pacto Verde Europeo que busca promover a Europa como un continente neutro de carbono para el año 2025. De igual forma se busca reducir la

⁵⁰ Ídem

⁵¹ División de Programas de la Unión Europea del CDTI en colaboración con el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) y la Oficina Europea (FECYT-MINECO). (2014). *Guía del participante Horizonte 2020*, Madrid: Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial, p. 20

emisión de gases de efecto invernadero hacia el año 2030 en una cantidad entre el 50% y 55% de los niveles que se tenían en el año 1990⁵².

El Pacto Verde Europeo ha coadyuvado a la transformación de la economía sostenible en Europa así como a su competitividad y la eficiencia de la utilización de los recursos actuales siendo un programa pionero en la contribución de la transformación sostenible, la utilización sostenible de la materia prima, incluidos los metales y los minerales industriales y más específicamente la materia prima crítica (MPC) ejemplo de ello son las tierras raras, ello se debe a que tiene la cadenas de valor industriales en especial cuando se habla del sector energético, la movilidad y la defensa teniendo en cuenta que es importante para la producción de las nuevas tecnologías, la energía renovable, los vehículos electrónicos y los teléfonos celulares, etc⁵³.

Ahora bien, en este marco se propone aumentar la industria en 20% del PIB de la Unión Europea y fomentar el concepto de una Europa con recursos eficientes, habida cuenta de que al menos 30 millones de puestos de trabajo depende de la materia prima. Lo que se creía como recursos infinitos y baratos ha llegado su fin enfrentado a la necesidad de aprovechar los recursos minerales y materias primas bajo el concepto de la sostenibilidad.

Todas estas investigaciones e innovaciones en el marco de Horizonte Europa, han ayudado a las transformaciones que el Pacto Verde Europeo exige en materia de medio ambiente, sociedad y economía. La UE trabajará bajo una colaboración constante con la industria y los países para apoyar las asociaciones en área críticas como las de transportes.

En la línea de reducción de energía y la huella de carbono mediante de uso inteligencia y sostenibilidad, mediante actividades para el lanzamiento al mercado general de tecnología y servicios que hagan posible un uso eficiente e inteligente de la energía, el aprovechamiento del potencial de sistema de calefacción y refrigeración eficaces y renovables y el fomento de las ciudades y comunidades inteligentes en Europa. En

⁵² Ídem

⁵³ Comisión Europea, Investigación e innovación para el Pacto Verde Europeo, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es Consultado(20-04-2021)

cuanto a los suministro de electricidad a bajo coste y baja emisión de carbono que contempla actividad centrada en el desarrollo del pleno potencial de la eólica, de sistemas de energía solar eficiente, fiables y competitivos de la tecnología para la captura, transporte y almacenamiento de Co2 que esta sea segura y no presente riesgo para el medio ambiente y el desarrollo de la energía geotérmica, hidráulica, y otras formas de energía renovable⁵⁴. El último aspecto importante en torno a la minería y medioambiente es el tema de los combustibles alternativos y fuentes de energía móvil, que para el desarrollo de esta actividad se debe lograr obtener un bioenergía competitiva y sostenible, la reducción del plazo de comercialización de las tecnologías basadas en hidrógeno y pilas de combustibles y el desarrollo de nuevos combustibles alternativos⁵⁵.

1.1.3. Conflictos laborales y Condiciones de trabajo en el contexto de las Actividades Mineras

Enmarcado en el contexto de la actividad minera, se distingue que dentro de las condiciones de trabajo se encuentra exposición dentro de la naturalidad que se ejerce en esta actividad, si se estudian las condiciones y los datos referentes a la actividad minera, encontramos que en producto de la actividad minera, que significa el uno por ciento de la fuerza de trabajo mundial, alrededor de unos 30 millones de personas, y a que focalizado en el trabajo del carbón se sectorizan unos 10< millones, y otros 6 millones trabajan la minería de pequeña escala⁵⁶.

En ese sentido, los mineros se encuentran inmersos en una serie de circunstancias de trabajo bajo diferentes contextos, en este caso como lo son el trabajo sin luz natural o en espacios donde se percibe poca iluminación o aire. Es por ello, que en la mayoría de países donde se desarrolla la actividad minera en aras de incorporar mecanismos que sean eficientes en la reducción de las muertes y accidentes laborales, el índice de muertes, lesiones y enfermedades entre los trabajadores de las minas del mundo

⁵⁴División de Programas de la Unión Europea del CDTI en colaboración con el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) y la Oficina Europea (FECYT-MINECO), *Guía del participante Horizonte 2020*, op.citi., p. 28.

⁵⁵ Ídem

⁵⁶Organización Internacional del Trabajo OIT, La minería: Un trabajo peligroso. https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/areasofwork/hazardous-work/WCMS_356574/lang-es/index.htm (consultado:20-04-2020)

confirma que, en la mayoría de los países, la minería sigue siendo la ocupación más peligrosa si tenemos en cuenta el número de personas expuestas al riesgo⁵⁷.

1.2. Modelos Mineros del derecho comparado en el contexto de su ordenamiento territorial.

Los modelos de ordenación territorial como toma de decisión política del Estado en su actividad pública se sustentan en la planificación y organización que los impulsa evidentemente como centralistas o federalistas en la evolución del territorio. Las transformaciones territoriales resultan ser elemento fundamental para el desarrollo e incluso, para el reconocimiento del paisaje rural y urbano en la cultura del ordenamiento territorial, en la fórmula que planea la implementación de nuevos proyectos territoriales y nuevos instrumentos de gestión y planificación que tengan en cuenta la estructura natural, histórica y cultural del patrimonio territorial.

En cuanto al patrimonio cultural, el concepto de paisaje cultural, entendido como la transformación que el hombre hace sobre la naturaleza, se constituye en una noción inclusiva desde la cual es posible integrar los recursos patrimoniales a un territorio, haciendo cada vez más evidente la relación que debe existir entre el patrimonio natural y el cultural. A su vez, con ese concepto, el patrimonio cultural se articula a las condiciones de ordenamiento territorial con el fin de constituirse en un recurso que impulse el desarrollo humano en las regiones para este caso, el desarrollo humano integra el desarrollo económico y cultural de los pueblos. Si bien el término se viene utilizando de manera sistemática, debido en parte a lo novedoso del concepto y a los pocos estudios que se han realizado sobre este tema en comparación con el patrimonio arquitectónico y urbano entre otros, su aplicación y sus alcances no son similares en las diferentes regiones. Esto ha creado confusión en la formulación de metodologías para adelantar procesos de reconocimiento, valoración, delimitación y manejo de los paisajes culturales; un indicador es que no sean aún reconocidos como categoría patrimonial en algunas de las legislaciones culturales de América Latina ni, menos aún, sean articulados con el ordenamiento territorial⁵⁸.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Beltrán, L. (2009) *El patrimonio y los paisajes culturales, nuevos desafíos en su definición y manejo*, Universidad Javeriana, Vol. 22. No. 1.

Siendo así, se requiere de una renovada normatividad capaz de armonizar el ordenamiento territorial en la reglamentación de la planificación en términos de autonomía, estrategias y políticas territoriales que valoren las regiones en la intencionalidad de promover el uso y la ocupación del suelo. Sin olvidar, su protección, conservación y sustento e incluso, considerando el espacio público como unidad ordenadora de urbe en la representación política de nuevas centralidades de impacto regional.

El objetivo principal de este capítulo es analizar los modelos de ordenamiento territorial en el contexto minero y los distintos modelos, así como también revisar el espectro minero y su crecimiento en Europa, finalmente el Régimen jurídico de la actividad minera en los modelos mineros europeos.

Teniendo en cuenta los planteamientos establecidos en el marco normativo, se requiere realizar entonces, una valoración comparativa de los modelos de ordenamiento territorial en el contexto minero, con autonomía propios de otros países.

En el caso de España, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece justicia, libertad y seguridad, promoviendo el bien y el uso de la soberanía, protegiendo la cultura, tradiciones y lenguas de los pueblos españoles en el componente de sus instituciones y consolidando un Estado de derecho en la protección de los Derechos Humanos, así:

“Don Juan Carlos I, rey de España, a todos los que la presente viere y entendieren, sabed: que las cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente constitución: PREÁMBULO. La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a toda una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el

fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente constitución”⁵⁹

Lo anterior, no es más que una declaración de buenas intenciones, resultando ser el propósito intencional del poder político más que de una norma jurídica en sí misma. Siendo así, se hace necesario analizar el comparativo territorial entre Colombia y España, teniendo presente que la organización territorial en España es reconocida a través de la Constitución de 1978, de la siguiente manera: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.”⁶⁰

Se trata entonces de un modelo de ordenamiento territorial que se asimila al de Alemania con sus Estados federados, pese a no existir en España una legislación básica a la que deba someterse la legislación de las comunidades autónomas como sucede en Colombia.

En ese sentido, resulta relevante destacar que:

“Con la Constitución de 1978 se ha producido en España un cambio trascendental en la organización del Estado. La creación de las Comunidades Autónomas (CC.AA.), con amplios poderes de autogobierno y dotadas de un elevado número de competencias, tanto legislativas como reglamentarias y de ejecución ha transformado profundamente todo el sistema político. En el marco de esta transformación el sistema de planificación territorial ha sufrido también una importante modificación con la consolidación de la Ordenación del Territorio (OT) como una materia funcionalmente distinta del Urbanismo y de competencia de las CC.AA.”⁶¹.

⁵⁹Véase el preámbulo, Constitución Española de 1978.

⁶⁰ Véase Artículo 137, Constitución Española de 1978.

⁶¹ De Córdoba, M. (2006) *La ordenación del territorio en España: evolución del concepto y de su práctica en el siglo XX*, Universidad de Sevilla, p. 78.

De igual manera, en España se ampara constitucionalmente la autonomía de la administración local a través de la Constitución, y es por tanto que en sus disposiciones afirma que;

“La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los alcaldes y los concejales. Los concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto”⁶².

Por otro lado, respecto a las Modalidades de Autonomía;

Afirma Larach, C.⁶³, la existencia de vacíos en la regulación Constitucional respecto a la organización territorial. Lo que evidencia, la necesidad de reglamentación atendiendo no solamente la estructura del Estado sino los derechos de la ciudadanía en beneficio de la colectividad esta problemática se refleja en el extractivismo y las regulaciones en cuanto a los procesos de la minería y sus formas de exploración, explotación y extracción. La definición de territorio en la pertenencia al Estado, provincia y/o región como división política dinamiza la construcción teórica y práctica de su existencia en la articulación con la sociedad. los que lleva a los territorios, grupos étnicos, los pueblos a defender “las existen por su referencia a un territorio real o soñado, habitado o perdido”⁶⁴.

Siendo así, el territorio resulta ser un espacio de poder, un espacio geográfico y un espacio de arquitectura sociocultural. Como espacio de poder, resulta ser también un espacio de gestión y dominio del Estado y con ello, de organización territorial, conciencia regional e identidad en el despertar de conciencia, sentido de pertenencia y ejercicio de ciudadanía.

⁶² Véase Artículo 140, Constitución Española de 1978.

⁶³ Larach, C. (2013). “Organización territorial en España y en Colombia. Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo”. Santiago Muñoz Machado”, Revista *Digital de Derecho Administrativo*, No 10, Universidad Externado p. 163-179

⁶⁴ Bonnemaïson, J. (1981) “Voyage autor du territoire”, L’Espace Graphique,. Disponible en: http://www.persee.fr/doc/spgeo_0046-2497_1981_num_10_4_3673

La Sentencia del Tribunal Constitucional español de 28 de julio de 1981 da un paso más en la anterior construcción doctrinal, al afirmar que "la aparición de nuevas entidades territoriales - Comarcas, Áreas Metropolitanas - ha de tener una profunda repercusión sobre la delimitación de cuál sea el interés propio de las hasta ahora existentes y, en consecuencia, sobre su ámbito competencial"⁶⁵. En este sentido, y desde la perspectiva del ámbito objetivo de aplicación del principio de la autonomía municipal, la determinación de las competencias atribuibles a las administraciones Locales frente a las ostentadas por otras administraciones públicas suelen atender al tradicional criterio de distinción teórica entre los intereses generales o nacionales frente a los intereses puramente locales.

No obstante, la aplicación práctica de este criterio estructural presenta auténticas dificultades dada la imposibilidad de concentrar las diferentes competencias locales en auténticos compartimentos-estanco, aislados de todo posible contacto o influencia con las ejercidas por otros poderes públicos.

En realidad, es difícil encontrar una competencia administrativa que carezca, directa o indirectamente, de repercusiones en el ejercicio de las facultades detentadas por otras administraciones u organismos, en especial, por la estatal, que interviene allí donde se estima concurren intereses de carácter general⁶⁶.

Desde, los intereses por la autonomía regional se pueden afirmar que el territorio es una alternativa no solo desde su definición conceptual y extensión física sino desde su contenido y naturaleza ligada al poder político, participación y planeación;

Territorio es una extensión terrestre delimitada que incluye una relación de poder o posesión por parte de un individuo o un grupo social. Contiene límites de soberanía, propiedad, apropiación, disciplina, vigilancia y jurisdicción, y transmite la idea de cerramiento⁶⁷.

Por otra parte, en el comparativo relacionado con la organización territorial y la estructura del modelo minero, encontramos que, en Francia, la ordenación del

⁶⁵Tribunal Constitucional Español, Sentencia del de 28 de julio de 1981

⁶⁶ Abad J. (1998), "El Principio de la Autonomía Local en la doctrina y en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *En Revista de Derecho Administrativo*, No. 8, Universidad Europea de Madrid.

⁶⁷ Geiger, P., (1996) "Desterritorialización y especialización: Territorio, globalización y fragmentación, En: Seminario Internacional Territorio: Globalización y Fragmentación", Editora Hucitec, Sao Paulo.

territorio se inspira inicialmente en una racionalidad económica que aspira a determinar científicamente las condiciones de utilización óptima del espacio nacional. La ordenación del territorio es una competencia que ha dependido durante un largo periodo del poder discrecional del Estado. El esquema de la organización político-administrativa francesa ha variado poco a lo largo de los últimos siglos: el gobierno central, a pesar de cerrar los ojos sobre la diversidad de las prácticas, aparece como el lugar en el que se concentra la autoridad coordinadora y a partir del cual emergen las principales decisiones políticas⁶⁸ .

Bien, lo señala su Constitución, resaltando el principio por medio del cual se basa la República; del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, dado que;

“El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003. En virtud de estos principios y del de la libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los Territorios de Ultramar que manifiesten la voluntad de adherirse a ella nuevas instituciones fundadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas para favorecer su evolución democrática”⁶⁹.

En el artículo primero de la constitución de la República Francesa expresa la declaración solemne del propósito del constituyente que reflejan la separación del Estado de la religión, así como la forma de gobierno;

“Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada. La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos

⁶⁸Urteaga, E., “Modelos de Ordenación del Territorio en Europa: Francia, Alemania y Reino Unido The Spatial Planning Models in Europe: France, Germany and United Kingdom”, *Estudios Geográficos*, Vol. LXXII. Universidad del País Vasco Vitoria, 201, p. 345-345. Disponible en: file:///C:/Users/David/Downloads/341-345-1-PB.pdf

⁶⁹Véase Preámbulo, Constitución de la República Francesa del 4 de octubre de 1958.

*electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales*⁷⁰.

Respecto a su configuración territorial, establece lo siguiente;

Las entidades territoriales de la república son los municipios, los departamentos, las regiones, las entidades con estatuto particular y las entidades de ultramar regidas por el artículo 74. Cualquier otra entidad territorial se crea por ley, en su caso, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas en este apartado. Las entidades territoriales podrán decidir sobre el conjunto de las competencias que mejor pueden ejercerse a sus respectivos niveles.

En las condiciones previstas por la ley, estas entidades se administran libremente a través de consejos elegidos y disponen de un poder reglamentario para ejercer sus competencias. En las condiciones previstas por la ley orgánica, y salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución, las entidades territoriales o agrupaciones podrán, cuando esté previsto por la ley o por el reglamento, derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias.

Ninguna entidad territorial podrá ejercer una tutela sobre otra. Sin embargo, cuando el ejercicio de una competencia necesite la ayuda de varias entidades territoriales, la ley permite que una de esas entidades o agrupaciones organice las modalidades de su acción común. En las entidades territoriales de la República, el representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes⁷¹.

En Alemania, la organización territorial se identifica por la expansión poblacional a manera de federación de 16 Estados. Como el Estado es federal, las regiones (Lander) disponen de competencias amplias y los municipios de una competencia general en el ámbito de asuntos locales;

⁷⁰ Ibidem, art. 1

⁷¹ Ibidem, art. 72.

“En Alemania, del oeste, sobre todo, la ordenación del territorio se caracteriza por su desarrollo bajo la iniciativa de actores locales, en reacción a la urbanización descontrolada (...) La estructura federal del poder se basa en una tradición antigua que garantiza la independencia de las administraciones locales que componen el país (...) Jurídicamente, la política de ordenación del territorio encuentra sus raíces en la obligación constitucional hecha a los gobiernos de garantizar «la homogeneidad de las condiciones de vida»⁷².

Ahora bien, en cuanto a la estructura federal establece de igual forma que el poder se basa en mantener la tradición de garantizar la independencia de las administraciones locales que conforman el país. En este orden de ideas cuando hace alusión al ámbito del ordenamiento territorial esboza en palabras de URTEAGA, E⁷³, “la autoridad está vinculada al principio de autonomía del Lander (...) La región no es una entidad territorial sino una circunscripción administrativa cuyo corte está fijado por el Land en función de las necesidades de planificación de las intervenciones en materia de ordenación del territorio”.

Ahora al revisar el ordenamiento territorial se denota que “la región no es una entidad territorial sino una circunscripción administrativa cuyo corte está fijado por el Land en función de las necesidades de planificación de las intervenciones en materia de ordenación del territorio”⁷⁴ y así pues algunos estados federados están subdivididos en regiones administrativas llamadas Regierungsbezirk. A su vez, estos Regierungsbezirke están a su vez divididos en Landkreise (distritos) y Kreisfreie Städte (ciudades-distrito). Ahora bien, analizando con el sistema español existen diferencias ya que todos los estados federados alemanes tienen los mismos poderes y competencias. Los artículos 70-75 de la Constitución alemana definen las áreas de competencias que pertenecen al Estado federal y las pertenecientes a los países federados⁷⁵.

La ley fundamental alemana, por su parte proclama:

⁷² Urteaga, E., “Modelos de Ordenación del Territorio en Europa: Francia, Alemania y Reino Unido The Spatial Planning Models in Europe: France, Germany and United Kingdom”, op. cit. p.346.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ídem*.

⁷⁵ *Ídem*.

“Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente ley Fundamental. (...) La presente ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán”⁷⁶.

Orientando los principios y valores que rigen en la mayor parte del territorio que se adhieran después, igualmente señala en el primer artículo la importancia de la dignidad humana y la importancia de la paz;

“1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”⁷⁷.

En Cuanto a la organización territorial la ley fundamental contempla la organización del Estado en capítulo II de la Federación de los Estados Regionales;

“La República Federal Alemana (Die Bundesrepublik Deutschland) es un Estado Federal (Bundesstaat) democrático y social. 2. Todo poder estatal (Staatsgewalt) emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de legislación, de ejecución y de jurisdicción. 3. El Poder Legislativo (die Gesetzgebung) estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo (die vollziehende Gewalt) y el Judicial (die Rechtsprechung) estarán sujetos a la ley y al derecho. 4. Todo alemán tendrá derecho de resistencia (Recht zum Widerstand), cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”⁷⁸.

Ahora bien, en Suiza, el ente político y administrativo lo constituyen la Confederación, 26 cantones, algunos subdivididos en distritos y en comunas o municipios que urbanizan el denominado Estado-Nación de carácter federal y fortalecen el Estado de Derecho en el contexto de pilares fundamentales; Estado liberal de derecho, el Estado Social, el federalismo y la democracia participativa en medio de un gran catálogo de

⁷⁶Véase el preámbulo, Ley Fundamental para la República de Alemania.

⁷⁷ Véase ("Die Grundrechte") Artículo 1.0., Ley Fundamental para la República de Alemania.

⁷⁸ Véase Artículo 20 1, Ley Fundamental para la República de Alemania.

derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en su dimensión político-estatal más que jurídico-normativo.

Por ende, la Constitución Federal de la Confederación Suiza proclama; la importancia de “fortalecer libertad, democracia, independencia y la paz en un espíritu de solidaridad y apertura hacia el mundo, deseando y convivir en unidad con respeto mutuo y en consideración su diversidad, conscientes de los logros comunes y de la responsabilidad frente a las generaciones futuras sabiendo que sólo es libre el que utiliza su libertad y que la fuerza de una comunidad se mide en el bienestar de los menos afortunados, se otorgan la siguiente Constitución”⁷⁹.

Entre su articulado, se pueden citar las siguientes disposiciones que da cuenta en el artículo 2 libertad y los derechos del pueblo:

“Objetivo 1 La Confederación protege la libertad y los derechos del pueblo y garantiza la independencia y seguridad del país. 2 promueve la prosperidad común, el desarrollo duradero, la cohesión interna y la diversidad cultural del país. 3 vela por la igualdad de oportunidades posible entre los suizos y las suizas. 4 se compromete a favor de la conservación duradera de las condiciones de vida naturales y de un pacífico y justo orden Internacional”⁸⁰.

En ese orden de ideas, se aprecia las garantías constitucionales, la intención del desarrollo progresivo y la invocación a un Dios Todopoderoso. Respecto a su organización territorial, la Constitución establece:

“Función de la confederación 1 La confederación cumplirá con las funciones que le asigna la Constitución. 2 asumirá aquellas funciones que deban ser reguladas de manera uniforme. Art. 43 Función de los cantones Los cantones definirán las atribuciones a realizar en el marco de sus competencias”⁸¹.

Es así como Suiza cuenta al igual que Colombia y los demás países referenciados con una división territorial conformada por municipios como concepto jurídico, nivel de gobierno y elemento político administrativo. Siendo el elemento territorial esencial para todos los países en comento.

⁷⁹ Véase preámbulo, Constitución Federal de suiza.

⁸⁰ Véase Artículo 2, Constitución Federal de Suiza,

⁸¹ Véase Artículo 42, Constitución Federal de Suiza.

Por lo cual, se hace necesario conocer la definición del concepto de municipio a la luz de la doctrina. A Manera de ejemplo, se puede citar a FRAGA⁸²., autor según el cual “El Municipio es una forma en que el Estado descentraliza los servicios públicos correspondiente a una circunscripción territorial denominada”.

Suiza por su parte a diferencia de España no es un país productor, pero si refina el 56% por ciento del oro del mundo, a pesar de tener una con una pequeña extensión territorial de 41,3 mil km², su economía generó un PIB corriente de US\$715.360 millones en 2019, superior en 113% al registrado por Colombia⁸³.

Es importante destacar que de acuerdo por el ordenamiento territorial y, forma de gobierno entre otros factores será determinante la regulación minera en estos países. Es en este punto donde se desglosan los modelos relacionados, se abarcarán algunos aspectos o ejemplos relacionados con; a) Modelo federal; b) Modelo Unitario; c) modelo autónomo.

1.2.1. Modelo Federal

En lo que concierne al análisis de este modelo, podemos identificar lo que corresponde a la Legislación federal y regional Junto con otras subcategorías de “derecho económico”, la industria minera aparece en la Carta Fundamental alemana (Grundgesetz) como cuestión de ‘legislación concurrente” (art. 74 párrafo 1. No 11). Por lo tanto, el Länder tiene el derecho de legislar solamente “mientras y hasta el punto que la Federación no ejercite sus poderes legislativos” (para los detalles ver el art. 72 de la Grundgeserz). Esta circunstancia podría dar lugar a la hipótesis que el sector minero está dominado por la legislación federal. Tomó, sin embargo, muchos esfuerzos exhaustivos hasta que la Ley Federal Minera (Bundesberggesetz, posteriormente: BBergG o Acta Minera) del 13 de agosto de 1980. pudo entrar en vigencia el 1 de enero de 1982. Esta ley suspendió la legislación anterior de los Lünder. Sin embargo, “viejas leyes” (es decir: permisos, concesiones mineras, etc.) permanecen en parte vigentes de acuerdo con los artículos 149 y siguientes de la BBergG. De acuerdo con el tratado entre la República Federal Alemana y la República

⁸² Fraga, G., *Derecho administrativo*, op.cit., p.85.

⁸³ Ministerio de las TIC, Colombia, Oficina de Estudios Económicos- Suiza. Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/8b838194-4091-4c76-a980-254dbd93a1d6/Suiza.aspx> (Consulta 08-08-2020)

Democrática Alemana que establece la unidad de Alemania (“Einigungsvertrag”), el Bundesberggesetz es también un efecto, es decir falta igualmente, antes de entrar en detalle, señalar los problemas especiales propios de los Estados de carácter federal y por la tendencia a la descentralización que se manifiesta en ciertos países⁸⁴.

Hasta una fecha reciente, la República Federal Alemana era el ejemplo típico de un país donde el derecho minero podía parecer particularmente complejo. Cuando la República Federal Alemana era una federación de diez Estados (Länder), a los cuales se añadía Berlín, no había menos de catorce regiones legislativas diferentes. Una cierta unificación había sido iniciada en 1865 por Prusia, que controlaba entonces una gran parte del territorio de lo que constituye ahora las dos Alemanias. Esta ley prusiana consagra la práctica de la Bergbaufreiheit⁸⁵.

La Ley fundamental de la República Federal Alemana (mayo 1949) establece el principio de la competencia de los Länder en todos aquellos ámbitos no regulados por una ley federal. Para las minas, la Ley federal de 13 de agosto de 1980, que entró en vigor el primero de enero de 1982 (Bundesberggesetz), ha regulado el sector minero, acontecimiento principal en el tema que nos ocupa. Sin que se pueda hablar de centralización aparece, sin embargo, una voluntad de codificación y de coordinación. En Italia se constata la tendencia inversa. La unificación de leyes mineras fue acometida en 1927; un Real Decreto había sustituido trece legislaciones provinciales o regionales de inspiración muy diversa; pero, sin embargo, quedaron subsistentes leyes regionales en cuatro regiones autónomas con estatuto especial; las dos principales fueron la ley sarda y la ley siciliana. Ahora hay cinco, y la tendencia es la ampliación de las competencias normativas regionales. En Dinamarca —lo hemos visto ya—, una ley especial mucho más avanzada que la ley metropolitana se aplica en Groenlandia⁸⁶.

⁸⁴ Legoux, P. “Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea”, op.cit., p.368

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

1.2.2. Modelo Minero Unitario

Partiendo del análisis de este modelo, dentro de los cuales se concibe una concentración desde el poder y en el que emanan las normas y estructuras de las actividades mineras desde esta concepción, encontramos un ejemplo de este modelo en países como Francia, el cual es un Estado unitario, pero se está desarrollando una política de regionalización que tiende a una descentralización de las decisiones.

A pesar de que ninguna medida de política minera se ha tomado todavía para las minas, es probable que las decisiones importantes sean adoptadas en París, aunque delegando determinadas decisiones administrativas que se atribuyen a los comisionados de la república (los antiguos prefectos) y no al ejecutivo regional⁸⁷.

Encontramos que la legislación minera francesa es, de las cuatro provenientes de la Ley de 1810, la que hoy se aparta más de ella. Pero las modificaciones han sido llevadas a cabo por enmiendas sucesivas, para tener en cuenta las condiciones del momento, sin que se atreviesen jamás a refundir el conjunto en un todo coherente. Resulta de ello un texto peculiar cuya lectura no es fácil. Es decir, que más que existir un cambio tradicional por la forma y estructura de las normas ha sido guiado por las costumbres y la tradición administrativa que se ha establecido⁸⁸.

Que más allá de las exposiciones o valoraciones normativas, son quizás poco las ejemplificaciones referentes a este modelo y que además de lo expresado va guiado a la determinación de establecer una política centralizada, que se hace extensiva a los territorios y dentro de las cuales entra a converger y generar tensiones con la autonomía territorial, en este caso el modelo minero unitario nos permite identificar que el manejo de las políticas y permisos de cualquier índole están directamente relacionados con la potestad estatal dentro del cual tiene como rasgo importante un rol determinante del Estado en las decisiones que emanan a los territorios y que terminan siendo decisorias dentro de la actividad explorativa de los recursos naturales.

⁸⁷Legoux, P. "*Legislaciones mineras de los estados miembros de la comunidad económica europea*", Op.cit., p.368.

⁸⁸ Ibid.

1.2.3. Modelo Minero Autónomo

De igual forma el artículo 141 de la Constitución Española de 1978 indica que la provincial es una entidad local con personería jurídica propia, así mismo deja ver que el gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo por último es importante rescatar que los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de cabildos o consejos.

Ahora bien, en el artículo 142 de la Constitución Española de 1978, en cuanto a la hacienda local establece que “deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las comunidades autónomas”⁸⁹.

Se reconoce así dentro el del artículo 143;

“El ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en comunidades autónomas con arreglo a lo previsto en este título y en los respectivos Estatutos”.

Sin embargo, dicha autonomía se agrieta cuando el Estado español se reserva de manera exclusiva algunas competencias específicas que abarcan temas de protección, garantía y defensa de los derechos y deberes, nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, relaciones internacionales, defensa y fuerzas armadas, administración de justicia, Legislación mercantil, penal y penitenciaria, legislación procesal, laboral y civil, sistema monetario, fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

Sin desconocer, la inclusión de las bases del régimen jurídico de la administración pública y el régimen estatutario de funcionarios del Estado, asuntos relacionados a

⁸⁹Véase Artículo 14., Constitución Española de 1978.

ferrocarriles y transportes terrestres, defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental; entre muchas competencias relacionadas en el artículo 149 de la Constitución española.

Por ende, la Comunidad Autónoma resulta ser una entidad territorial que goza de independencia para ejercer sus competencias constitucionales y estatutarias, determinadas en el ordenamiento jurídico, directa e indirectamente a manera de transferencia o delegación, subsidiaria o complementaria. Como no resulta, ser una autonomía absoluta sino limitada por la Constitución y estatutos constitutivos, en general por el ordenamiento jurídico Estatal, se caracteriza por elementos territoriales, jurídicos y financieros, entre otros, pues; “En efecto, los rasgos característicos de la autonomía en el derecho ibérico es compleja como apasionante (...) tanto por sus implicaciones en el concierto de España como Estado, de Estado como conjunto de naciones autonómicas, de Estado con régimen monárquico-parlamentario, de Estado con pluralidad de regímenes jurídicos, intraestatales, extraestatales, comunitarios, autonómicos, provinciales y locales”⁹⁰.

En definitiva, las comunidades autónomas de España resultan ser entidades territoriales reconocidas en el ordenamiento jurídico constitucional de 1978 pese a que desde 1979 se habla de ello. Está integrada por 17 comunidades autónomas, 2 ciudades autónomas y 50 provincias.

El principio de la autonomía local se encuentra consagrado en el artículo 137 de la Constitución Española al declarar que "el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses"⁹¹

⁹⁰ Riascos, L. (2010) ¿Un Estado Autonómico?, ¿Autonomía Universitaria?”, Revista electrónica de Derecho Público- Doctrina constitucional y administrativa, Disponible en; <http://derechopublico.udenar.edu.co/Autonomia.pdf> (Consulta 09-09-2020)

⁹¹ Abad, J. (1998) “El Principio de la Autonomía Local en la doctrina y en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, En Revista de Derecho Administrativo, No. 8, Universidad Europea de Madrid. Disponible en: http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Autonomia_JMABAD.pdf (Consulta 09-09-2020)

1. 3. Políticas, regulación y crecimiento de la minería de la UE.

Europa ha vivido en los últimos tiempos un auge en materia minera, su demanda en materiales preciosos y materia prima ha crecido de manera exponencial y por tanto los precios de muchos de estos productos han subido a niveles inéditos. Asimismo, a medida que se implementan nuevas tecnologías, y se aumenta el uso y demanda de productos industriales como automóviles, teléfonos móviles, computadoras, televisores, etc. lo que ocasiona es que en esta misma medida que se aumente el consumo de tales energías y productos en un nivel acelerado, por lo que resulta necesario establecer regulaciones y puntos claros al desarrollo de la actividad minera⁹².

En la actualidad sin bien existe un consenso y diferentes tratados y regulaciones por parte de la Unión Europea, partiendo desde la creación en 1951 de la comunidad Europea del carbón y del acero, con la firma del tratado CECA en París el 18 de abril, hasta este punto lo ha hecho con la implementación de políticas para la protección ambiental y la obtención de diferentes incentivos para el desarrollo de nuevos yacimientos, lo que es correcto señalar es que resulta una necesidad el estructurar una política real y clara en materia minera de la cual carece la Unión Europea y así mismo extendida a unos países miembros, que hasta hoy solo es una profusa legislación comunitaria⁹³.

En ese orden de ideas, las regulaciones en materia de incentivos se traducen en la baja carga impositiva al sector minero y que los impuestos que pagan las empresas mineras varían mucho de acuerdo con el manejo interno de cada país⁹⁴.

Siendo así, se estima que las competencias en la normatividad de carga impositiva en el sector minero se vean variado por el ordenamiento jurídico interno de cada país, por lo que las inversiones muchas veces se vean estáticas por la cantidad de cargas

⁹² Miembros del Consejo Asesor del Programa Tecnologías de los Recursos Primas del BMBF, Trad. Barrenechea, Carlos R., “Materias primas económicamente estratégicas para Alemania como emplazamiento de la Alta Tecnología”, Ministerio federal de Educación e Investigación, Alemania, 2012, p. 2. Disponible en: https://www.fona.de/medien/pdf/140225Wirtschaftsstrategische_Rohstoffe_ES_barrierefrei.pdf (Consulta 12-02-2020)

⁹³ Durán, F. (2012) *La regulación de la minería en la Unión Europea y su Compatibilidad con la normatividad medioambiental comunitaria: el caso España*, Universidad Externado, Bogotá. p. 9-10.

⁹⁴ En la minería, el término “regalías” se utiliza para designar las tasas y los tributos relacionados con el ejercicio de derechos de perforación y excavación, que constituyen un porcentaje de los ingresos netos y se deducen de las ganancias o de un precio fijo por unidad de medición.

administrativas, lo que ha ocasionado que la Unión Europea estimule a través de diferentes incentivos económicos que sean viables para un desarrollo económico y en paralelo con la protección ambiental.

La industria minera ha crecido de manera considerable en la protección del medio ambiente, sin embargo, es indispensable que los países desarrollen “políticas públicas en materia minera de manera precisa, no solo en la protección minera sino en todos sus sectores”⁹⁵. En ese sentido el parlamento europeo ha sentado directrices en el tema medioambiental y el manejo de residuos, así como otras consideraciones y lineamientos, pero orientado a que los países desarrollen una minería responsable, consciente, y con reducción de los impactos ambientales a través del comité del medio ambiente del Parlamento Europeo.

Orientado a garantizar las actividades mineras bajo estándares de protección, el Parlamento Europeo y del consejo, bajo directiva 2011/92/UE del, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, pone en consideraciones que resulta importante garantizar unos mínimos de medidas que sean necesarias para proteger el medio ambiente, mediante el establecimiento de criterios para autorizar la explotación y uso del suelo, sin embargo es importante destacar que dicha directiva deja “Los Estados miembros pueden establecer umbrales o criterios a fin de determinar, basándose en la importancia de sus repercusiones medioambientales, cuáles de dichos proyectos procede evaluar”⁹⁶.

Más allá de las regulaciones normativas y propender por la profundización de diferentes apartados, como el sector ambiental, también es loable resaltar que la Unión Europea ha marcado diferentes hitos normativos en relación con los recursos mineros energéticos, en la cual se precisa como la única política común es en este sector extractivo⁹⁷.

⁹⁵ PARLAMENTO EUROPEO, Minería del siglo XXI basada en desarrollo responsable y sostenible. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/assembly/plenary_sessions/brussels_2015/mining_es.pdf (Consulta: 5-03-2020)

⁹⁶Véase Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, (Diario Oficial No. L 26/1, de 28 de enero de 2012). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/026/L00001-00021.pdf> (consulta: 5-03-2020)

⁹⁷ Durán, F., *La regulación de la minería en la Unión Europea y su Compatibilidad con la normatividad medioambiental comunitaria: el caso España*, Op cit, p. 29.

Asimismo, normativamente, se busca materializar los preceptos del artículo 194 del TFUE, en donde se enmarcan ciertos aspectos de la política energética donde pasan a ser una competencia compartida, que busca tener un criterio unificado. “Cada Estado miembro mantiene, no obstante, su derecho «a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético»⁹⁸”.

En ese sentido, con la normalización y el estudio de diferentes políticas unificadoras, La unión europea busca no solo que se enfatice en la protección del medio ambiente, sino que Europa como continente pionero en el manejo de limitantes al uso de combustibles fósiles, también busque ser líder mundial en capacidad renovable, almacenamiento estacionario y vehículos eléctricos. Estos preceptos guardan relación en cierta medida por los objetivos que la UE ha aprobado de cara a 2030, cada vez más por parte de la nación se está estableciendo una limitante a los vehículos que usen combustibles fósiles. Esta limitante justamente para poder darle una transformación a la movilidad y el transporte que permitan un futuro energético más sostenible⁹⁹.

El rol en este punto de la comisión Europea es lograr la integración y reconciliación de los interés establecidos para garantizar el cumplimiento de los objetivos globales propuestos como la competitividad económica, la desigualdad social y finalmente uno de los más preocupantes y es el aspecto medioambiental que según el informe presentado por la organización ecologistas en acción Informe: minería especulativa en España se evidencia como los desafíos medioambientales se encuentran “profundamente arraigados en las cuestiones sociales y económicas, y que sin embargo no desarrolla estrategias que reconciliarnos”.¹⁰⁰

En busca de garantizar los nuevos desafíos 2020-30 bajo el programa “Unión 29” se creó una estrategia de cooperación público-privado que busca propender por el

⁹⁸Parlamento Europeo, La política energética: principios generales, Bruselas. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/68/la-politica-energetica-principios-generales> (Consulta: 02-03-2020)

⁹⁹ El periódico de la energía, España, el país más rico en minerales de la UE, podría convertirse en el principal productor de cobalto. Disponible en: <https://elperiodicodelaenergia.com/espana-el-pais-mas-rico-en-minerales-de-la-ue-podria-convertirse-en-el-principal-productor-de-cobalto/> (Consulta 09-03-2020)

¹⁰⁰ Ecologistas en Acción, “Informe: Minería Especulativa en España, versión 1.0”, Imprenta Ecologistas en Acción, Madrid, 2019, p. 18. Disponible: www.ecologistasenaccion.org

cumplimiento de los objetivos propuestos por la Unión Europea que forman parte de “la estrategia Europa 2020”¹⁰¹ para el eficiente desarrollo de la minería permitiendo un crecimiento exponencial en la economía. Se pretende entonces con este proceso impulsar tres aspectos fundamentales para expansión de la economía, el primero de ellos es la “cencia excelente, liderazgo industrial y desafío social”,¹⁰² es importante resaltar que este último aspecto comprende “el desafío acción climática, medio ambiente, eficiencia de recursos y materias primas”¹⁰³.

Resulta de suma importancia que con este programa se puedan establecer parámetros de guías de gestión sostenible que permitan la contribución para la garantía de un ambiente y ecosistema en estado de protección. Esta iniciativa tiene como objetivo reconciliar economía y ecología en el contexto del cambio climático y de la disminución global de los recursos naturales. Un suministro y uso sostenible de materias primas, con el fin de satisfacer las necesidades de una población mundial creciente¹⁰⁴.

En los últimos años la Comisión Europea ha destinado inversión en innovación y tecnología para lograr encontrar materia prima, pero a su vez siendo consciente de los riesgos sociales y políticos derivados de la actividad minera. Algunas empresas españolas han recibido grandes fondos por parte de la UE para diversos programas para generación de Investigación e innovación tecnológica empresas como Valoración Minera, de otra parte, tenemos el “Instituto Europeo de Innovación y Tecnología de materias primas (EIT RawMaterials) quienes también han recibido financiación”¹⁰⁵ para tales fines.

Europa la República Federal de Alemania es uno de los mayores consumidores de materias primas en todo el mundo después de China y los Estados Unidos, Es decir que cada ciudadano alemán consume en el transcurso de su vida entre 1.000 y 1.100

¹⁰¹ Llado De La Calleja, C., *europa 2020 Strategy*, European Commission, Bruselas, 2016. Disponible en (solicita autorización): https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_en

¹⁰² Climate Action, Environment, Resource Efficiency and Raw Materials, European Commission.

Disponible en: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/climate-action-environment-resource-efficiency-and-raw-materials>

¹⁰³ Ibídem

¹⁰⁴ European Commission, What is Horizon (2020) Disponible en: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/what-horizon-2020> (Consultado: 15-06-2020)

¹⁰⁵ Ecologistas en Acción, Informe: Minería Especulativa en España, op. cit., p.14.

toneladas de materias primas. Esto supone que alrededor de dos tercios se componen de productos minerales como metales, metales industriales, roca/piedras y tierras. Alemania junto con Suiza son los mayores importadores de materias primas, provenientes de países en vías de desarrollo, Alemania importó metales por un valor de 27,9 mil millones de euros. Si bien en el año 2009 las importaciones fueron bastante menores que en los años anteriores debido a la crisis económica y financiera, en 2010 volvieron a aumentar y se calcula que en 2011 alcancen nuevamente el nivel de 2008¹⁰⁶.

Es importante rescatar el papel de la banca internacional, incluyendo a los bancos alemanes, quienes financian los proyectos de las transnacionales en África, Asia y Latino América “Así, los bancos privados alemanes, las instituciones públicas de crédito y sobre todo los bancos estatales han participado ya en el financiamiento de numerosos proyectos mineros en África, Asia y América Latina”¹⁰⁷. En ese sentido se afirma que los bancos “alemanes han sido a la vez promotores y beneficiarios de este proceso mundial de concentración”¹⁰⁸.

Esto deviene en la importancia de establecer política minera de unificación y de regulación en todos los aspectos políticos, sociales y económicos.

Por ejemplo, en el caso de España, desde sus conceptos impartidos y estudiados dentro de la actividad e impacto económico minero, se tiene claro que vinculado a este sector resulta la implicación de inversiones cuantiosas por cuanto de esta actividad se necesita una estructura y despliegue de financiaciones e inversiones que no necesariamente luego se traducen en un crecimiento económico sustancial para un país. Así mismo es objeto de análisis el caso de España, que atravesó una crisis financiera en 2007, reduciendo el flujo económico y obligado al cierre de muchas empresas mineras viéndose forzosamente a realizar inversiones en otros campos. Este efecto ha generado la concentración de la actividad minera en grandes empresas al ser procesos de conversión de recursos naturales los cuales deben pasar por distintas fases de producción y resultan ser muy costosos y en los casos de las

¹⁰⁶ Hein, S. F. (2011) *La Minería en los Países en Desarrollo - Desafíos y Propuestas de Acción* -, Trad. Patow, S., y Biirrun, E., Misereor, Aachen, p. 8.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.8.

¹⁰⁸ *Ídem*, p. 8.

empresas junior mineras su actividad a veces solo se limita al terreno exploratorio y meramente especulativo siendo un riesgo estas inversiones.

España durante muchos siglos mantuvo la minera como un sector importante, sin embargo, en la actualidad es sector que se ha reducido, en el último informe presentado por la Cámara de comercio española nos indica que 0,7% de las riquezas del país es producido por la industria extractiva que generó para el año 2016 más 95 mil empleos de forma directa e indirecta y produjo 5.306 mill. €.

Ahora bien, el impacto que tiene una actividad económica en un país no lo determina como dice la Cámara de comercio, en su informe sobre el panorama minero, por “por el valor de su producción, la riqueza que genera o el empleo”¹⁰⁹, sino que es menester revisar otros aspectos que determinan el impacto económico, por ejemplo, un primer aspecto “el impacto asociado a las actividades directas de vista de la industria extractiva”¹¹⁰. En un segundo aspecto se cuenta “El impacto en la producción, el VAB y el empleo de otras ramas productivas que suministran insumos intermedios a la industria extractiva (efecto indirecto)”¹¹¹. Por último, un tercer aspecto fundamental y es “el impacto en la producción, el VAB y el empleo de otras ramas de actividad que utilizan insumos intermedios procedentes de la industria extractiva (efecto inducido)”¹¹² (Anexo 1).

Por su parte indica la Cámara de Comercio que esta rama de la economía bajo en el 2014 con 0,30% respecto del 2010 donde se encontraba sobre el 0,41% sobre el total de la economía española generando 8.325 millones de euros, respecto al peso del “VAB de la industria extractiva respecto al VAB total de España se redujo del 0,35% en 2010 (3.478 millones de euros), al 0,25% en 2014 (2.396 millones de euros)”¹¹³. Esto nos lleva a indicar de acuerdo con la Cámara de Comercio Española la industria extractiva concentraba un total de 43.500 trabajadores de forma directa que representa un 0,24% sobre el total de trabajadores de la economía española, se indica según el

¹⁰⁹ Mínguez, R., Retamosa, E y Valero, M. (2017). *Panorama minero 2017 suplemento I- Análisis del impacto de la industria extractiva en el conjunto de la economía española*, Instituto Geológico y Minero de España (IGME). Disponible en: <http://www.igme.es/PanoramaMinero/PMLin.htm> (consulta:20-07-2020)

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Ídem.

¹¹³ Ídem.

informe que para el “2014 el número de puestos de trabajo generado por esta rama de actividad fue de 29.500, el 0,18% del total”¹¹⁴.

Ahora bien, cuando hablamos de efecto indirecto en cuanto a la industria extractiva se refiere se tiene un estimado de 7.063 millones de euros de 2010 y los 5.048 millones en 2014. Otro aspecto determinante es el número de empleos generados es evidente que entre el 2010 y 2014 se dio una baja del nivel de empleabilidad mientras que para 2010 la industria extractiva generaba de forma indirecta unos 55.000 empleos en el 2014 esa cifra bajó en unos 35.400 empleos, una cifra considerable. Para cerrar según cifras presentadas por la cámara de comercio el efecto indirecto del VAB, este también obtuvo una considerable baja, en el año 2010. El efecto de otra rama se ve traducido, por ejemplo, en el VAB estimado, inducido por la industria extractiva en el resto de ramas de actividad que conforman el conjunto de la economía española, fue de 4.597 millones de euros en 2010, cifra que se redujo paulatinamente hasta alcanzar 3.122 millones de euros en 2014.¹¹⁵

1.3.1. Régimen jurídico de la actividad minera en los modelos mineros europeos

A Partir de la concepción de La Unión Europea como una comunidad política que nace bajo los pilares de propiciar la integración y la gobernanza en común de los Estados y los pueblos de Europa, buscando unos objetivos comunes se debe dar observancia desde esta concepción en el tema minero, esta entra a regular teniendo presente ciertas políticas comunes y directrices, sin embargo, cada Estado parte tiene una regulación minera interna.

Entendiendo estas variabilidades de las dinámicas mineras y atendiendo a las diferentes circunstancias que se relacionan dentro de su ejercicio, es menester señalar que sus regulaciones normativas están la mayoría de situaciones guiadas por las particularidades y lineamientos de acuerdo al marco y modelo minero establecido en cada territorio, lo que no exime en este caso de la existencia de una normativa de carácter general y de rango global que permita establecer una guía y parámetros claros a seguir dentro de esta regulación, es por ello que si hacemos un recuento de

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem.

las líneas históricas que han marcado el trazo normativo, vislumbramos que a partir de 1957 con la firma de los tratados: El tratado constitutivo de la comunidad económica europea (CEE) y el tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la energía atómica (CEEa O Euratom), que adoptan decisiones gran importancia para la libre economía y la circulación de los mercados, sin embargo en cuanto a las regulaciones del carbón entre otros minerales hasta ese momento no contemplaba un régimen general que promoviera las ayudas estatales en el sector minero, rigiéndose por las normas generales contempladas en los artículos 92 y 94 del tratado CEE¹¹⁶.

En ese sentido, y esquematizando un esquema normativo histórico se avizora que después de la segunda guerra mundial se dieron en Europa los primeros pasos para la integración económica. Por lo que, En 1951, el 18 de abril, se firmaba en París el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del carbón y del acero que pretendía armonizar el desarrollo de ambas industrias reguladas por una autoridad común. Asimismo, se establecía que el mercado común del carbón fue el primer mercado común establecido por la Comunidad Europea. En el tiempo establecido en el que fue creado, el carbón era una de las industrias indispensables, que apoyaban el crecimiento económico. Sometiendo el carbón y la siderurgia a una autoridad supranacional se alejaba el riesgo de futuros conflictos¹¹⁷.

Una vez señalado lo propuesto como parte introductoria a las regulaciones o antecedentes históricos frente al desarrollo minero, encontramos que por parte del parlamento europeo y del Consejo con la Directiva 2006/21/CE, que encuentra su fundamento en la regulación sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la directiva 2004/35/CE, que van guiados inicialmente a la políticas para el cuidado del medio ambiente y a la extensiva de todos los países que como establece una guía de regulación en torno a los peligros o consecuencias derivadas del extractivismo, por ello se enmarca como punto focal que se fortalezca la reducción de la peligrosidad y que estos presenten el mínimo riesgo posible, que se

¹¹⁶ Fernandez, E y Lopez. L, (1987). “El régimen jurídico de la minería y la adhesión de España a las comunidades europeas”, *Revista de Instituciones Europeas*, No.14, Vol 1, pp. 139-164.

¹¹⁷ Ibid.

resalta especialmente el reciclado y la cantidad de residuos destinados a la eliminación se reduzca al máximo.

Al igual que en las que los demás países de Europa, Francia tiene su propia legislación que se regula bajo el código de mina que fue modificado en 2011 dando lugar a la ordenanza 2011-91 que se encuentra vigente en la actualidad, ahora bien, en la actualidad se está tratando de dar una modificación al código minero básicamente tendiente a incluir los aspectos de regulación sostenible y medioambientales, tales aspectos son fundamentales para alinearse a las políticas de la unión. Este código de mina indica que todo lo que tiene que ver con las sustancias minerales fósiles, el régimen minero legal y aun el régimen de explotación de canteras les corresponde a las disposiciones prevista en esta norma¹¹⁸.

El actual código de minas reconoce los derechos de propiedad como se ha dicho anteriormente y en este sentido los títulos mineros son expedidos por el ministerio encargado de las minas, todos estos procesos técnicos han sido regulados bajo el derecho 2006-648 de 2 de junio de 2006, relativo a los títulos mineros de almacenamiento subterráneo. La actual legislación minera contempla algunos aspectos laborales y el seguimiento de los riesgos mineros.

Todas estas normatividades tienen al reconocimiento de la prevención del riesgo que puede causar potencialmente las operaciones mineras ya que de no tener presente la prevención de los riesgo puede ser responsable en tiempo de los daños ocasionados por su obra esto sin límite de tiempo y en ese sentido si el titular de la concesión no response es el estado el responsable de este daño por ser éste quien tiene la vigilancia de los título mineros y la responsabilidad de su monitoreo, según la ley 99-245 de marzo de 1999 que es la ley de pos minería. Esta norma responsabiliza al Estado de los problemas que resulta de la cesión de las minas derivando en reconocer las obligaciones que este tiene al promover estas prácticas, así las cosas, el estado debe estar obligado asumir todas las labores de mantenimiento para la

¹¹⁸Ordenanza de creación N° 2011-91 de 20 de enero de 2011, Légifrance -Le service public de la diffusion du droit, Francia, <https://www.legifrance.gouv.fr/> (Consultado: 24 de mayo de 2021)

seguridad, la sostenibilidad y todos los aspectos que se derivan de los riesgos de ejercer esta labor¹¹⁹.

Dentro del marco de otros conceptos, referenciamos en otro tópico, lo desarrollado por Alemania, en lo que respecta su ordenamiento jurídico, es por ellos que pese a que Alemania cuenta con pocos recursos minerales y aun teniendo dificultades en los aspectos técnicos y económicos en especial en sector del carbón sin embargo la ley Alemana es por mucho una legislación actualizada, bajo los arraigos de la ley federal minera conducente a la armonización de la legislación nacional de la legislación minera y en ese sentido la normatividad alemana entre sus principales objetivos se enmarca en la regulación de los suministros de los recursos mineros así como también de la seguridad de la actividad minera de los miembros de esta, como también la prevención y riesgos de la actividad minera y de los mismos mineros.

Algo novedoso que presenta la ley alemana es su regulación en torno al tema medio ambiental esta presenta unos desafíos sobre el medio ambiente especialmente entorno al trato económico y cuidadoso que hay que darle a la tierra y el uso adecuado del suelo bajo los principios de sostenibilidad, esta ley de igual forma hace una distinción entre los recursos minerales correspondiente al dueño del subsuelo y una clara lista de los minerales libres. Así pues, teniendo en cuenta lo trascendente para la economía nacional los minerales que se clasifican Bergfreie o minerales como mercancía son suelos y por esa razón son excluyentes del derecho de dominio del suelo de la propiedad, en ese orden de ideas la explotación requiere por su parte una autorización o una licencia administrativa específica contenidos dentro de la ley minera¹²⁰.

Por otra parte, España hoy representa el país de la Unión Europea más rico en minerales, esta posee una de las industrias de minerales líderes en el viejo continente, es considerada entonces una zona mineralizada de la UE, esta tiene el sistema de sulfuro más grande del mundo, dotando al país de una “amplia gama de importantes recursos minerales como el cobalto, el cobre, el zinc, el hierro, el níquel, el oro y el

¹¹⁹ LE PORTAIL FRANÇAIS DES RESSOURCES MINÉRALES NON ÉNERGÉTIQUES, Legislación y normativa minera, Francia. Disponible en <http://www.mineralinfo.fr/page/legislation-reglementation-miniére> (Consulta: 24 de mayo de 2021).

¹²⁰ Pielow, C. (2003) “CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL DERECHO MINERO ALEMÁN”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, No 1, pp. 201.216.

vanadio”¹²¹. La legislación y su situación política, así como su sistema fiscal favorece en gran manera a la inversión. Si bien estas son características favorables para la inversión es menester mencionar que su legislación vigente es de 1973, ley 22/1973, de 21 de julio, esta norma fue elaborada durante la época de franco, durante estos años se ha intentado reforma esta norma, esta ley carece de la protección de los recursos biológicos. Claro hasta aquí podemos observar que no es conveniente para ninguno de los sectores ni públicos ni privados su modificación, ahora bien estamos hablando de una legislación totalmente técnica, uno de sus problemas fundamentales es la falta de cohesión entre la constitución y los objetivos buscado dentro de la UE, “relevante es que no recoge el reparto competencial alumbrado con la Constitución de 1978 ni el ordenamiento jurídico comunitario que España lleva unas cuantas décadas trasponiendo, desde la incorporación a la UE¹²².

El artículo 149 de la constitución política de España deja ver la competencia para actuar del Estado, en cuanto a la potestad del uso de los recursos mineros, estableciendo que es este quien puede aprobar normas básicas relativas al espectro normativo de minas, dejando entonces para las comunidades autónomas una facultada limitada para que solo regulen aspectos no básicos. Son entonces las comunidades autónomas las que conceden los permisos y concesiones mineras para actividades extractivas y de manera excepcional este poder está en cabeza del Estado. Acentuando al caso en concreto, en la comunidad autónoma de Cataluña le corresponde a la Generalitat de Catalunya.

En ese sentido, cabe denotar que la concesión sólo le otorga el derecho al particular para explotar la mina, pero sigue siendo propiedad del Estado la mina¹²³.

Por otra parte, la Constitución española en su artículo 132 establece que la ley es la que debe regular los bienes de uso público, entiendo que dentro de este dominio hace parte las minas como lo establece el artículo 1 del código de minas y que además de ser de su espectro y titularidad, se sirve de estos, y en los casos marcados como las

¹²¹El periódico de la energía, España, el país más rico en minerales de la UE, podría convertirse en el principal productor de cobalto, disponible en: <https://elperiodicodelaenergia.com/espana-el-pais-mas-rico-en-minerales-de-la-ue-podria-convertirse-en-el-principal-productor-de-cobalto/> (Consulta 09-03-2020)

¹²² Sociedad Española de Ornitología, (2018) La situación legal de la minería en España y su relación con la conservación ambiental, SEO/BirdLife, p. 6. Disponible en: https://www.seo.org/wp-content/uploads/2018/04/Informe-Ley-de-Minas_SEO_BirdLife.pdf (Consulta: 20-06-2020)

¹²³ Montoya, M., (2020). Anuario iberoamericano de derecho minero: fundamentos jurídicos del sector minero en Iberoamérica, Universidad externado, , p. 13.

murallas, minas, debe haber de por medio una concesión o permiso para establecer su uso o explotación. Visto su regulación normativa, desde su ámbito de aplicación vemos como enmarcado en el tema de minas se orienta a todos aquellos yacimientos minerales y recursos geológicos independiente de su origen y estado físico, situados en territorio español, mar territorial y plataforma continental, es así como la ley de minas en ciertos casos se considera supletoria a las normas de investigación y a la ley 54/1980 reguladora de energía nuclear. Asimismo, también está marcado el ámbito de aplicación en el sector de hidrocarburos con la su respectiva Ley 34/1998 donde establece los yacimientos de hidrocarburos y almacenamientos subterráneos¹²⁴.

Es desde este punto que se debe materializar la unificación jurídica, por lo que han sido los tribunales superiores lo que ha entrado a suplir los vacíos normativos de la legislación, ley que se soporta por determinaciones más técnicas que de rango constitucional. Además de los señalado, la Unión Europea ha desarrollado directrices que efectivamente dan libertad, reseñando al caso España a las comunidades autónomas a que de acuerdo con sus políticas internas puedan regular y darle un manejo eficiente a las energías renovables y una política minera concentrada y consciente de la protección ambiental¹²⁵.

Desde otro tópico es importante establecer parámetros claros sobre la delimitación de recursos y de inversiones extranjeras, que terminan por darle una explotación desmedida a los recursos naturales de ciertas naciones, basado en esta política, se debe enfatizar en establecer proyectos claros y reales, que vayan acorde con los manejos y garantías ambientales y también con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, es por eso que si nos remitimos a los trazos normativos, desde el siglo XX en que tenuemente se establecen los primeros controles a la inversión foránea, estos a partir de los proyectos de Código Minero de 1912, 1914 y 1916. Con el Real Decreto de 14 de junio de 1921 se legisla que, las concesiones de explotación mineras sólo

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Sociedad Española de Ornitología, La situación legal de la minería en España y su relación con la conservación ambiental, op. cit., p. 6.

podrán otorgarse a ciudadanos españoles o en su defecto a empresa constituidas y domiciliadas en España¹²⁶.

En consecución a tales políticas, se estableció por parte de España un marco de regulación de empresas locales, en donde permitía a través del régimen de acción convenida por medio del decreto de 16 de enero de 1981, para que las empresas que quisieran hacer parte de este convenio debían subir ciertos estándares de producción pero debían presentar y formular un proyecto vinculante para la administración que se tradujera en mejoras no solo en la productividad de las explotaciones sino de las condiciones socioeconómicas, preservar y conservar el medio ambiente así como las respectiva mejora en la formación del personal en las minas¹²⁷.

La ejecución de una política de cohesión también emana de la responsabilidad estatal que recae sobre las atribuciones y competencias que se le otorgan al estado español, si bien se ha hecho énfasis en la facultad de regulación que le corresponde a las comunidades autónomas, el artículo 149.1.25° de la Constitución Española le endilga al estado la competencia exclusiva para la regulación de las bases del régimen minero y energético. En ese sentido la actividad minera viene siendo una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades autónomas, por lo que les corresponde generar políticas de prevención e innovadoras hacia una actividad minera que reduzca sus consecuencias ambientales¹²⁸.

Las comunidades Autónomas han jugado un papel fundamental dentro las estrategias que se plantean en Europa en el desarrollo de los objetivos “horizonte 2020” en materia minera, este marco guarda relación con el literal anterior toda vez que son las comunidades autónomas quienes fortalecen el proyecto Horizonte 2020 un claro ejemplo es: El Plan Sectorial de Actividades Extractivas de Galicia que fue incluido en La Ley 5/2017 de 19 de octubre sobre la promoción de iniciativas empresariales en Galicia; de otro lado se tiene el acuerdo de estrategias industriales de extremadura que fue firmada en su momento por varios sectores el Gobierno autonómico, los

¹²⁶ Del Triunfo, C., (2016). tesis doctoral Decadencia y extinción del modelo industrial minero en España: evaluación del empleo del sector en la cuenca minera asturiana, Universidad Rey Juan Carlos, p. 20. Disponible en:<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=Nrh47XxNuSs%3D> (consulta: 05-03-2020).

¹²⁷ Durán, F. (2012). *La regulación de la minería en la Unión Europea y su Compatibilidad con la normatividad medioambiental comunitaria*: el caso España, Universidad Externado, p. 30-31.

¹²⁸ Ídem.

empresarios y sindicatos en octubre de 2014 y actualizado en el 2018; por su parte en Castilla-La Mancha aprobó la Resolución de 12 de noviembre de 2014, plan estratégico de recursos minerales no energéticos, bajo el programa Horizonte 2020; En 2016 es aprobado por parte del consejo de gobierno bajo el Acuerdo de 28 de junio de 2016, por el cual es aprobado la estrategia minera de Andalucía de 2020; finalmente otro ejemplo es el Acuerdo de 24 de agosto de 2017 por el cual se aprueba la estrategia de recursos minerales de Castilla y la Mancha 2017-2020.

Estos procesos han generado una flexibilización en cuanto a los derechos mineros y el despliegue de grandes cantidades de licitaciones de registros mineros, aun cuando en la legislación se prevé la realización de recursos públicos lo que lo hace distinto en la gran cantidad, llegando afectar el medio ambiente, tomando el hecho de la realización de evaluaciones de impacto medioambiental debido a el número de solicitudes. Un ejemplo claro de esto es lo denotando en las comunidades de Andalucía, Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Madrid y Navarra¹²⁹.

¹²⁹ Andalucía: Concursos mineros en Andalucía:
Anuncio de 04/12/2014 Almería (BOJA 12/17/2014)
Anuncio de 13/8/2013 Cádiz (BOJA 8/21/2013)
Anuncio de 09/08/2013 Córdoba (BOJA 8/19/2013)
Anuncio de 27/01/2014 Granada (BOJA 03/19/2014)
Anuncio de 28/01/2013 Huelva (BOJA 5/2/2013)
Anuncio de 08/16/2013 Jaén (BOJA 4/9/2013)
Anuncio de 08/19/2013 Málaga (BOJA 8/30/2013)
Anuncio de 01/29/2013 Sevilla (BOJA 5/2/2013)
Aragón: Expiración de derechos mineros:
Resolución de 12/3/2013 Zaragoza, Huesca y Teruel (BOA 21/3/2013)
Resolución de 08/09/2017 Zaragoza, Huesca y Teruel (BOA 27/9/2017).
Cantabria:
Resolución de 09/05/2017 (BOE 12/5/2017)
Resolución de 07/11/2017 (BOE 11/14/2017)
Castilla-La Mancha: concursos públicos sobre derechos mineros:
Resolución de 12/02/2015 Albacete (BOE 12/2/2015)
Anuncio de 02/12/2016 Ciudad Real (BOE 2/1/2017)
Extremadura: concurso público sobre derechos mineros:
Resolución de 06/07/2010 (BOCM 16/7/2010)
Resolución de 11/16/2015 (DOE 12/3/2015)
Galicia: Ley 5/2017 de 19/10/17 (DOG 25/10/2017)
Madrid: área minera:
Resolución de 11/17/2016 (BOCM 12/30/2016).
Anuncio de 11/29/2016 (BOCM 12/30/2016)
Navarra:
Anuncio de 04/04/2016 (BOE 04/28/2016)

Estas estrategias no son suficientes para generar una verdadera minería responsable y eficiente, por su parte es responsabilidad de la Comisión Europea en sostener una tanto la economía como la ecología de forma sostenible logrando que ambas se beneficien. Otro de los aspectos tocados hasta este momento son las masivas licitaciones otorgadas, las comunidades Autónomas de España han llegado al punto de otorgar esas licitaciones públicas a derechos mineros caducados poniendo a disposición de las grandes compañías mineras muchas áreas de terreno algunos dentro la “Red Natura 2000”¹³⁰.

1.4. Características de los modelos Latinoamericanos de minería

1.4.1. conceptualización de las dinámicas mineras en América latina

América Latina se ha convertido en un atractivo para la explotación minera, está según la CEPAL¹³¹ es la actividad que mueve los grandes motores de la economía del continente sur americano; el oro, plata y litio son minerales que a día de hoy atraen la inversión mundial y es la región uno de los principales productores, es así como América Latina se convierte para Giarraca N¹³², en una de las regiones “elegidas”, debido a todos los recursos naturales como el agua, petróleo, gas natural y los innumerables recursos biodiversos existentes en el territorio, en este orden de ideas el modelo explotador-extractivo, usado por los diferentes actores transnacionales y socios locales, en el que se basa la explotación de recursos no renovables toma más fuerza en la economía de la región¹³³.

La historia de América Latina, no solo desde un periodo reciente sino desde la época de la conquista ha estado vinculada a la extracción de recursos minerales, con unos procesos primarios de exportación, es así como en países como Colombia, Perú, Chile, México, Brasil se relaciona un incremento potencial en inversiones y en actividades de tipo minero mayor mente ligadas a empresas mineras trasnacionales, frutos de estos proceso diferentes países de orden internacional han puesto su minera

¹³⁰Ecologistas en Acción, Informe: Minería Especulativa en España, op. cit., p. 21.

¹³¹ La Comisión Económica para América Latina (CEPAL) fue establecida por la resolución 106 (VI) del Consejo Económico y Social, del 25 de febrero de 1948, y comenzó a funcionar ese mismo año. En su resolución 1984/67, del 27 de julio de 1984, el Consejo decidió que la Comisión pasara a llamarse Comisión Económica para América Latina y el Caribe. CEPAL, acerca de la CEPAL)

¹³² Giarraca, N. (2006) “Territorios en disputa: los bienes naturales en el centro de la escena”. Realidad Económica, No. 217, p. 51-68.

¹³³ Scotto, G. (2013). Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina, Revista, Letras Verdes- revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales, N.o 14, p. 95-11. /

en estos países es por ello que en la actualidad observamos que la mayor inversión en actividad minera proviene de países como Canadá o que la alta demanda de metales sea de economías como la asiática convierte a “América Latina en el destino de Importantes inversiones dirigidas especialmente a Perú, Chile y Brasil¹³⁴.

En algunos países de Latinoamérica se observa el cambio en los modelos de explotación a campo abierto llamados megaminería por autores como Svampa y Antonelli, quienes indican un cambio en el modelo de acumulación, expansión, extracción y exportación de los bienes naturales en Argentina y así también en diversos países de América Latina.¹³⁵

Según Gudynas, N.¹³⁶, Latinoamérica ha sufrido un cambio en cuanto a la política pasando de tener gobiernos conservadores y neoliberales ha gobiernos asociados con la izquierda, sin embargo, aun cuando pocos países de la región se mantienen en los mismos gobiernos conservadores en ambos movimientos políticos no existe un cambio en la extracción minera y se mantienen los mismos preceptos, como a bien lo indica Gudynas, "sigue gozando de muy buena salud"¹³⁷.

Pese a los cambios del progresismo, se mantienen las formas extractivistas, observemos por ejemplo en Chile una vez finalizada la dictadura la nueva democracia mantuvo exactamente las bases de la minería, permaneciendo así los emprendimientos privados y su fomento se hace cada vez más grande, en ese orden de ideas cualquier intento de diversificación productiva no ha sido muy exitoso. Gudynas¹³⁸, sostiene que aun cuando se reflejan cambios políticos profundos en Latinoamérica tendientes a la izquierda, el sector minero sigue manteniendo su estatus de importancia y el fundamento de la economía para el desarrollo.

No se puede desconocer las décadas en las que ha funcionado el mismo modelo extractivo y el papel importante que juega la minería, los hidrocarburos y los

¹³⁴ Ídem

¹³⁵ Svampa, M., Álvarez, M., Bottaro, L. (2009) “Los movimientos contra la minería metálica a cielo abierto: escenarios y conflictos. Entre el “efecto Esquel” y el “efecto La Alumbreira”. En Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales, pp. 123-180, Maristella Svampa e Mirta Antonelli (editoras.).

¹³⁶ Gudynas, E. (2011). El nuevo extractivismo progresista en América del sur, en Alberto Acosta, François Houtart, Soler, H., Martínez, J., Macas, L., Colonialismo del Siglo XXI-Colonialismos del siglo XXI:Negocios extractivos y defensa del territorio en América, Ica editorial, p. 79

¹³⁷ Ídem, p. 79

¹³⁸ Ídem, p. 77

monocultivos en las exportaciones, ahora bien, hacer rupturas frente a la forma como se viene desarrollado estos modelos de extracción en Latinoamérica requiere de algunos cambios no solo en la política, sino cambios más profundos que afecta la realidad económico y social de los países. Hasta este punto de acuerdo con la CEPAL, se aumentó en las exportaciones de los productos primarios, sobre el total de las exportaciones, durante el gobierno de Lula Da Silva en Brasil en un 60%, en ese mismo periodo un 80% en Chile y Perú, mientras que en Venezuela, Ecuador y Bolivia un 90%, afirma entonces “los gobiernos progresistas no solo han mantenido esa tendencia sino que buscan profundizar en intensidad y ampliarla a nuevos sectores”¹³⁹.

Es importante revisar el crecimiento del Extractivismo exportador en los países de Latinoamérica, desde año 2008 se dio un aumento en 58 millones de dólares respecto del 2004 a 2008, llegando en 2011 a un pico de 240 millones de dólares que para el 2017 se comportaron en unos 158 millones de dólares según el último informe de la CEPAL, representando un 17% en las exportaciones total¹⁴⁰, veamos la siguiente gráfica:

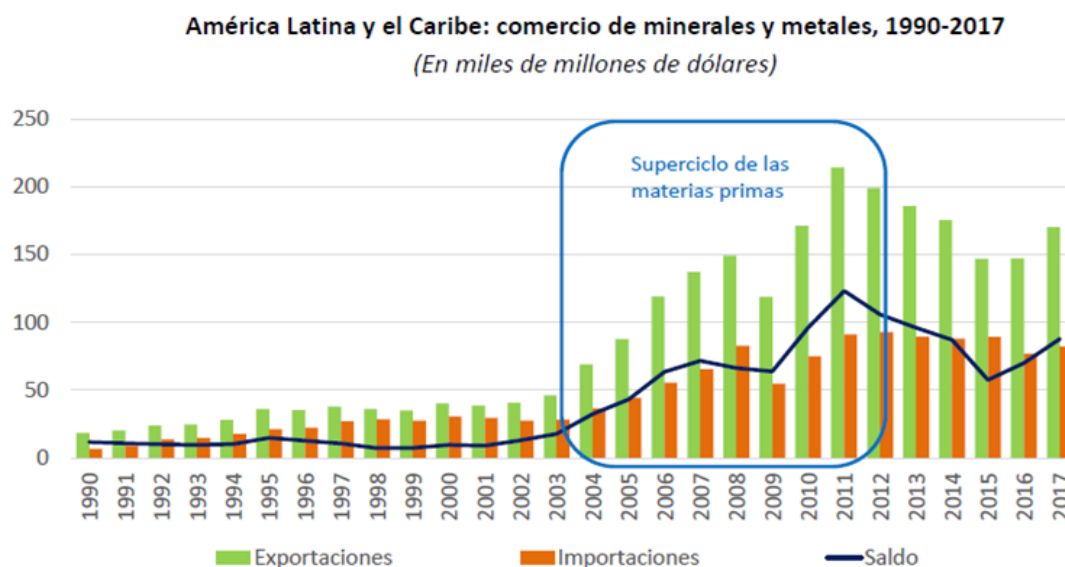
Bárcena Alicia, La región es superavitaria en minerales y metales: exportaciones extraordinarias en el superciclo de precios y aún en 2017 que representó el 17% de sus exportaciones totales.

¹³⁹ Ídem, p. 79

¹⁴⁰ Bárcena, A. (2018) Estado de situación de la minería en América Latina y el Caribe: desafíos y oportunidades para un desarrollo más sostenible, IX Conferencia de Ministerios de Minería de las Américas, CEPAL.

Gráfica 1. América Latina y el Caribe: comercio de minerales y metales, 1990-2017

**La región es superavitaria en minerales y metales:
exportaciones extraordinarias en el superciclo de precios y aún
en 2017 que representó el 17% de sus exportaciones totales**



Fuente: CEPAL, Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y el Caribe 2018.

Así según esta gráfica los países que conforman la MERCOSUR¹⁴¹, se denota que entre el 2004 y el 2012 se registra un aumento exponencial de las exportaciones considerablemente en lo que se llamó el superciclo de las materias primas, los siguientes años se mantiene las exportaciones con algunas bajas respecto de los 10 años anteriores.

Según la CEPAL, entre el 2015 y el 2017 se registra un aumento en las exportaciones de la materia prima, respecto del panorama mundial, veamos la siguiente gráfica:

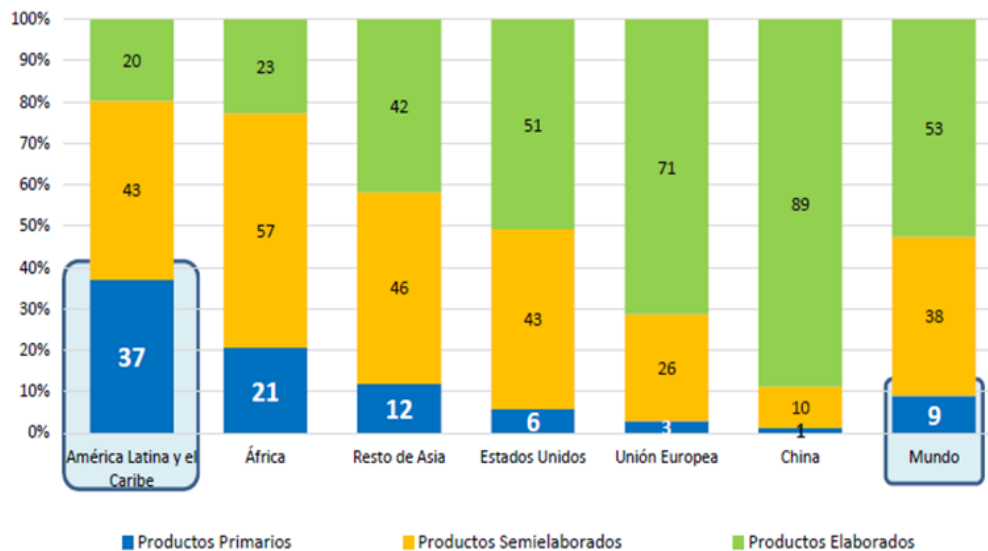
Bárcena Alicia, El peso de las materias primas en las exportaciones mineras es 4 veces el que tienen en las exportaciones mineras mundiales.

¹⁴¹ El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso de integración regional instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al cual en fases posteriores se han incorporado Venezuela* y Bolivia, Colombia entre otros países del Sur de América. MERCOSUR.

Gráfica 2. Composición del valor de las exportaciones de minerales y metales por grado de elaboración, promedio 2015-2017

El peso de las materias primas en las exportaciones mineras es 4 veces el que tienen en las exportaciones mineras mundiales

Regiones, agrupaciones y países seleccionados: composición del valor de las exportaciones de minerales y metales por grado de elaboración, promedio 2015-2017



Fuente CEPAL, Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y el Caribe 2018.

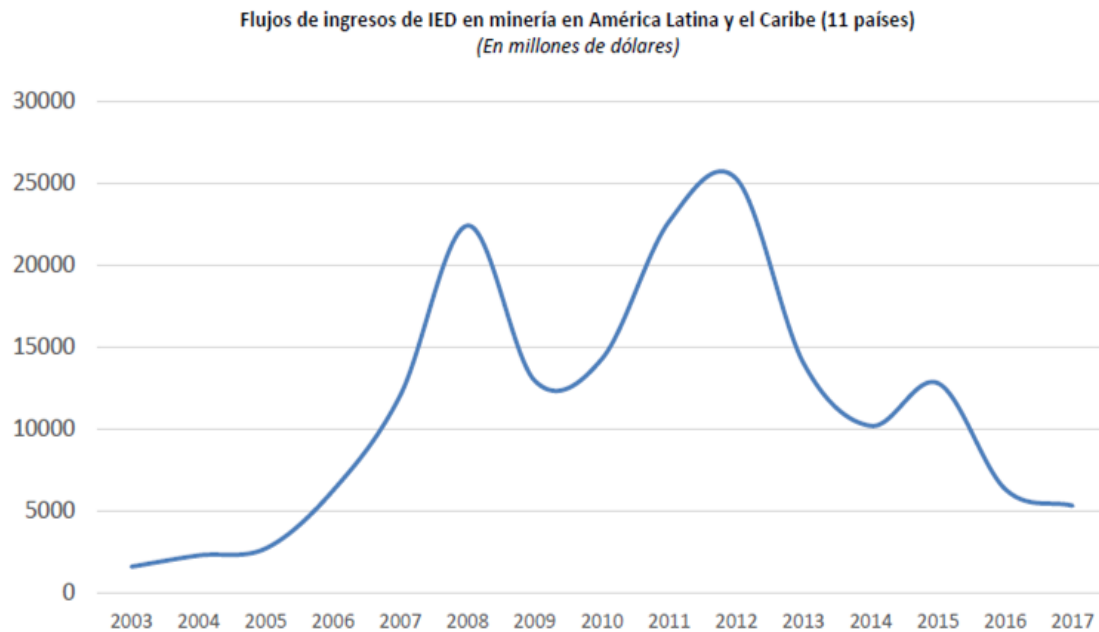
En la gráfica se muestra que mientras América Latina entre el 2015 y 2017 registraba una exportación del 37%, África tenía un 21%, China un 0,1% y 12% el resto de Asia, Estados Unidos se sitúa por él 6%, la Unión Europea en 6% y un 9% para el resto del mundo, siendo 4 veces las exportaciones de América Latina resto de las que se tienen en la minería mundial.

Este efecto genera que el precio de los metales fuera volátil durante el 2000 al 2018, provocando fluctuaciones en los ingresos fiscales, esto lleva a una complicación en la fiscalidad de los países productores.

Bárcena, A., Entre 2003 y 2017 ingresaron 171 mil millones de dólares de IED en minería en la región, y se advierte una caída en el último quinquenio.

Gráfica 3. Flujo de ingresos de IED en minería en América Latina y el Caribe.

Entre 2003 y 2017 ingresaron 171 mil millones de dólares de IED en minería en la región, y se advierte una caída en el último quinquenio



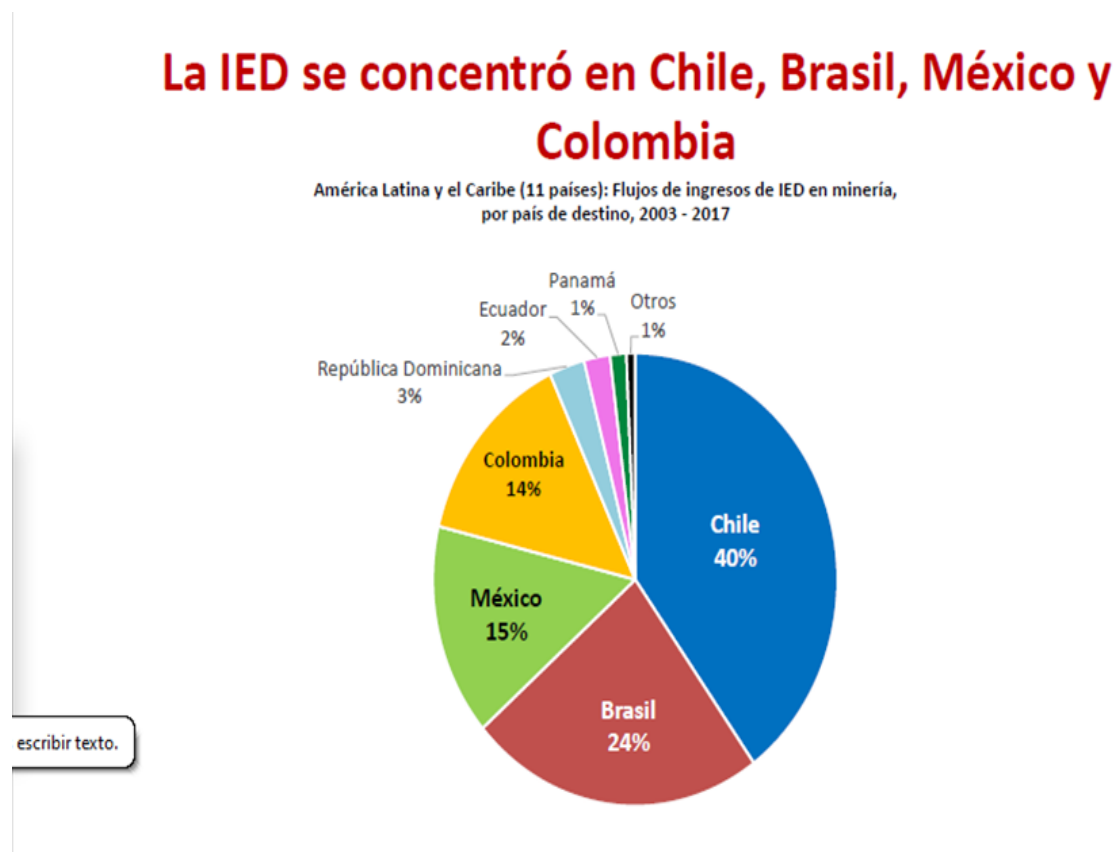
Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la base de estimaciones y datos oficiales. Datos de Brasil, Chile (hasta 2016), Colombia (incluye minería de carbón), Ecuador (minas y canteras), Honduras, México, Nicaragua, República Dominicana, y Panamá, Paraguay y Uruguay (hasta 2016).

Entre el 2003 y 2017 la inversión extranjera directa registró un ingreso de 171 mil millones de dólares en Latinoamérica, sin embargo, la CEPAL, indica que se puede presentar una caída entre el 2018 y el 2023.

Ahora bien, la Inversión Extranjera Directa en materia minera, teniendo en cuenta el informe CEPAL, se concentró entre el año 2013 al 2017 en los países como Chile, Brasil, México y Colombia veamos la gráfica:

Bárcena, A., La IED se concentró en Chile, Brasil, México y Colombia

Gráfica 4. América Latina y el Caribe: flujo de ingresos de IED en minería 2003-2017



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la base de estimaciones y datos oficiales. Datos de Brasil, Chile (hasta 2016), Colombia (incluye minería de carbón), Ecuador (minas y canteras), Honduras, México, Nicaragua, República Dominicana, y Panamá, Paraguay y Uruguay (hasta 2016).

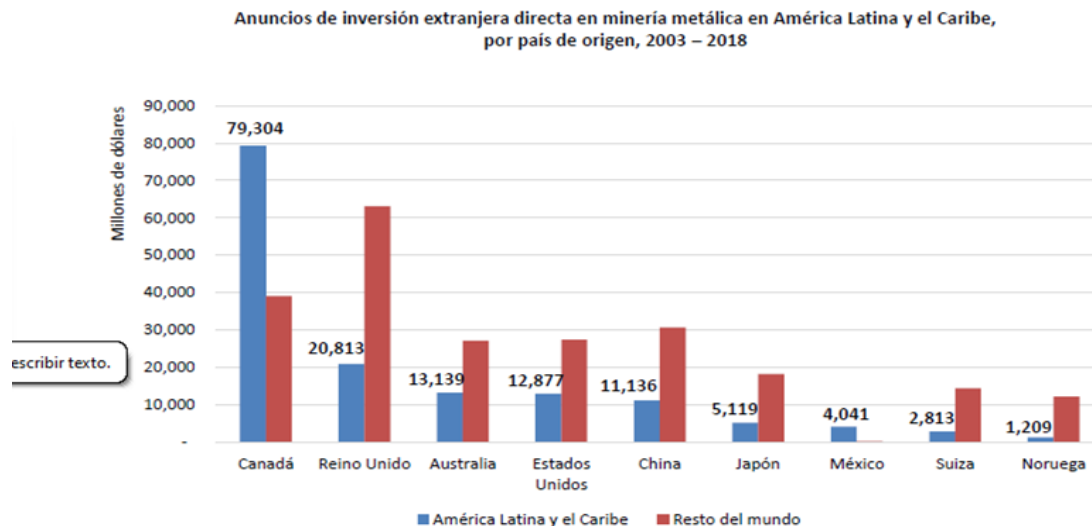
Esta representa en inversión extranjera directa para Chile en un 40%, Brasil 24%, México 15%, Colombia un 14% luego en menor medida Ecuador con un 2%, Panamá 1%, estos factores de la inversión a factores tanto económicos como políticos en estos países.

Por su parte esta inversión en minería se ve representada en países como Canadá quien hoy en día se ha convertido en uno de los mayores inversores en la minería metálica en Latinoamérica y en el mundo observemos la siguiente gráfica:

Bárcena, A., Canadá es el mayor inversor en minería metálica en la región y el mundo, seguido de Reino Unido.

Gráfica 5. Anuncios de inversión extranjera directa en minería metálica en América Latina y el Caribe.

Canadá es el mayor inversor en minería metálica en la región y el mundo, seguido de Reino Unido



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la base de información de fDi Markets (incluye estimaciones). Datos actualizados al 17 de octubre de 2018. Datos enero agosto 2018.

En la gráfica se puede observar que entre el 2003 y 2018 Canadá ha invertido cerca de 79,304 millones de dólares en América Latina mientras que en resto del mundo cerca de 38 mil millones de dólares convirtiéndola en el principal inversor de la región luego le sigue reino unido con 20,813 millones de dólares, Austria con unos 13,139 millones de dólares, Estados unidos 12,877 millones de dólares, China 11,136 millones de dólares, Japón y México más cercanos con una inversión de 5,119 y 4,041 millones de dólares respectivamente y por último se encuentra Suiza con 2,813 y Noruega 1,209 millones de dólares en inversión para Latinoamérica.

Ahora bien, la extracción de recurso minerales he marcado la historia de Latinoamérica, desde la conquista como afirma Álvarez, S¹⁴²., y esto ligada a un modelo primario de exportación, en los países de Sudamérica y por supuesto en

¹⁴² Álvarez, S. (2018) Extractivismo, modo de vida imperial y violencia, revista PAPELES de relaciones eco sociales y cambio global, N° 143, p.5-10.

México aumentado considerablemente la inversión en el sector minero por empresas transnacionales, que bien lo indica Álvarez operan “bajo bandera canadiense La mayor demanda de metales por los llamados economías asiáticas emergentes, combinadas con la presencia de abundantes depósitos de descubierto”¹⁴³ que deja a la región posicionada como mayor exportador en el mundo.

Hasta este punto, en las últimas décadas se denota una profundización en los modelos de explotación y exportación minera por ejemplo Argentina que pasó de una exportación de 20 millones de dólares a 58 millones, pero luego bajó a más de 42.000 millones en 2009. “Argentina es un caso ilustrativo de la profundización del modelo: entre 2003 y 2006, bajo la presidencia de Néstor Kirchner, el número acumulado de proyectos mineros creció por encima del 800%, y las inversiones acumuladas aumentaron un 490%, manteniéndose las ventajas en la inversión y las modestas regalías del 3%” y no se observa cambio en el gobierno de Cristina F. de Kirchner”¹⁴⁴.

Asimismo, el Extractivismo genera consecuencias en los territorios que requiere un análisis profundo, es así como observan consecuencias de tipo económico, ecológico, sociales y políticos, que de alguna forma u otra profundizan el subdesarrollo y generan consecuencias en el modelo económico. Álvarez, S.,¹⁴⁵ señala “Una economía subdesarrollada es aquella que se caracteriza por un elevado grado de desarticulación –social y productiva– interna. Un país periférico es aquel que tiene una inserción subordinada en la economía mundial”¹⁴⁶. Según Álvarez, S., el Extractivismo lo que produce es marca aún más los rasgos del subdesarrollo y generar una dependencia al llevar a los países en subdesarrollo a mantener un perfil “primario-exportador”¹⁴⁷, bajo el régimen de acumulación que mantiene una “economías de enclave”¹⁴⁸ Así pues, Álvarez, S., expresa lo vulnerable en que se convierten los países subdesarrollados que producen materia prima, pues se somete a la volatilidad de los mercados.

¹⁴³ Ídem, p. 7.

¹⁴⁴ Ídem, p. 7.

¹⁴⁵ Ídem, p.8.

¹⁴⁶ Ídem, p.8.

¹⁴⁷ Ídem, p.9.

¹⁴⁸ Ídem, p. 8.

Se exponen diferentes problemáticas en este sentido, por un lado, encontramos la economía y la búsqueda del crecimiento global desmedidamente y por otro lado encontramos los efectos en la ecología y los ecosistemas, la naturaleza vista como un objeto del cual se puede extraer y dar un valor monetario desconociendo la importancia que tiene la vida de los ecosistemas. En ese orden de ideas analizaremos las problemáticas que sobreviene con la exploración, extracción y exportación de las materias primas, que ha llevado al desconocimiento y el colapso de la ecología en Latinoamérica y la generación de problemas sociales en la región.

Como se analizó Latinoamérica se ha convertido en centro de la exportación de minerales, sin embargo, la visión descomedida e inconsciente de los recursos naturales viene generando una serie de problemáticas que se revisarán en este apartado.

No obstante, son varias las problemáticas que se enfrenta la mayoría de los países de América Latina, se revisará cuatro aspectos considerados focos de importancia en esta actividad:

- a) Falta de un marco jurídico estable en materia minera en América Latina
- b) Conflicto social y consultas mineras en América Latina
- c) Los conflictos Ambientales en materia minera en América Latina
- d) Extractivismo ilegal en América latina en el contexto de zonas de protección

1.4.2. Falta de un marco jurídico estable en materia minera en América Latina

En primer lugar la falta de un marco jurídico estable es uno de los problemas centrales en los procesos de explotación minera, como se ha dicho Además, “la debilidad en la regulación y la falta de compromiso de una gran parte de los empresarios mineros con la responsabilidad socioambiental, sigue ocasionado que las comunidades pierdan confianza en la sostenibilidad de este sector”¹⁴⁹, como consecuencia las grandes empresas transnacionales presentan una posición dominante en los países latinoamericanos que va determinado por esa posición que juega un papel importante en los ingresos y la inversión pública, las influencias políticas que en la mayoría de la

¹⁴⁹ Scotto, G, Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina, op cit., p. 100

región debilitan la democracia como lo indica Álvarez, S¹⁵⁰“ capturando las instituciones del Estado (y muchos de sus principales contrapesos, como por ejemplo los medios de comunicación). Cuando es el propio Estado quien controla el proceso, es habitual ver al Extractivismo acompañado de fenómenos de corrupción y clientelismo.

La gobernanza juega un papel determinante en la minera, ya que la economía de los países de Latinoamérica depende en gran parte de factores como la explotación y exportación de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, los efectos causados por el acaecimiento de la economía en factores como la minería tiene sus grandes consecuencias fiscales, sociales y ambientales, por lo que requiere una gobernanza adecuada, eficiente y no corrupta sobre la propiedad, apropiación, distribución de materia primera¹⁵¹.

La CEPAL, por su parte se encuentra comprometida con los Objetivos de Desarrollo Sostenible para una gobernanza efectiva, democrática y transparente, bajo los preceptos de la igualdad y la sostenibilidad democrática¹⁵². En este sentido la economía va girando a un mundo globalizado que ha llevado a los países a realizar acuerdos que para integrar la actividad minera que permita una colaboración recíproca es así como Argentina y Chile firman un tratado sobre la integración y complementación minera estos acuerdos fomentan la minería¹⁵³, pero es evidente la falta de políticas públicas y legislación interna en los países de Latinoamérica, que exponga una unificación de criterios en cuanto a los procesos mineros.

Si bien es cierto, se develan normas cuya reglar en general es el Estado como el dueño de los recursos minerales que a su vez concede a entes privados la explotación y la exploración “mediante la constitución de un título jurídico que otorga derechos para explorar y explotar”¹⁵⁴. Por su parte países como Argentina, establecen en el

¹⁵⁰ Álvarez, S., Extractivismos, modo de vida imperial y violencia, op cit., p.8.

¹⁵¹ CEPAL, Eventos diálogos multiactor, gobernanza y la minería en siglo XXI.

¹⁵² Gudynas, E, (2011). El nuevo Extractivismo progresista en América del Sur, en Acosta A., François, H., Soler, H., Alier, J., Macas, L., Colonialismo del Siglo XXI-Colonialismos del siglo XXI:Negocios extractivos y defensa del territorio en América, Ica editorial, p. 79.

¹⁵³Ministerio de Minería- Comisión Chilena del Cobre, Balance de gestión integral año 2017. Disponible en: http://www.dipres.gob.cl/597/articles-172632_doc_pdf.pdf (Consulta 08-10-2020)

¹⁵⁴ Vio, D., Walter, M., (2016) Marcos normativos e institucionales de la minería en América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, p. 8.

Artículo 7 del código de minas que “Las minas son bienes privados de la Nación o de las provincias, según el territorio en que se encuentre¹⁵⁵”; Ley General de Minería de Perú deja ver en el numeral II “Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible”¹⁵⁶;

En el mismo sentido en la constitución chilena en su Art. 19 N° 24, inciso 10° indica: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas”¹⁵⁷ Revisemos entonces el caso de Colombia que tanto la Constitución Política artículo 332 y como en el del Art. 5° de la Ley N.º 685, Código de Minas, Colombia adopta el mismo régimen al establecer: “Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico o natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos”¹⁵⁸. Por último, en la Constitución de los Estados Unidos de México en su artículo 27 establece “Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o sustancias que, en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos”¹⁵⁹. Según Vio Gorget y Walter¹⁶⁰, se considera en este análisis que los diferentes países mencionados mantienen un régimen de propiedad común en relación con la industria extractiva minera, sin embargo, a la hora de la asignación de títulos y la delegación de facultades para explorar y explotar se desarrolla de diferentes formas de acuerdo con la legislación, esto sumado a la asignación directa y los modelos de acceso como lo indican los autores:

“Es posible advertir procesos de asignación directa; modelos de acceso abierto, en los que rige el principio “primero en el tiempo, primero en el derecho”; y, también, normas que consagran procesos concursales o de licitación competitiva para asignar derechos mineros. La adopción de las alternativas mencionadas es una decisión de política pública y, en consecuencia, es parte del rol que el Estado debe ejercer para

¹⁵⁵ Ídem, p.8.

¹⁵⁶ Ídem, p.8.

¹⁵⁷ Ídem, p.8.

¹⁵⁸ Ídem, p.9.

¹⁵⁹ Vio, G., Walter, D., Martin, (2016) Marcos normativos e institucionales de la minería en América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, p. 9.

¹⁶⁰ ídem, p.9.

el desarrollo del sector. La opción o el régimen que se definan para asignar derechos deben ser acompañados por información sobre el potencial y la disponibilidad de recursos y reservas mineras, características y situación del territorio, estructura institucional responsable de los procedimientos de otorgamiento, entre otros elementos”¹⁶¹.

Las políticas públicas que garantizan la exploración y explotación de minerales por parte varían en los diferentes países de Latinoamérica o en algunos casos se carece de una política eficiente o se encuentran en construcción, en caso particular de Perú ejemplo según el ministerio de Ministerio de Energías y Minas, “Las normas del Sector energía y minas se sitúan en un marco global de plena estabilidad jurídica, libertad económica, garantías, promoción a las inversiones y la pacificación del país.

Dentro de estos lineamientos de política, las inversiones y operaciones quedan a cargo de la empresa privada. Están a cargo del Estado, los roles concedente, normativo y promotor”¹⁶². En ese orden de ideas resalta que la política minera en Perú va dirigida a aprovechar los recursos minerales “racionalmente, respetando el medio ambiente y creando condiciones para el progreso del sector en un marco estable y armonioso para las empresas y la sociedad”¹⁶³. Sigue diciendo el ministerio de la importancia del equilibrio y obligación entre las empresas.

Ecuador hace parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el 2019 el gobierno presenta su política pública actual reflejando los pilares constitucionales del buen vivir, “esta busca promover en todos los niveles, la innovación, la tecnología y la investigación que permitan el fortalecimiento interno del sector, priorizando el desarrollo sustentable, la protección ambiental, el fomento de la participación social y el buen vivir”¹⁶⁴. La política pública minera de 2019 hacia 2030 contiene dos nuevos ejes respecto de la derogada vigente desde 2016, por un lado, la sostenibilidad social

¹⁶¹ Ídem, p 9.

¹⁶² Ministerio de Energías y Minas, Política Minera, disponible en: <http://www.minem.gob.pe/detalle.php?idSector=1&idTitular=158&idMenu=sub149&idCateg=158> (10 de agosto de 2020)

¹⁶³ Ídem

¹⁶⁴ Ministerio de Energía y recursos naturales no renovables, política pública minera ACUERDO Nro. MERNNR-MERNNR-2019-0028-AM, disponible en: <https://www.rekursosyenergia.gob.ec/wp-content/uploads/2019/06/MERNNR-MERNNR-2019-0028-AM-DEROGA-AM-2016-018-Y-EMITE-POLI%CC%81TICA-PU%CC%81BLICA-MINERA.pdf>

y ambiental y por otro lado el combate contra la minería ilegal, esta política pública por primera vez en la historia desarrolla la problemática social y ambiental con un eje central.

Se articula en seis ejes distribuidos de la siguiente forma desarrollo económico, sostenibilidad socioambiental, Investigación y desarrollo, gestión y administración, regulación control y combate de la minería ilegal, normatividad, incrementar la producción del sector en un marco de sostenibilidad ambiental y social; así como mejorar la capacidad de administración, regulación, auditoría y control de las actividades mineras, a nivel nacional.

Ministerio de Energía y Recursos Naturales, ejes de la política pública minera Ecuador 2019-2030.

Ilustración 1. Ejes de política minera del Ecuador 2019-2030.



Fuente: Tomada de la política pública nacional de Ecuador.

Dentro de los ejes se desarrollan siete objetivos estratégicos el primero de ellos es posicionar al sector minero como industria relevante de la economía nacional, un segundo objetivo es promover mayores niveles de inversión con un desarrollo competitivo y sostenible, el promover la adopción de buenas prácticas ambientales y

de seguridad ocupacional en la industria minera que garantice un aprovechamiento integral y responsable de los recursos minerales, el tercer objetivo va teniendo a buscar armonizar las relaciones ante los diversos actores mineros propiciando el desarrollo de las áreas de influencia, mediante mecanismos de participación y diálogo, el cuarto pretende fortalecer la información geológica minera y metalúrgica, promoviendo desarrollo tecnológico servicios especializados, transferencia de conocimiento, incentivos a la innovación para todos los regímenes y generación de talento humano calificado y certificado, como quinto objetivo se encuentra articular las funciones y competencias de las instituciones públicas, involucradas en el sector minero, mediante la coordinación intra e intersectorial, en términos de transparencia, eficiencia y eficacia, y por último el sexto objetivo busca fortalecer la estructura de administración, regulación y control del estado mediante la aplicación de procesos de auditoría fiscalización y seguimiento de las actividades mineras, séptimo promover un marco normativo sólido para el desarrollo de la industria minera, mediante la revisión, análisis y propuestas de una normativa minera que conduzca a la seguridad jurídica del sector¹⁶⁵.

En ese mismo sentido Bolivia considerado un país pionero por reconocer el derecho a la madre tierra y su salvaguarda bajo la Ley N° 300 de octubre de 2012 que indica lo siguiente:

“La presente ley tiene por objeto establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ *Ibidem*

¹⁶⁶ Véase Ley N° 300 de octubre de 2012, ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien. Disponible: <http://www.mineria.gob.bo/juridica/20121015-11-39-39.pdf> (Consulta 22-08-2020)

Bajo esta ley se pretendió eliminar la concentración de la propiedad de la tierra, de igual forma se establecieron algunas regulaciones en torno a la extranjerización de la propiedad, su aprovechamiento y acceso a la misma en ese sentido todo los aspectos de la minería y el petróleo se darán bajo la observancia de esta norma, creando así mismo el delito a la Madre Tierra como un bien jurídico tutelable, por último en este análisis se identificó la creación de la defensoría de la madre tierra, una institución que defensa la madre tierra y promoverá el derecho a la tierra bajo esta ley se contempla cuando debe actuar dicha institución.

Si bien Bolivia hace parte de ese nuevo constitucionalismo que promueve el buen vivir y se centra en aspectos como el cuidado de la madre tierra y la protección del territorio, es menester analizar la importancia de la fiscalización de los recursos que se ha convertido en una problemática en los distintos países de Latinoamérica, en este caso Bolivia realizó una modificación a la Modifica Ley N° 535 de 2014, Ley de minería y metalurgia mediante la Ley N° 1140 de 2018, esta contiene varias reformas entre ella se destaca que ya no es la Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera (AJAM) la encargada del control y fiscalizar de las cooperativas mineras si no que esta función es competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas (AFSCOOP), como lo indica la ley:

“La Autoridad de Fiscalización y Control de Cooperativas – AFSCOOP, ejercerá el control y fiscalización del cumplimiento del carácter y la naturaleza de las cooperativas mineras, considerando el desarrollo de sus actividades, de acuerdo a los parámetros y los procedimientos establecidos en el marco de la Ley N° 356 de 11 de abril de 2013, Ley General de Cooperativas”¹⁶⁷.

Otra modificación tiene que ver con los contratos mineros cooperativos, dicha función está en cabeza de la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL), que hasta ese momento se encontraba a cargo de la AJAM.

¹⁶⁷ Ley n° 1140 ley, de 21 de diciembre de 2018, modificar la Ley N° 535 de 28 de mayo de 2014, de Minería y Metalurgia, y la Ley N° 845 de 24 de octubre de 2016. Disponible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bol182818.pdf> (Consulta: 22-08-2020)

Estas normas pioneras hasta ese momento, no han sido una respuesta eficiente en temas de fiscalización del sector minero, se requieren transformaciones mucho más profundas para erradicar problemáticas como la corrupción, así como aspectos de relevancia social, en un comunicado oficial del Ministerio de Minería y Metalurgia, se informa que se han establecido investigaciones por corrupción:

“En una exhaustiva revisión de la gestión desarrollada por el anterior gobierno, se determinó que existieron actos de corrupción, tráfico de influencias y daño económico al Estado entre otros delitos. Estos actos contrarios a la ley fueron distintos funcionarios de la administración del Ministerio de Minería y Metalurgia (...) La autoridad citó un ejemplo de los actos irregulares, cuando la Empresa Carlos Caballero en la gestión 2016 fue beneficiada con el contrato de la reparación del Horno Kivcet, de la Empresa Metalurgica Karachipampa, pero no se le exigió ninguna garantía para el funcionamiento del horno que operó sólo tres meses y a la fecha se encuentra paralizado”¹⁶⁸.

Por su parte Chile y México, que siguen estando entre los cinco países con más actividades de exploración del mundo¹⁶⁹. Siendo la industria de la minería un pilar para la economía en Chile, debido a su importancia se han desarrollado e implementado algunas políticas públicas para generar una mayor inversión extranjera sin embargo pese al cumplimiento de los estándares nacionales e internacionales por parte de las empresas es constante la insatisfacción de la comunidad y los conflictos socioambientales¹⁷⁰.

Con este panorama Chile se vio abocado a la construcción de una política pública minera que se apoye en las necesidades de la comunidad, se busca entonces a través de este instrumento posibilitar el desarrollo sostenible de la industria minera en Chile, y potenciar su rol en el desarrollo del país, fomentando un acuerdo político social que

¹⁶⁸ Ministerio de Minería y Metalurgia, Ministro de Minería identifica corrupción y daño económico en empresas estatales. Disponible en: <http://www.mineria.gob.bo/documentos/noticias.php?pvnoticia=1162&codigo=eyJzdWl0eXN0Y3ODkwIiwibmFtZSI6IkpvaG4gRG9liwiaWF0IjoxNTE2MjM5MDIyfQ> (Consual:22-08-2020)

¹⁶⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos para la garantía de sus derechos, CEPAL, Santiago, 2014, p. 21.

¹⁷⁰ Ministerio de Minería Gobierno De Chile, Más y mejor minería: la sostenibilidad en las relaciones comunitarias. Disponible en: <http://www.minmineria.gob.cl/columna-de-opinion/mas-y-mejor-mineria-la-sostenibilidad-en-las-relaciones-comunitarias-2/>

haga viable la minería como una plataforma de desarrollo sostenible para Chile que, a su vez, genera mayor certeza jurídica para la inversión minera hacia 2050¹⁷¹. El presidente de la cámara minera chilena, Manuel Viera, afirma que Chile debería enfocarse en mantener su estabilidad y reglas claras para los inversionistas locales y extranjeros para seguir siendo un protagonista de la escena mundial, este indica que en el país existen seis compañías concentran el 80% de toda la propiedad minera que existe en el país y que esto produce una gran concentración de poderes y poca inversión¹⁷².

Si bien en los diferentes gobiernos se desarrollan políticas mineras no se refleja una política pública nacional que dé respuesta a las problemáticas sociales y medioambientales de los diferentes países y mantienen una legislación de cara a la inversión extranjera olvidando estos factores, ejemplo de ellos es el caso de México:

La ley minera de 1992 da cuenta de la importancia para este país de la participación para la extracción de las empresas extranjeras que establezcan un domicilio legal en el país, de otro lado se da un mayor plazo para la concesión pasando de 25 a 50 años, un tercer aspecto se relaciona con “La exploración, explotación y beneficio de los minerales (...) serán preferentes sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno”¹⁷³; en ese orden de idea está aspecto tiene consecuencias nefasta para los pueblos indígenas y campesinos, Según Cisneros, P.,¹⁷⁴ introduce la posibilidad de expropiar sus tierras y entregarlas al capital minero, la ley agraria permitió la venta y renta de tierras indígenas con los cambios realizados al artículo 27 de la constitución, en ese mismo orden de ideas en el artículo 6 de la ley de minas establece que sólo la ley federal y la política minera mexicana podrán establecer contribuciones que graven la actividad minera, para Cisneros esto resulta inconstitucional el señalamiento de las facultades niveles de gobierno en una ley (en lugar de la Constitución) y en ese sentido

¹⁷¹Ministerio de Minería, Política Nacional Minera 2050. Disponible en: <http://www.politicanacionalminera.cl/> (Consulta 08-13-2020)

¹⁷² En una entrevista realizada por Bnamericas el presidente de la cámara minera afirma la importancia de tener reglas claras para la inversión. Política pública para la industria minera de Chile. Disponible en: <https://www.bnamericas.com/es/entrevistas/politicas-publicas-para-la-industria-minera-de-chile> (Consulta 08-20-2020)

¹⁷³ Cisneros, P. (2016) Política minera y sociedad civil en América Latina, Paúl Cisneros, editor, 1.ª ed. Editorial IAEN.

¹⁷⁴ Ídem

no se permite que los gobiernos subnacionales ejerzan controles fiscales sobre las actividades mineras.¹⁷⁵

Durante el gobierno de Nicolás Peña Nieto, se dieron algunos cambios tendientes a dar respuestas a las constantes demandas de los movimientos eco territoriales, una presión por parte de la sociedad civil para la formulación de una política pública en materia de minera responsable haciendo que las empresas se obligan en fomentar el desarrollo social y económico de los territorios cercanos a las grandes minas.

En el caso de Argentina, las Malvinas es considerada como una política de continuidad, unión y restauración democrática. Ahora bien, Según Bueno, M¹⁷⁶, Argentina tiene unas políticas mineras que presentan una continuidad desde 1990, en efecto pese a que existen unas políticas continuas tales políticas cambian de gobierno a gobierno es así como se sostiene de presente “la ausencia de las denominadas políticas de Estado”¹⁷⁷. Como sucede en otros países de Latinoamérica en Argentina existen acuerdos de los partidos políticos pactos que se reflejan en la constante actividad legislativa como en las política provinciales, es así como desde el Congreso Nacional se expidió un paquete legislativo que garantiza la sesión del dominio útil de las minas por parte del Estado a los privados, convirtiéndose en los únicos que pueden explotarlas, también plantea una legislación ambiental propia que excluye a la Secretaría de Ambiente de la Nación como autoridad de aplicación, otro aspecto relevante son los beneficios fiscales que brindan las normativas mineras a las empresas por 30 años¹⁷⁸.

En ese orden de ideas es importante que exista una reforma estructural a la normativa vigente para lograr una estabilidad fiscal, iniciando por el código de minas, la ley de inversión minera, los acuerdos federales mineros, la ley de ordenamiento así como la ley de financiamiento y devolución anticipada del IVA, la ley de ampliación del régimen de inversiones, entre otras normas¹⁷⁹, puesto que dentro del modelo minero la

¹⁷⁵ Ídem

¹⁷⁶Del Pilar, M., La política minera en la argentina y el modelo extractivista, Foro Internacional 215, LIV, 2014, p. 106-130.

¹⁷⁷Ídem, p. 107.

¹⁷⁸ Ídem, p.108.

¹⁷⁹ Ídem p. 116

repartición de dividendos ha excedido la inversión extranjera directa esto produce un déficit en las divisas.

La celebración del tratado entre Chile y Argentina sobre integración y complementación minera y sus anexos i y ii, su protocolo complementario y el acuerdo que corrige dicho protocolo. decreto supremo n° 2.022, crea espacios supranacionales en un mundo globalizado “un esfuerzo por fortalecer los vínculos históricos de paz y amistad, y con el objetivo de profundizar el proceso de integración minera entre ambos países, el 29 de diciembre 1997, se firmó el Tratado entre la República de Chile y la República Argentina sobre Integración y Complementación Minera”¹⁸⁰, este tratado “considera la posibilidad de integrar y complementar la actividad minera fronteriza de ambos países, sobre una base de mutua conveniencia y en el contexto de una colaboración recíproca progresivamente mayor en crecientes ámbitos de la vida nacional”¹⁸¹. Este tratado ha generado polarización e innumerables debates en todos los sectores políticos nacionales como supranacionales, pues en este se obtiene un beneficio hasta de 3% de acuerdo con el lugar o provincia donde se extraiga y el puerto donde salga el mineral, este porcentaje es calculado sobre la base de la declaración presentada por las empresas lo que deja un vacío para poder comprobar la cantidad extraída y la falta de control medioambiental y las complejas problemáticas social¹⁸².

En este último espacio analizaremos el caso de Brasil, que siendo el sexto productor de minerales en el mundo este lidera la producción de niobio, es el segundo en tantalio, el tercero en bauxita y mineral de hierro, quinto en manganeso, séptimo en acero y hierro, y octavo en la producción de aluminio¹⁸³. El territorio con mayor depósito de hierro de la nación y el mundo es Pará, en ese mismo tiene formaciones de cobre, oro, manganeso, y níquel.

¹⁸⁰ véase Decreto Supremo N.º 2.022, de 21 de julio de 1997, tratado entre Chile y Argentina sobre integración y complementación minera y sus anexos i y ii, su protocolo complementario y el acuerdo que corrige dicho protocolo. Disponible en: <http://www.minmineria.gob.cl/tratado-minero-con-argentina/> (consulta: 20-08-2020)

¹⁸¹ Ídem

¹⁸² Ídem

¹⁸³ CIPPEC, Minería responsable para el crecimiento con equidad, p. 66. Disponible en: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1052.pdf> (Consulta 06-09-2020)

Las principales zonas mineras en Brasil se encuentran en los linderos del Amazonas y otra parte en el norte del país. Estas zonas están rodeadas de muchas problemáticas como la pobreza, desigualdad y daños al medio ambiente. A partir de ahí se observa que el país tiene muchos desafíos, entre ellos la falta de infraestructura y conectividad con las zonas alejadas, el alto cobro en energía, baja especialización de los recursos humanos en temas de minería, así como el poco conocimiento geológico y localización de las áreas protegidas, la ausencia de una política minera consolidada, la elevada carga tributaria por último es importante contar con una visión a corto y largo plazo del gobierno para sector minero¹⁸⁴.

Por su parte la Constitución deja ver que los recursos minerales le pertenecen a la Unión Federal en ese sentido son los funcionarios y autoridades administrativas las que administran los recursos, así como la producción de la industria minera, ahora bien, durante el siglo XX se desarrollaron todas las instituciones, empresas y directrices que por más de 50 años rigieron el tema minero solo hasta el año 2018 se entraron a modificar el código de minas. Este nuevo código contempla que los títulos mineros pueden ser usados como garantía, de igual forma abrió la puerta para que las mineras obtengan los permisos de exploración de minerales aun cuando se tenga pendiente las solicitudes por licencia.

En cuanto Guatemala, se indica que el sector minero extractivo, representa un promedio del 0.7 del PIB hasta el año 2017, su principal producción en este sector se fija en el oro, la plata y Zinc, luego materiales como óxidos de hierro, níquel, jade, mármol entre otros materiales de construcción¹⁸⁵.

El decreto 48-97, Ley de Minería publicada el 1 de julio de 1997, es el que regula el otorgamiento de licencias y la cual contiene 95 artículos y desarrolla los preceptos de la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual en su Artículo 125 declara que es de utilidad y necesidad pública la explotación técnica y racional de

¹⁸⁴ Ídem, p.69

¹⁸⁵ Ministerio De Energías y Minas, Política minera institucional, Guatemala. Disponible en: <https://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2019/01/Pol%C3%ADtica-Minera-Institucional.pdf> (Consulta: 23-09-2020)

hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables. Esta normativa es un resultado de la modificación y la actualización de la ley anterior¹⁸⁶.

Guatemala tiene una Política minera institucional, En el marco del Plan Nacional de Desarrollo y en concordancia con las necesidades de la industria, esta política se enfoca en cuatro pilares estratégicos; 1. DESARROLLO SUSTENTABLE Y SOSTENIBLE; 2. FORTALECIMIENTO Y TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL; 3. COMPETITIVIDAD Y COMERCIALIZACIÓN FORTALECIDA; 4. INFORMACIÓN GEOLÓGICO-MINERA. Por otro lado, genera una política institucional para establecer confianza con los inversionistas¹⁸⁷.

1.4.2.1. Conflictos sociales y consultas mineras en América Latina

La extracción minera ha generado en la comunidad inconformidad por un lado y de otro lado ha sumido aún más a las comunidades en la pobreza absoluta. La minería ha evidenciado el aumento de las brechas sociales y desigualdad. No ha importado el tipo de gobierno llámese de derechas o de izquierdas es evidente que en los últimos años los efectos sociales y ambientales, autores como GUDYNAS, E¹⁸⁸, da cuenta que aun cuando en los países de Latinoamérica se han dado cambios en los gobiernos no se observan mejoras en materia minera entonces plantea dentro de sus tesis lo siguiente: "se plantea como séptima tesis que en el neoextractivismo se mantienen, y en algunos casos, se han acentuado los impactos sociales y ambientales, y que las acciones para enfrentarlos y resolverlos todavía son inefectivas, y en ocasiones se han debilitado"¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Ídem

¹⁸⁷ Ídem

¹⁸⁸ Gudynas, E., (2011) El nuevo Extractivismo progresista en américa del sur, en Acosta, A., Houtart, F., Soler, H., Martínez, J., Macas, L., Colonialismo del Siglo XXI-Colonialismos del siglo XXI: Negocios extractivos y defensa del territorio en América, Ica editorial, p. 79

¹⁸⁹ Ibidem, p. 79.

Estas problemáticas se han desarrollado en las diferentes protestas sociales a lo largo de los últimos años las comunidades se han cansado de los abusos producidos por el Extractivismo, durante el año 2010, se realizaron diversas marchas indígenas en Bolivia se observó una clara tensión entre el gobierno y las sociedades civiles por los impactos generados por el emprendimientos mineros y petroleros. Por su parte, la flexibilización de la regulación minera y los permisos ambientales por un lado en Brasil y por otro en Argentina donde se vetó una ley de protección de los glaciales andinos para permitir emprendimientos mineros¹⁹⁰.

Es evidente que la actividad extractivista ha crecido de forma exponencial, países como Perú que se analizaron los anteriores acápites representan considerablemente una fuente de reservas minerales para la exploración y explotación debido a la expansión de los mercados internacionales al igual que Perú la mayoría de los gobiernos Latinoamericanos ha diseñado e implementado reformas legales que permitan flexibilizar las formas de explotación y exportación de minerales, esto facilita la inversión en los países mineros pero genera un impacto negativo en el medioambiente y por su parte Huber, L. y de Echave, J.¹⁹¹, sostiene que es evidente que si bien se han desarrollado múltiples reformas a la normatividad de los diferentes países de Latinoamérica los conflictos sociales producto de la actividad minera se han publicado, son constante los conflictos presentados, los “Incidentes como los reportados en el cerro Quilish, en el campamento de La Granja o en Combayo (Cajamarca), en Tintaya (Cusco) o Tambogrande y Majaz (Piura), entre otros, son señales de un clima de fuertes tensiones”¹⁹².

La realidad evidencia las luchas entre los diferentes actores locales, nacionales y extranjeros, episodios de violencia donde las comunidades, los campesinos, los colectivos se enfrentan con trabajadores de las empresas mineras así como empleados del Gobierno en la lucha por los territorios y la afectación de la minería “El crecimiento de los conflictos en América Latina y particularmente en el Perú está asociado a una mayor demanda de participación ciudadana para una gestión

¹⁹⁰ Ídem, p.79.

¹⁹¹ Huber, L. y de Echave, J., (201) Minería y conflicto social, IEP Ediciones.

¹⁹² Ídem

adecuada de recursos naturales”¹⁹³. La comunidad rechaza las imposiciones del Estado de realizar concesiones para explotación de los recursos minerales sin ser consultados esto genera la necesidad de implementar “un mecanismo institucional para la realización de consultas libres, previas e informadas, respetándose las opciones de desarrollo que las poblaciones locales asuman”¹⁹⁴. Se observa que durante los últimos años se han realizado diversos proyectos sin participación de las comunidades, con las falsas promesas de empleo y desarrollo para las comunidades que terminan profundizando la situación de pobreza, violaciones constantes a los derechos humanos y daños al medioambiente.

Otros autores como Scotto, G.¹⁹⁵, coinciden diciendo que “Varios países de América Latina son escenarios del surgimiento de actores colectivos, organizados a nivel local, regional, nacional e incluso internacional, protestar públicamente contra las actividades de las empresas mineras: comunidades pueblos indígenas, organizaciones campesinas, ambientalistas, vecinos, locales, regionales e internacional, mujeres, universidades, etc. movilizarse y articularse bajo la identidad de "afectados" por las actividades mineras”.

Durante el 2002 y 2012 se desarrollaron una serie de consultas sobre la industria minera en 5 países de Latinoamérica más de 68 consultas entre Perú, Argentina, Ecuador, Colombia y Guatemala¹⁹⁶, esto da cuenta de la gran problemática e inconformidad de las comunidades, revisemos algunos casos: En Guatemala se dan más de 57 consultas entre el 2005 y el 2012, una de las más importante es Sipacapa, Algunas de estas consultas se producen en conflictos activos; En Argentina entre el 2003 y 2012 se dieron cerca de dos consultas, en Ecuador se llevó a cabo una en el 2011; entre el 2012 y el 2017 se desarrollaron en Colombia más de 10 consultas, en los que como era previsto ganó la opinión que niega la minería en los diferentes territorios la explotación minera. Estas han impulsado en el resto de la región el fenómeno de las consultas comunitarias.

¹⁹³ Ibidem

¹⁹⁴ Ídem

¹⁹⁵ Scotto, G., Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina, Revista, Letras Verdes- revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales, N. o 14, p.95-116. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/revistas/>

¹⁹⁶ Walter, M., y Urkidi, L., (2002-2012), Consultas comunitarias y vecinales contra la minería metalífera en América Latina Trad por: Núñez, V., revista: ecología, Política, p 48-59.

“(…)impulsaron la difusión de las consultas, encontramos que algunas de ellas nacieron de las primeras experiencias de consultas sobre minería: Tambogrande, Esquel y Sipacapa. Estos primeros casos fueron conflictos mineros relevantes tanto a escala nacional como transnacional, marcando un antes y un después en los procesos de consulta sobre minería en Latinoamérica y en sus propios países”¹⁹⁷.

A partir de allí se crearon diversas redes para la defensa de los derechos sociales y medioambientales:

“La Red Muqui, nacida del conflicto en Tambogrande, fue un proveedor clave de información, experiencia y materiales para el caso de Majaz/Río Blanco y para posteriores consultas. La plataforma «Noalamina», coordinada por el movimiento anti-minería de Esquel, ha sido clave en la difusión de información y recursos entre las comunidades latinoamericanas. En Guatemala, el gran incremento de consultas mineras está relacionado con la repercusión nacional e internacional de la experiencia de Sipacapa. Con el soporte de diferentes ONGs y asociaciones se crearon dos redes regionales en torno a conflictos sobre minería y proyectos hidroeléctricos en Guatemala (Asamblea de Recursos Naturales de Huehuetenango y Consejo de Pueblos de Occidente)”¹⁹⁸.

Estas redes han sido importantes para el desarrollo de las consultas, el conocimiento de los derechos y la puesta en contexto dentro de los territorios, permitiendo difundir las experiencias y generando recursos no solamente humanos sino logísticos y financieros diversas organizaciones han servido como observadoras dentro de estos procesos como: “Oxfam, Friends of the Earth, Greenpeace, Mineral Policy Centre, Peace Brigades International, Nisgua, Catapa, Rigths Action y Mining Watch son algunas organizaciones observadoras internacionales que han estado presentes en las consultas mineras latinoamericanas”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Ibidem, p.49.

¹⁹⁸ Ídem, p.49.

¹⁹⁹ Ídem, p. 50.

Ahora bien, estas consultas han demandado un gran esfuerzo por parte de la comunidad y las organizaciones no gubernamentales, pero también refleja las alianzas con los gobiernos locales que en muchos casos son piedra angular para que estas consultas resulten.

“Las consultas comunitarias combinan capacidades (gestión, comunicación, regulación) y diferentes clases de poder (legitimidad, redes, recursos, confianza) de los movimientos sociales (instituciones informales) y de los gobiernos locales (instituciones formales). Los casos de consultas llevadas a cabo sin alianzas con los gobiernos locales son la excepción. En algunos casos, los gobiernos locales se unen rápidamente a los movimientos sociales o incluso juegan un papel central en la formación de movimientos críticos con las actividades mineras”²⁰⁰.

Bajo ese sentido se observa un interés de los gobiernos locales por apoyar las consultas mineras y unirse a los movimientos sociales, todo ello con el fin de preservarse en el poder y garantizar su posterior gobernanza incluso muchas veces se alejan de los preceptos manejados en el partido a nivel nacional.

Según la Red Muqui fueron claves las alianzas con los gobiernos locales puesto que permitió legitimar las consultas, enamorándose como una institución formal (y democrática) de participación local, no solo como una mera estrategia de los movimientos anti-minería²⁰¹.

“El hecho de que las primeras consultas fueran llevadas a cabo a través de ordenanzas locales contribuyó a construir las bases para legitimar la consiguiente ola de consultas, fueran éstas realizadas con o sin el soporte formal (p.ej. algunos distritos en la consulta de Tía María en Perú o en el caso de Kimsakocha en Ecuador)”²⁰².

En la mayoría de casos en Latinoamérica mostró una oposición a los proyectos extractivistas un ejemplo de ello es en México el pueblo Mame se opuso rotundamente a la explotación a campo abierto, este conflicto llevó hasta la muerte de líderes medio

²⁰⁰ Ídem, p. 50.

²⁰¹ Ídem, p.50.

²⁰² Ídem, p.51.

ambientales la lucha y pugna por el territorio ha desatado los constantes conflictos entre las grandes empresas mineras y los pueblos locales como lo indica Ramírez, M., y Roblero, M.²⁰³ :

“la extracción de barita entre el municipio de Chicomuselo (lugar de los siete jaguares) y la empresa canadiense Blackfire alcanzó su punto más alto con el asesinato del líder ambientalista Mariano Abarca Roblero en 2009. El hecho desató una serie de movimientos de resistencia, en un contexto de incertidumbre ante el despojo del territorio y el deterioro ambiental”.

Ahora esta contribución de las organizaciones está muy ligada a reavivar la importancia de cosmovisión maya de sus actividades agrícolas, religiosas y narrativas, se toma en consideración las creencias y la importancia de la Madre Tierra, que debe ser tutelado bajo un derecho, ahora bien se busca así frenar la actividad minera y el contexto de materialización de los territorios²⁰⁴.

Mientras los Mames ven la Madre Tierra como un bien preciado que se debe cuidar como un hijo que cuida de su Madre para las empresas simplemente representa un beneficio que hay que explotar para sacar provecho “Ambas visiones se enfrentan en una arena conflictiva creada por la minería”²⁰⁵.

El caso de Tambogrande en Perú de igual forma llama la atención, desde 1999 hasta 2003 se mantuvo un fuerte conflicto entre la población y la empresa canadiense “Manhattan Minerals Corporation (MMC), la población rechazaba rotundamente el ingreso de la minera en su territorio por amenazar el carácter agropecuario del distrito y el desarrollo comercial, agroindustrial y agroexportador de una de las más importantes zonas frutícolas del país”²⁰⁶. Los pequeños y medianos agricultores se opusieron al proyecto de explotación minera, estos sostenían que la minería causaría grandes daños no solo al medio ambiente si no a la economía ya que en gran medida

²⁰³ Ramírez, M. y Roblero, M., (2019), Religiosidad mame en resistencia frente a la minería, Letras Verdes Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales, N.º 26, p., 153-172, <https://doi.org/10.17141/letrasverdes.26.2019.3856>

²⁰⁴ Ídem, p., 155.

²⁰⁵ Ídem, p. 156.

²⁰⁶ Huber, L. y de Echave, J., Minería y conflicto social, op.cit., p.18.

el impacto que generaría no compensa las pérdidas en medio ambiente y en la economía local.

“sostenían que la explotación de la mina era antieconómica, puesto que las ganancias que se generarían no compensarán las pérdidas en la agricultura (calculándose en 1,878 millones de dólares el valor económico en riesgo), y que la actividad minera desplazará a la agricultura en el valle y ofrecerá un reducido número de puestos de trabajo (con una inversión de 270 millones, el proyecto de MMC sólo daría empleo directo a 350 personas), en comparación con las 15,000 personas que viven directamente de la agricultura”²⁰⁷.

Otro aspecto que se aludía era la corta durabilidad de la actividad minera, se hablaba de un plazo de vida de 20 años y que los beneficios obtenidos producto de esta actividad serían para el gobierno regional y no para los locales. Para muchos sectores era evidente los daños medioambientales producidos por la actividad, los desechos y productos químicos vertidos en los afluentes, deja en evidencia hasta ese momento para quienes no estaban de acuerdo con la minería a campo abierto de la destrucción inminente del pueblo Tambogrande. Los que estaría a favor de esta actividad empresario de la cámara de comercio afirmaron lo siguiente:

“Su rentabilidad económica, sustentada en la riqueza de las reservas existentes y la facilidad de su explotación, pero sobre todo por sus ventajas para la exportación, al encontrarse a solo 106 kilómetros del puerto de Paita. Respecto a los beneficios para la región, contemplaban las posibilidades que ofrecerían el establecimiento de un canon minero y las actividades conexas que promoverán el desarrollo de la industria minera. Respecto a las críticas contrarias, desestimaron el peligro ecológico, puesto que confiaban en que la empresa respetará las normas ambientales del sector y que utilizaría la tecnología apropiada para contrarrestar en forma adecuada y efectiva los diversos impactos ambientales negativos”²⁰⁸.

Este conflicto que asentó cada vez más las diferencia terminó luego que el gobierno local realizará una consulta “vecinal” al pueblo de Tambogrande, reflejando un

²⁰⁷ Ibidem, p.18.

²⁰⁸ Ídem

rechazo total al proyecto minero bajo las premisas ya observadas inicialmente, según Huber, L. y de Echave, J.²⁰⁹, era la primera vez en el mundo en el que “una población local apelaba al voto secreto y libre de sus ciudadanos para pronunciarse respecto a la instalación de una mina en su territorio”. Esta consulta terminó con el conflicto librado por más de 5 años con la población de Tambogrande y la empresa canadiense Manhattan, quien en el 2003 perdió los derechos de explotación luego de la contundente derrota en el proceso, el pueblo demostró que pese a que la consulta no formaba parte los requisitos para realización de la actividad minera la tenacidad de la población logró bajo la mirada de la democracia un gran efecto para las poblaciones que desean hacer frente a la minería indiscriminada. Para algunos la idealización de las ONG y la falta de información llevaron a que el pueblo de Tambogrande tomará una decisión apresurada sin la observancia de otros aspectos, pero es claro que en este caso no se minimizó la población que en últimas sabía que esta empresa era un viejo conocido con otro nombre.

El gobierno de Alan García, se afianzan los términos del conflicto, que reflejan de un lado la resistencia popular a la implementación de la minería y donde aparecen actores como los líderes sociales, militantes políticos y organización sociales (Cabildos y frentes de defensa), de otro lado se encuentra los proyectos mineros que se encabezan con las grandes empresas y del Estado en la hipotética fase de explotación del yacimiento ubicado bajo la villa de Tambogrande²¹⁰.

Durante el gobierno del polémico Alberto Fujimori, se dictaron normativas que facilitaban (según la Constitución y la Ley General de Minería) al Estado para otorgar concesiones a las empresas privadas previa indemnización de resistirse el dueño a vender, ya que el subsuelo y sus cuantiosas riquezas pertenencia al Estado peruano²¹¹.

²⁰⁹ Ídem, p. 19.

²¹⁰ Ibidem, p. 20

²¹¹ Chacon, R., (2003) El caso Yanacocha: Crónica de la lucha frente a una contaminación minera inevitable. *Ecología Política*, no 26, p. 51-62.

Al analizar los conflictos demarcado en el periodo pre fujimoristas y fujimorista se destaca que durante el periodo pre fujimoristas entre el año 1999 y 2000, se fijan en el rechazo a los dirigentes primordialmente al Congreso de la República. Las comunidades buscan constantemente incidir en las decisiones del ente legislativo a diferencia en el periodo fujimorista “todo el marco legal, que promovía y posibilitar el arranque del proyecto minero, se estableció en la sombra del Ejecutivo, a distancia del debate parlamentario y político: las movilizaciones populares, pacíficas o violentas, fueron predominantemente de confrontación directa con la empresa minera”²¹².

Otro caso relevante en América Latina es la operación minera de la compañía Yanacocha, en el departamento de Cajamarca a 800 kilómetros de Lima, Perú, siendo la mina de extracción de oro más grande de Latinoamérica. Estas actividades han generado tensiones entre la población y la empresa privada, así como con el gobierno por la falta de políticas para dar solución a las problemáticas medioambientales y económicas. La actividad minera tiene algunos efectos considerados para la población como nefastos entre ellos la remoción de los cerros, “la contaminación tres grandes ríos del departamento y otras fuentes de agua, aniquilando su fauna original y numeroso ganado e, indirectamente, la grave e impune intoxicación por mercurio inorgánico de todo un poblado. A los pobres e ignorantes campesinos cajamarquinos no les quedaba otra que vender sus elevadas tierras, poco valiosas en apariencia”²¹³.

Siendo uno de los departamentos más pobres del Perú, Cajamarca ha sufrido el embate de una de las mineras más poderosas de América Latina, pero a pesar de ello su lucha y resistencia permitió hacer frente a las problemáticas, “el gran problema es la actual división de las organizaciones, que a veces, sin querer, refuerzan las ONG extranjeras y nacionales por trabajar con los «buenos»”²¹⁴

Es evidente el aumento de las tensiones en Perú y en toda Latinoamérica las movilizaciones y la constante violencia no solo en departamento de Cajamarca si no en otras zonas del Perú, como los indica Huber, L. y de Echave, J²¹⁵.

²¹² Huber, L. y de Echave, J., Minería y conflicto social, Op.cit., p.20.

²¹³ Chacón, R, (2003) El caso Yanacocha: Crónica de la lucha frente a una contaminación minera inevitable. Ecología Política, no 26, p. 51-62.

²¹⁴ Ídem, p. 51.

²¹⁵ Huber, L. y de Echave, J., Minería y conflicto social, Op.cit., p.20.

“En general, existen en Cajamarca agudos problemas de acción colectiva, así como de representación social y política, que se expresa también en altos niveles de fragmentación. A pesar de que Yanacocha constituye un caso de “nueva minería” desde el punto de vista tecnológico, la relación con la población está marcada por el aprovechamiento de la enorme disparidad de poder y recursos a favor de la empresa, una de las minas de oro más grandes del mundo. Esto ha generado problemas reiterados y un descontento creciente, tanto entre los campesinos afectados directamente”.

Ahora bien, Tintaya es una mina de cobre ubicada en la región de Cusco, esta se convirtió en una zona minera en la década de 1980, es una de las minas más importante en sur del país. La mina de Tintaya pasó por diferentes etapas desde inicio con la gestión de una empresa pública, en una segunda fase vino una etapa de privatización y con ello la llegada de empresas transnacionales, que lograron una expansión por el territorio²¹⁶. Esta última etapa creó algunas demandas que se mantuvieron en el centro del conflicto en el territorio, “los temas centrales del conflicto han girado en torno a los impactos de la minería en los recursos naturales de la zona y a la demanda de que la actividad minera se vincule y aporte al desarrollo de la provincia”²¹⁷.

Pese a que algunos autores como Gudynas, E.²¹⁸, sostienen que existe una relación peculiar, en la que el Estado busca “captar excedentes provenientes del Extractivismo, y al usar parte de estos en esos programas sociales, logra que esa legitimidad social también pueda ser usada para defender actividades extractivas”. Ahora estos nuevos gobiernos de izquierda se alejan un poco de la izquierda clásica debido al apoyo brindado al Extractivismo convencional, sin embargo, se entienden que vuelven a ella y logran justificarse como progresistas por esos programas sociales. Sin embargo, los gobiernos se vuelven dependientes del Extractivismo para el crecimiento de esas acciones sociales y a su vez para el crecimiento financiero²¹⁹.

²¹⁶ Ídem, p. 21.

²¹⁷ Ibidem, p. 21.

²¹⁸ Gudynas, E., El nuevo Extractivismo progresista en América del Sur, op. cit., p. 85-86.

²¹⁹ Ídem, p. 85-86.

Aun cuando este tipo de programa sirve para pacificar de alguna forma la protesta social estos programas de alguna forma sirven para pacificar la protesta social, pero estas no comportan las medidas definitivas para reducir las demandas de la población.

“Estos programas sociales sirven para pacificar la protesta social. Por ejemplo, en el caso de Brasil, De Oliveira (20 muestra la paradójica situación donde si bien el gobierno Lula abandonó las metas de reforma agraria y no brinda más tierras a colonizadores y sin tierra, el número de personas envueltas en esas luchas está en caída. Este «reflujo de los movimientos de masas y el flujo de los recursos financieros gubernamentales canalizados para las políticas compensatorias (paquetes de ayuda de todo tipo y estilo, etc.)”²²⁰.

Los conflictos en Latinoamérica se recrudecen por las demandas y el rechazo de las poblaciones locales ante las decisiones de los gobiernos centrales de imponer la minería sin consultar los territorios lo que llevó a una participación activa, reflejando la constante necesidad de mecanismos institucionales para realizar consultas previas e informadas que respalde la opinión de los pueblos y el desarrollo de estos²²¹.

Según el convenio 169 de la OIT, los estados están obligados a consultar a los territorios, que permitan la salvaguarda de los mismo, por su parte Guatemala establece en la política Nacional la obligación de informar y a establecer mecanismos de consulta comunitaria permanente sobre proyectos de inversión productiva de explotación de recursos naturales. Luego de 20 años desde su ratificación no existe una norma legal que regule el proceso de cómo se tienen que implementar la consulta a los pueblos indígenas, sobre los proyectos mineros que se impulsen en sus comunidades de influencia directa²²². Tras varios intentos como la comunidad y el Gobierno para precisar regulaciones en cuanto a la obligación de este convenio es evidente los mismos sesgos del resto de Latinoamérica.

La política Nacional reza en cuanto a este punto;

²²⁰ Ídem, p. 86.

²²¹ Huber, L. y de Echave, J., Minería y conflicto social, Op.cit., p.21.

²²² Ministerio de Minas y Energía, Política minera, Guatemala, op. cit.

“Sin embargo el sector privado organizado y las empresas interesadas en invertir en Guatemala han desarrollado acuerdos con comunidades de área de influencia directa y espacios de diálogo, bajo distintos mecanismos para beneficio mutuo, a los cuales el Ministerio de Energía y Minas ha dado seguimiento, ya que se ha podido constatar que su proyección es de alto beneficio para el país y las comunidades. El Ministerio de Energía y Minas ha buscado realizar acciones que permitan resolver el tema de las Consultas, utilizando los mecanismos de diálogo permanente con las comunidades de influencia directa llevando varios acercamientos con las mismas donde se encuentran derechos mineros de explotación vigentes”.²²³

El derecho de los pueblos indígenas y la disputa por salvaguardar el territorio han sido por mucho tiempo la causa de la violencia y el desencadenamiento de la movilización en Guatemala, “la minería ocupa un lugar preponderante en las contiendas vinculadas al Extractivismo en Guatemala, e incluso es el punto de mira del repertorio de acción colectiva más simbólico de la última década en Centroamérica: las consultas comunitarias”²²⁴.

Estas consultas al igual que en resto de Latinoamérica, siguen siendo una tendencia que ceñida desde los años noventa, según el ministerio del Ministerio de Energías y Minas de dicho país, durante el 2011 otorgó 398 licencias de exploración y explotación, cifra que multiplicó por tres la cantidad que hasta entonces se había dado²²⁵. Luego en el 2015 se concedieron alrededor de 342 licencias mineras y existían 552 en trámite, hasta este punto el problema social llega a su detonante debido a la autorización de la explotación de la empresa de capital canadiense Glamis Gold Ltd., por más de 25 años sin realizar ningún tipo de consulta al pueblo²²⁶. La CEPAL indica que esta empresa explotó en diferentes territorios de Latinoamérica donde se encontraban asentados diversas comunidades indígenas, La Comisión Económica para América Latina y el Caribe estima la población indígena en cerca de

²²³ Ministerio de Minas y Energía, Política minera, Guatemala, op. cit.

²²⁴ Martínez, M., (2019) El Extractivismo minero en América Latina: planteamientos, paralelismos y presunciones desde el caso de Guatemala, 27(53), Flacso. Disponible en: DOI: 10.18504/pl2753-001-2019

²²⁵ Bastos, S. y De León, Q., (2015) Guatemala: construyendo el desarrollo propio en un neoliberalismo de posguerra, Revista Pueblos y Fronteras Digital, 10(19), p. 52-79. Recuperado el 17 de septiembre de 2015, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90638786004>

²²⁶ Idem, p. 55.

45 millones, agrupados en 826 pueblos. De estos, entre el 70 y el 90% viven de las tierras con mayor diversidad biológica²²⁷.

Las licencias mineras son instrumentos legales que permiten o respaldan la operación minera en los territorios, en Guatemala se dan tres tipos de licencia la primera es tendiente al reconocimiento: para identificar y localizar posibles áreas para exploración, la segunda de Exploración: para localizar, estudiar, analizar y evaluar los yacimientos para los cuales haya sido otorgada y una tercera De Explotación: para explotar los yacimientos para los cuales haya sido otorgada²²⁸.

“Esta última se da hasta por un plazo de 25 años, que puede prorrogarse hasta por un periodo idéntico”²²⁹. Las licencias se extiende a lo largo del territorio, pero la mayor concentración se encuentran ubicadas en territorio cuya población es indígena, territorios como Izabal, San Marcos, Huehuetenango y Alta Verapaz, de población, siendo la población indígena uno de los grupos poblacionales con mayor afectación al punto que dicho agravio ha sido la causa principal de sus movilizaciones en la última década²³⁰, “lo cual ha ocurrido casi simultáneamente al reconocimiento discursivo e institucional del marco jurídico-normativo internacional de derechos de los pueblos indígenas en América Latina”²³¹.

El caso de San Marcos fue reconocido a nivel nacional e internacional, la mina de Marlín se convirtió en una mina de extracción mixta de tajo abierto y mina subterránea lo que implicó la ocupación de “6.5 km² en los límites de los municipios de San Miguel Ixtahuacán y Sipakapa, en las inmediaciones de los ríos Tzalá y Quivichil; el 85% de la mina se encontraba en San Miguel Ixtahuacán y el 15% restante en Sipakapa (...) Esta área comprende los territorios tradicionales de los pueblos Mam y Sipakense”²³².

²²⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos para la garantía de sus derechos, CEPAL, Santiago, 2014, p. 21.

²²⁸ Martínez, M, El Extractivismo minero en América Latina: planteamientos, paralelismos y presunciones desde el caso de Guatemala, op. cit.

²²⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos para la garantía de sus derechos, Op. cit, p. 21.

²³⁰ Ídem, p. 22

²³¹ Martínez, M, El Extractivismo minero en América Latina: planteamientos, paralelismos y presunciones desde el caso de Guatemala, op. cit, p. 5.

²³² Ídem, p. 6

El proyecto Glamis Gold generó grandes molestias desde que se puso en marcha su operación tanto la empresa privada como el gobierno de turno favorecen la inversión extranjera y hablaban del crecimiento del país sin embargo la comunidad indígena no se encontraba de acuerdo debido a factores civiles, religiosos, así como al impacto que genera la minería en los territorios;

“las autoridades gubernamentales (sobre todo centrales) y el sector privado, los argumentos se esbozaron vinculando la minería con el desarrollo y el crecimiento económico del país. La postura de Óscar Berger, en ese entonces presidente de Guatemala, resulta reveladora pues para él la minería representaba una oportunidad para que el país avanzara”²³³.

Para las poblaciones la falta de compensación económica o ecológica es un factor decisivo para la lucha social, es evidente “la falta de mecanismos institucionales para dirimir tales posturas, fuera de un esquema de suma cero, contribuyó a que el clima se fue encareciendo y emergieron enfrentamientos violentos, donde incluso se perdieron vidas humanas. Pero más allá de la virulencia de las disputas, el caso de San Marcos resulta enriquecedor en términos analíticos porque propició la puesta en práctica del derecho a la consulta por las propias comunidades afectadas”²³⁴.

La consulta de Sipakapa del 2005 marcó un hito histórico ante la imposición de la minería debido al contexto de su realización y por su alcance; se convocó por parte de la población con acuerdo del Consejo Municipal a una consulta sobre la minería para el 18 de junio de 2005²³⁵. Esta consulta se preparó junto a organizaciones locales, nacionales e internacionales, la Defensoría Indígena de Derechos Humanos, entre otros²³⁶. Como resultado de esto Montana Exploradora interpuso dos amparos y distribuyó volantes donde se afirmaba que la consulta no se realizaría, sin embargo, la Corte constitucional revocó ambos recursos jurídicos²³⁷.

²³³ Ídem, p. 6.

²³⁴ Ibidem, p.6

²³⁵Ídem, p.7

²³⁶Ídem, p.6

²³⁷Ídem., p. 7.

Estas consultas se llevaron a cabo como indica Martínez, M²³⁸:

“Tal como estaba planeado, la consulta se llevó a cabo en trece comunidades del municipio de Sipakapa; de estas, once votaron contra la minería, una se abstuvo y la restante votó a favor con solo tres votos de diferencia. Los posicionamientos en contra de la mina Marlín se han sustentado en argumentos que van desde lo medioambiental hasta lo cultural, pasando por lo jurídico, económico y político. Los detalles pueden consultarse en Castagnino (2006), Ocgci (2010) y Yagenova (2012)”²³⁹.

Una vez se conocieron los resultados en vista de las imposiciones y el desconocimiento de las comunidades indígenas, estos llevaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual otorgó medidas cautelares a dieciocho comunidades indígenas afectadas en 2010, que permitiera una reivindicación de los derechos al territorio y al ser consultados según los preceptos internacionales.

La corte interamericana ordenó la suspensión de “los trabajos de la mina, descontaminar las fuentes de agua de las comunidades, atender los problemas de salud e implementar sistemas de protección con la participación de los beneficiarios”²⁴⁰

3.2.2.3. Los conflictos medio ambientales en materia minera en América Latina

Otro aspecto relevante es de carácter ambiental y social que ha venido afectando, en diferente grado, el desarrollo del sector minero. Autores como Martínez, J.²⁴¹ sostienen que “Los factores ecológicos, como los estructurados en torno a la minería, son conflictos distributiva”, y en ese orden de idea alude que, en la mayor parte de los conflictos ambientales, presentando en todo el mundo, tiene como actores principales los Estado junto con las empresas y las comunidades. SCOTTO, G.²⁴², señala que los

²³⁸ Ídem, p. 7

²³⁹ Ídem, p.7

²⁴⁰ Ídem, p.7

²⁴¹ Martínez, J. en Scotto, G, “Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina”, *Revista Letras Verdes -Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, p.97.

²⁴² Ídem, p.97.

Estados actúan como actores "anti ambiental", las razones por las que se precisan son por la falta de políticas públicas y regulaciones del mercado o por la contaminación, los Estado entonces se convierten en responsables de las luchas con las poblaciones son estos quienes actúan "directamente contra la resistencia de grupos y poblaciones "afectados" a través de la participación directa del ejército en represión de los grupos sociales opuestos. Sin embargo, también es posible encontrar Estado, o al menos algunas de sus instituciones, actuando como un aliado importante de los afectados"²⁴³.

Latinoamérica presenta múltiples problemáticas que derivan de los conflictos de resistencia social de las comunidades para invadir los territorios considerados sagrados a ello se le suma que los modelos mineros afectan el medio ambiente, vulneran los derechos culturales de los territorios y los derechos humanos²⁴⁴, "La base de datos del Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina (OCMAL) registraba, a la fecha de elaboración del informe, cerca de 198 conflictos activos por causa de la mega minería en la región"²⁴⁵.

Los conflictos medioambientales son parte de los problemas centrales en los procesos de desarrollo, para la CEPAL, la minería es una actividad que incide en la economía regional y es un importante motor económico para las comunidades en términos de aporte al producto interno bruto, esta debe respetar los entornos medioambientales para evitar los conflictos dentro de los territorios²⁴⁶.

En este punto existe un quiebre entre las comunidades y el Estado que promueve las licencias para la explotación pues se hace necesario encontrar un verdadero equilibrio

²⁴³ Martínez, J., en Scotto, G, "Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina", *op.cit.* 104.

²⁴⁴ De esos conflictos, 26 se presentaron en Argentina, 20 en Brasil, 34 en Chile, 12 en Colombia, 29 en México y 34 en Perú. En ese último país, la Defensoría del Pueblo registraba, en septiembre de 2013, 107 conflictos sociales activos o latentes en el sector de la minería, de un total de 148 conflictos socioambientales. En todos esos países operan empresas mineras canadienses. Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, "El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá Resumen Ejecutivo del Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²⁴⁵ Viana, R, "Minería socio ambiental: MINERÍA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, UN ENFOQUE", *Revista U.D.C.A Actualidad & Divulgación Científica*, Vol. 21 Núm. 2, 2018 p. 618-631. DOI: <https://doi.org/10.31910/rudca.v21.n2.2018.1066>

²⁴⁶ Ídem, p. 619

entre el interés nacional y el aprovechamiento de los recursos naturales, y las tensiones que la mayoría de los territorios de Latinoamérica se extienden entre la nación y los territorios locales, se hace indispensable entonces “equilibrar la regulación de la industria, que permita la inversión y asegure la protección ambiental y cultural y, finalmente, promover que la inversión y los ingresos fiscales, a largo plazo, incidan en el desarrollo económico local”²⁴⁷. En ese orden de ideas las comunidades se enfrenta con los gobiernos de turno y las empresas extranjeras para realizar vigilancia y veeduría en los procesos mineros para que se respete el medio ambiente y se haga el menor daño posible a los ecosistemas, muchas veces las comunidades han logrado oponerse a los procesos de explotación como lo señala Martínez, A.²⁴⁸, los actores pueden asumir diversos lenguajes de valoración, pasando por aspectos meramente monetarios, equivalente a los daños ambientales sufridos, asumir que el territorio es sagrado, hasta revisar la defensa de los derechos humanos o a los derechos colectivos indígenas, o insistir en valores ecológicos, que no pueden ser realmente expresados en dinero.

El compromiso en los temas medioambientales no solo es competencia de los Estados y las comunidades si no de las empresas mineras quienes deben realizar un análisis exhaustivo del costo beneficio para los intereses no sólo privados si no de la comunidad, los riesgos socioambientales que genera la empresa y los conflictos sociales el riesgo que asumen al momento de una vez obtenida una licencia de le sea revocada mediante un proceso jurídico ello implica sobre costos para los proyectos e incertidumbre a los países, en los que la renta minera soporta su economía. Aunque en la actualidad existe la responsabilidad social empresarial como una salida al conflicto socioambiental que genera la minería siendo un vehículo que permite a las empresas mineras pacificar de algún modos los conflictos con las comunidades locales, que permita generar un verdadero cambio en el pensamiento en el hecho de la responsabilidad corporativa, por el de responsabilidad recíproca²⁴⁹.

²⁴⁷ Ídem.

²⁴⁸ Martínez, J, (2006). “Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad”, *Polis Revista Universidad Bolivariana de Chile*, No. 5, vol. 13, p:1-12.

²⁴⁹ Abuya, W.O, (2018) “Mining conflicts and Corporate Social Responsibility: Titanium mining in Kwale, Kenya., The Extractive Industries and Society”, *Intechopen*, p. 9. DOI: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.77373>

Lo complejo de los conflictos sociales poliformes y multicausales llevan a la necesidad de tener políticas públicas claras, legislaciones internas estables tanto para la inversión como para la comunidad que se ve afectada por la actividad minera, políticas integrales que fortalezcan los marcos de regulación, la capacidad institucional, Según el BID (2016)²⁵⁰, “la dinámica de Estas políticas, necesariamente, se deben involucra, de manera efectiva, en los instrumentos de planeación nacional, con el propósito de asegurar la intervención acertada de los gobiernos, para promover el crecimiento sostenible de la minería, en un marco que se fundamente en el respeto por el ambiente, por las comunidades y genere beneficios a los inversionistas, la población y los países”²⁵¹.

La calidad de la explotación minera es un factor determinante a la hora de la afectación medioambiental, pues la minería realizada con bajos estándares produce mayores efectos medioambientales “frente a lo que sugieren conciliar los conflictos por apropiación y uso del suelo, para un mejor aprovechamiento sostenible de los recursos descubiertos y en proceso de explotación”²⁵². Es claro que la actividad minera afecta en la economía local, así como en los factores ambientales y sociales lo que hace importante un trabajo articulado entre la nación, el territorio y las comunidades. Las políticas locales y de ordenamiento territorial requieren una armonización para el desarrollo de la minería en la búsqueda de un mejor beneficio para el medioambiente y la economía a nivel local y nacional.

La minería desarrollada de manera informal representa un impacto negativo para el medio ambiente, generando contaminación y daños a la salud como consecuencia de la poca tecnología utilizada para llevar a cabo esta labor, ya que dentro de estos procesos son utilizados materiales como el mercurio, cianuro de potasio o el sodio, que son vertidos en el suelo produciendo un daño irremediable al medio ambiente, así como afecta a los propios mineros artesanales. Esta problemática se refleja en el poco

²⁵⁰Walter, M, (2016), *Extractives in Latin America and the Caribbean*, Banco Interamericano de Desarrollo – BID-, p. 20. Disponible en: <https://publications.iadb.org/en/extractives-latin-america-and-caribbean-basics>

²⁵¹ Viana, R., (1997) *Bases para el ordenamiento ambiental territorial del municipio de La Peña, Cundinamarca.*, INGEOMINAS.

²⁵² Ídem

cuidado de los yacimientos explotados y la protección de dichas áreas, lo que lleva a presentar un mal manejo ambiental, de seguridad e higiene²⁵³.

Ahora bien, como se indicó son varios los actores que versan dentro del proceso de la actividad minera, y la importancia que se deviene sobre el Estado, y el carácter múltiple y contradictorio que se asume como actor en los conflictos, como Indica, SCOTTO, G²⁵⁴., debe ser pensado y entendido en sus diferentes componentes y siempre explicando el juego existente entre los actores estatales y otros actores de los conflictos socioambientales, en el rol que este asume como “dueño” y “regulador”. Esta postura se puede comprender desde la perspectiva que se tiene del derecho minero que defiende la postura del Estado como dueño y señor de la propiedad y bienes minerales otorgándole a éste, el papel "meta regulador" en el mercado y un "administrador" de bienes minerales²⁵⁵.

El Estado debe fomentar la mitigación y prevención del impacto medioambiental generado en la búsqueda de lograr tres equilibrios: económico, social, y ambiental, se entonces busca legitimar el desarrollo de la actividad minera, como también se promueve el fomento de la responsabilidad social, laboral y medioambiental pero a la vez se debe propender porque el crecimiento sea sostenido y sustentable, el primero que habla sobre el desarrollo de capital físico, humano, social e intangible, mientras que el segundo hace referencia al cuidado del medio ambiente lo que implica que el crecimiento no afecte el bienestar de las generaciones actuales y futuras²⁵⁶.

En el siguiente cuadro se refleja el equilibrio deseado entre los actores de la actividad minera:

²⁵³ Dammert, A., Molinelli, F., (2007) *Panorama de la Minería en el Perú*, OSINERGMIN, p. 125.

²⁵⁴ Scotto, G., “Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina”, op.cit. 105..

²⁵⁵ Santos, B., en Scotto, G., “Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina”, op.cit. p. 105.

²⁵⁶ Dammert, L., Molinelli, F., *Panorama de la Minería en el Perú*, op. cit., p. 126.

Tabla 1. Equilibrio deseado por el Estado

<p>El primer equilibrio es el económico</p>	<p>La importancia del sector minero en la caja fiscal así como para el crecimiento económico es evidente⁴⁶. En este sentido, busca que el crecimiento económico sea un crecimiento sostenido, de largo plazo, que contribuya a la mejora en la distribución del ingreso y la riqueza.</p>
<p>El segundo y tercer equilibrio son el social y ambiental.</p>	<p>Para cumplir con este objetivo se han delineado tres líneas de acción</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Responsabilidad en las relaciones laborales (es decir, un sector que mantenga una relación social de trabajo formal y en cumplimiento con la legislación laboral). ▪ Responsabilidad en las relaciones con la comunidad (es decir, un sector empresarial minero con responsabilidad social que genere facilidades para el desarrollo del capital humano y social en las comunidades donde opera y por ende, genere un efecto expansivo de largo plazo en las regiones). ▪ Responsabilidad en las relaciones con el medio ambiente (es decir, un sector que mitigue los impactos ambientales y cumpla con los lineamientos de su reglamento de seguridad e higiene minera que se planteen).

Fuente: tabla tomada del organismo supervisor de la inversión en Energía y minería: OSINERGMIN

La lucha por el territorio (el dueño de la mina y el trabajador), desde tiempos de la colonia han generado problemas socioeconómicos y una constante contaminación medioambiental, al analizar la transición de pasar de tierras cultivadas a tierras explotadas, convirtiéndose en una transformación forzada del campesinado hacia labores mineras, da cuenta que aun cuando en la actualidad se tenga tecnología moderna que busca aminorar los efectos nocivos de la actividad minera no se ha trabajado de manera los factores antes descritos, creando grietas y polarizando aún más la minería en América latina, persistiendo los conflictos entre las empresas y los campesinos así como el Estado²⁵⁷.

Una de las principales razones del conflicto social, es que a raíz de este avance tecnológico los campesinos se han visto afectados por la por el poco empleo que genera la minería y la abundancia de mano de obra, de igual forma la mano de obra se vuelve mayormente calificada, lo que se convierte en un problema para los trabajadores en Latinoamérica debido a las limitaciones en educación, salud y acceso oportuno a información²⁵⁸.

²⁵⁷ Ídem, p. 127

²⁵⁸ Ídem, p.127

Estas luchas agravan las desigualdades y los conflictos medioambientales, los casos de contaminación, pérdidas evidentes de la biodiversidad y ecosistemas. Aun los gobiernos bajo la nueva izquierda no tuvieron mejoras importantes para manejar los impactos medioambientales y socioeconómicos cabe anotar que en estos temas ambientales han existido retrocesos en algunos países²⁵⁹. El neoextractivismo ha acentuado el impacto social y ambiental y las políticas y acciones para enfrentarlo son todavía inefectivas y débiles que, según Gudynas, E.²⁶⁰, “Se ha acumulado en los últimos años una larga lista de protestas ciudadanas frente al Extractivismo. Una vez más las tensiones más claras se observan en Bolivia, donde en 2010 se volvió a activar una marcha indígena por la dignidad, para enfrentar entre otras cosas los impactos de emprendimientos mineros y petroleros”.

En los diversos países de Latinoamérica se va venido gestando la flexibilización de la regulaciones medioambientales, por ejemplo Brasil que busca flexibilizar la regulación y los permisos ambientales, por otro lado casos como el de Argentina, donde se vetó una ley de protección de los glaciales andinos para permitir emprendimientos mineros²⁶¹.

El negar que existen estos conflictos como los afirma Gudynas, E., es de algún modo minimizar la problemática rechazarlos o presentándose como peleas de interés económicos, confrontaciones sobre el ordenamiento territorial, o expresiones de ocultas agendas político-partidarias²⁶². Esto lleva a decir que para algunos son los indígenas y campesinos de «impedir» el desarrollo²⁶³.

Toda esta serie de conflictos explican de algún modo la protesta social que se vienen adelantando en los diferentes países de Latinoamérica de corte progresista, “Incluso en países que supuestamente disfrutarán de la tranquilidad de carecer de esos

²⁵⁹ Gudynas, E., El nuevo Extractivismo progresista en américa del sur, op. Cit., p. 80

²⁶⁰ Ídem.

²⁶¹ Ídem

²⁶² García, G., en Gudynas, E., El nuevo Extractivismo progresista en américa del sur, op. Cit., p. 80

²⁶³ Bebbington, 2009 en Gudynas, E., El nuevo Extractivismo progresista en américa del sur, op. Cit., p. 80

conflictos, un examen atento muestra otro panorama”²⁶⁴. Todo ello responde a las malas condiciones de trabajo, las nuevas formas de esclavitud laboral, la violencia contra los indígenas y todo ello responde al neoextractivismo²⁶⁵.

Además de los problemas expuesto Latinoamérica enfrenta otra problemática que se desarrollará en siguiente subtema sobre la minería ilegal, que resulta una actividad altamente contaminante de los ríos y afluentes, debido al vertimiento de residuos en las aguas y el transporte fluvial, la OTCA que es la organización de que agrupa “organización que agrupa a los ocho países con territorio en la región amazónica: Brasil, Colombia, Guyana, Surinam, Venezuela, Perú, Bolivia y Ecuador”²⁶⁶.

Esta situación afecta a estos cinco países entre ellos: Colombia, Perú, Guyana y Brasil por encontrarse al oeste de la cuenca de la amazona, el transporte por vía fluvial del petróleo desde los puntos de extracción hasta las refinerías. Todo este proceso trae consigo grandes consecuencias socioeconómicas y medioambientales, que degradan el suelo, contaminan el aire, y dañan los ecosistemas generando grandes pérdidas para la flora y la fauna, como también el daño a los recursos hidrobiológicos, afectando a la biodiversidad y a la migración de especies²⁶⁷.

En siguiente cuadro se puede observar, el número de mineros informales en Colombia, Perú y Brasil, la contaminación producida por los vertidos y los principales focos de actuación, lo que demuestra la cantidad de contaminación al medio ambiente debido a las actividades de forma ilegal o artesanal²⁶⁸.

²⁶⁴ Gudynas, E., El nuevo Extractivismo progresista en américa del sur, op. Cit., p. 81

²⁶⁵ Gudynas, E., El nuevo Extractivismo progresista en américa del sur, op. Cit., p. 81

²⁶⁶ Barba, R., La minería ilegal, la otra destrucción de la Amazonía, Global Affairs and Strategic Studies, Universidad de Navarra. Disponible en: <https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/la-mineria-ilegal-la-otra-destruccion-de-la-amazonia>

²⁶⁷ Ídem.

²⁶⁸ Ídem.

Tabla 2. La minería: daños al medio ambiente que repercuten en el individuo

Nº Mineros Informales/ <i>garimpeiros</i>	Vertidos	Principales focos de actuación	
<p>Colombia y Perú 100.000/200.000</p> <p>Brasil 200.000/400.000</p>	<p>24 kilos de mercurio por kilómetro cuadrado</p> <p>Brasil La Amazonía brasileña recibió 2,3 toneladas de mercurio hasta 1994. Desde entonces se estima que se vierten 150 toneladas anuales</p>	<p>Escudo Guyanés</p> <p>Montañas andinas de Bolivia y Perú</p> <p>Piedemonte colombiano</p>	<p>2.312 puntos: Venezuela 1.899 Brasil 321 Ecuador 68 Perú 24</p> <p>245 áreas: Brasil 132 Perú 110 Bolivia 3</p>

Tabla elaborada a partir de los datos recogidos en los informes de RAISG y OTC

Ahora bien, a nivel internacional existen algunas políticas que dan cuenta de la importancia del desarrollo sostenible, sin embargo estos tratados y convenios aún carecen de fuerza vinculante para el cumplimiento dentro de los países, pero estos instrumentos constituyen un alcance importante dentro de los mandatos constitucionales, y así el cambio de una perspectiva puramente conservacionista a pasar a armonizar el disfrute de la generaciones actuales y el derecho al medioambiente de las generaciones futuras²⁶⁹.

Entre los instrumentos internacionales se tiene la declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente Humano de 5 de junio de 1972, como resultado de la conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, en este se observan algunos principios constitucionales del derecho minero de los cuales se rescatan:

El principio número dos, que habla sobre los recursos naturales incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

²⁶⁹Ortiz, A., (2014) *Manual de derecho Minero*, 1er ed., Universidad Externado de Colombia, p. 41.

Principio Cinco: Los recursos no renovables de la tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparte los beneficios de tal empleo.

Proclama Tres: El hombre debe hacer constantemente recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día la capacidad del hombre de transformar lo que lo rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas de daño causadas por el hombre en muchas regiones de la tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos, grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos biológicos insustituibles y graves deficiencias, nocivas, para la salud física, mental y social del hombre en el medio por él creado, especialmente, en aquel en que vive y trabaja²⁷⁰.

En Colombia se profirió la Ley 23 de 1973, mediante la cual se otorgaron facultades al Poder Ejecutivo para proferir un Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables. Seguidamente, la declaración de Brundtland de 1987 es un documento elaborado por distintas naciones para la ONU, liderado por Gro Harlem Brundtland y luego tenemos la declaración de Río sobre el medio ambiente como consecuencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que se reunió en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 y reafirmó la declaración de Estocolmo de 1972.

En 1987 se dio el informe de la comisión mundial sobre el medio ambiente, según este documento, “El desarrollo sostenible no es incompatible con el crecimiento económico ni con la idea según la cual los recursos naturales deben ser usados y explotados para satisfacer necesidades humanas. Lo que pretende la carta es que la tensión entre el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente se resuelva en una

²⁷⁰ Convenio de Estocolmo en Ortiz, A., *Manual de derecho Minero*, Op. cit., p. 40.

síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional”²⁷¹.

Por último, la conferencia de Río 20/2012, Esta conferencia fue realizada en el marco cuyo objetivo de conmemorar el vigésimo aniversario de la convención de Río de 1992. En esta se buscó renovar los compromisos en pro del desarrollo sostenible y consideraron que la economía verde y la erradicación de la pobreza son sus dos elementos más importantes²⁷².

En este sentido se prevé el compromiso de los países y la contribución a la economía mundial frente a la minería así los gobiernos se comprometen a gestionar y reglamentar la industria para los intereses del desarrollo sostenible teniendo cuenta lo marcó jurídicos, políticas y prácticas firmes y efectivas para el sector minero que logren beneficios económicos y sociales que incluyan salvaguardas para reducir los efectos sociales y ambientales y conserven²⁷³

Finalmente, el Acuerdo de París dio pie para el desarrollo del marco de los Objetivos de desarrollo sostenible, este busca generar una unión de todos los países del mundo bajo una causa común y es reducir rápidamente los efectos de los gases de efecto invernadero, y fortalecer la capacidad de los países para ser más resilientes y poder adaptarse a los impactos del cambio climático, además de asegurar el apoyo adecuado para los países en desarrollo.

Se señala entonces, la importancia de un compromiso mundial con el medio ambiente y Latinoamérica debe sentar las bases para la promoción del derecho al medio ambiente sano y la reducción del daño al medio ambiente, en este caso de los efectos producidos por esta actividad la minería. Así pues, bajo todos estos instrumentos internacionales se deben tomar medidas pertinentes para alcanzar el logro de los Objetivos del desarrollo Sostenible. La importancia y compromiso de todos los actores y sectores para la consecución de un objetivo en común, señalado las políticas claras para el desarrollo económico y de la sociedad.

²⁷¹ Consecuencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en ORTIZ, A., Op. cit., p. 41.

²⁷² Ortiz, A., *Manual de derecho Minero*, 1er ed., Op. cit. p. 42.

²⁷³ Idem. 42.

1.4.2.3. Extractivismo ilegal en América Latina en el contexto de zonas de protección.

Haciendo una contextualización de los puntos álgidos en la minería de América Latina, nos adentramos en primera medida con parte de la región amazónica donde puntos naturales como los incendios están afectando negativamente a la Amazonía, sometida a una acelerada reducción de la masa forestal, sino que la mayor actividad que registra, impulsada por la propia deforestación que a su vez propicia la minería ilegal y más transporte de carburante aumenta la contaminación del río Amazonas y del resto de vías fluviales de los países que forman parte de la región.²⁷⁴

Además, a esto le sumamos el uso de mercurio en la extracción del oro que supone un grave problema añadido para las comunidades que viven en la cuenca. En ese sentido el incremento de la minería ilegal en esta región, en donde si se analiza el contexto de países como Colombia, Perú y Venezuela, se refleja un crecimiento en la contaminación fluvial, además vista en circunstancias más gravosas por el transporte de petróleo, el cual genera escapes de crudo, y por el vertido de aguas residuales ligadas a una mayor actividad humana, comoquiera que guarda también relación con el aumento de la deforestación²⁷⁵.

Resulta de estos apartados además identificar como la actividad minera ilegal, se ha hecho extensiva especialmente en las dos últimas décadas, vinculada al incremento del precio de los minerales. Sin mediar importancia en los índices de precio de las materias primas a partir de 2014, la cotización se ha mantenido alta en el caso del oro, pues ha resistido la desaceleración económica mundial.

La obtención de oro requiere la manipulación de mercurio para extraerlo y separarlo de las rocas o piedras en las que se encuentra. Se calcula que la actividad minera ilegal vierte de promedio unos 24 kilos de mercurio por kilómetro cuadrado. Como

²⁷⁴ Barba, R., La minería ilegal, la otra destrucción de la Amazonía- Global Affairs and Strategic Studies, universidad de Navarra. Disponible en: <https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/la-mineria-ilegal-la-otra-destruccion-de-la-amazonia>

²⁷⁵ Ibidem.

señala la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA) en su informe Análisis de Diagnóstico Transfronterizo Regional de la Cuenca Amazónica de 2018, se estima que solamente la Amazonía brasileña recibió 2.300 toneladas de mercurio hasta 1994 y luego ha registrado volúmenes en torno a las 150 toneladas anuales²⁷⁶.

La Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, OTCA, señala que la explotación minera está localizada especialmente en el Escudo Guayanés, en las zonas andinas de Perú y Bolivia y en el piedemonte colombiano. Información recogida por esta organización estima que de 100.000 a 200.000 personas se dedican a esta actividad en Colombia y también en Perú, cifra que se dobla en el caso de Brasil. Si señalamos en contexto, la explotación minera da una doble funcionalidad a los ríos, según el informe de RAISG, en tanto que se utilizan para la introducción de maquinaria y para dar salida a los minerales. Resulta tener este aspecto graves implicaciones y efectos medioambientales (erosión de los suelos, contaminación del agua y de los recursos hidrológicos, extinción de flora y fauna acuática, impactos atmosféricos), a la par que graves consecuencias en lo relativo a la salud de los pueblos indígenas. Dado que la dieta principal de los pueblos indígenas es el pescado, la ingesta de niveles altos de mercurio acaba dañando la salud de las poblaciones (casos de pérdida de visión, enfermedades cardíacas, daños en el sistema nervioso central, cognitivo o motor, entre otros).²⁷⁷

Por otra parte, la actividad minera tiene tendencia a la apropiación de tierras e incursión en áreas naturales protegidas del Amazonas, incrementando la deforestación y la reducción de biodiversidad. Recogiendo estudios previos, esta organización señala que la tala y deforestación derivada de la extracción de oro se ha acelerado en los últimos veinte años, pasando de una deforestación de 377 km² entre 2001-2007, a una deforestación de 1.303 km² entre 2007-2013. En Perú cabe destacar el caso del departamento Madre de Dios, donde se deforestaron 1.320 hectáreas entre 2017 y 2018. Deliberando sobre los puntos, nos adentramos a las comunidades indígenas, en este caso vemos como en Colombia existe una protección constitucional para estas comunidades, también bajo el entendido que dentro de las

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ibidem.

tradiciones culturales el oro es un mineral sagrado pues es representación del sol en la tierra²⁷⁸.

Desarrollando esta correlación, vemos como en el caso del departamento del Chocó el cual no ha sido ajeno a ciertos cambios que hoy se están dando en el mundo, y ese deterioro resulta evidente como la deforestación, la pérdida de biodiversidad, sequías permanentes o periodos invernales extremos como el fenómeno de la niña, se suman otro fenómeno que es muy grave el deterioro ambiental por causa del conflicto armado, si a estas conflictividades le sumamos la problemática de la actividad minera ilegal vemos marcadas unas graves consecuencias de tipo ambiental por la poca protección o regularización antes determinados procesos²⁷⁹.

Siendo así se considera que la extracción de este mineral implica la pérdida de vida del territorio y para extraerlo los chamanes de la zona deben de “pedir permiso” mediante una serie de ceremonias; hacerlo sin el permiso otorgado implica consecuencias negativas, de ahí que las poblaciones indígenas asocian la extracción indebida de oro con enfermedades y muerte.

Es por ello por lo que se ejemplifica el caso del área del Río Aaporis, considerado también como sagrado, donde el líder Yanomami Davi Kopenawa habla de la *xawara wakémi* (la epidemia humo), derivada de la quema del oro y que es, según afirma, la causa de la muerte algunas habitantes de la zona. Si a los aspectos culturales, se les encuadra un contexto más complejo como la aplicación y escenario de posconflicto el cual exige la comprensión de los procesos históricos de conflicto, el cual de manera inminente ha traído cambios e implicaciones de tipo socioeconómicas, culturales y ambientales que se constituyen en un reto de gobernabilidad, al mismo tiempo que a través de la legislación nacional se desarrollan una serie de tensiones con las zonas de especial protección en la cada vez se determina la injerencia de

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Motta, R., (2017), “perspectiva del Extractivismo aurífero ilegal en la escena del posconflicto en el departamento del chocó”, *Pensamiento Republicano*, N° 6, p. 89-108. DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Pen.Repub.2017.n6.a21>

proyectos mineros, De igual manera se exige el despliegue de propuestas que permitan conciliar el modelo económico capitalista con los intereses de las comunidades que se dedican a la explotación minera artesanal.

1.4.3. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y su protección Ambiental.

Según Pesántez, “los Derechos de la Naturaleza se reconocen como valores y principios rectores de todos los seres vivos, representa un conjunto vivo, dentro del cual el hombre es un elemento clave” ²⁸⁰.

Se habla de los derechos que surgen en base a una consagración de la interrelación directa del medio ambiente con el hombre, se afirma que la madre naturaleza es un sujeto activo de derechos y es una de las partes más esenciales en las relaciones de los seres vivos. Marcando un camino de avance y de desarrollo en los ámbitos de explotación de los recursos.

La constitución política del Estado Bolivariano en el Art. 33 expone que las personas tienen derecho a un medio ambiente sano, saludable, protegido y equilibrado. En el artículo 71 dispone que la Pacha Mama tiene derecho a ser respetada integralmente su existencia y de su mantenimiento.

La Pacha Mama significa tierra, significa mundo, es la naturaleza misma. El reconocimiento realizado por la constitución expone a su vez que la naturaleza o la Pacha Mama es el lugar donde se produce y realiza la vida.

Pero ¿qué es la naturaleza?, es el entorno natural, donde podemos encontrar animales salvajes, rocas, los bosques, playas, entre otros. Según Fernández²⁸¹ Y que tampoco han sido modificadas, cambiadas o alteradas sustancialmente por la mano del hombre. es la distinción existente entre qué es artificial y qué es natural.

²⁸⁰ Pesántez, J, (2011). Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos. En Quito, Ecuador. Pág. Vii.

²⁸¹ Fernández, Raúl. Capitulo: Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la constitución. Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos. P. 77-78.

Estos derechos que se prevén en defensa de la naturaleza llevan un sentido esencialmente encaminado a preservar las futuras generaciones de los humanos, este cambio de paradigma de si la naturaleza debiese y podría ser un sujeto de derechos, a serlo hoy día siendo un hecho constatable en muchos países.

Estas razones, por las cuales se debe considerar a la Naturaleza como un sujeto de derechos, fueron expuestas por Campaña²⁸², exponiendo la “justificación utilitarista”, que busca “elevar” el nivel de protección jurídica a la Naturaleza, asumiendo que las leyes ambientales son insuficientes y que se han revelado ineficientes para detener la destrucción del medio ambiente y preservarlo para futuras generaciones, por lo tanto, se busca integrar garantías efectivas en contra del cambio climático y la protección ambiental.

El reconocimiento de los derechos de los no humanos no sólo avanzó por impulso de los animalistas, sino que a partir de Estocolmo y aún antes la cuestión ecológica entró en la disputa de la mano de los ambientalistas, a veces cruzados y otras unidos a los animalistas. Al este volverse una crisis de civilización, este valor intrínseco de la naturaleza ha sido extensamente discutido por innumerables autores, como Wellman que expone “solamente pueden tener derechos aquellos que son capaces de ejercerlos por sí mismos” ²⁸³. Otros autores como Freinberg ²⁸⁴, que sostenían una postura de los entes que tenían los “intereses” eran los que podrían ser titulares de derechos. Generándose la pregunta de qué gana la naturaleza si se le reconocen sus derechos, una personalidad jurídica, el fin o el objetivo buscado es proteger el medio, la naturaleza, y este no es posible por otros entre jurídicos.

Según Colón Ríos²⁸⁵, si la sociedad ya hubiese interiorizado la ética egocéntrica, no habrían razones para tener que crear un derecho de protección a la naturaleza, y en

²⁸² Campaña, S. (2013). “Derechos de la Naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?”. *Iuris Dictio* vol. 15, pp. 9-38. Citado por Martínez Dalmau, R. En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. P. 44.

²⁸³ Wellman, Carl. (1997) *An approach to rights: Studies in the philosophy of law and morals*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers. Citado de *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Estupiñán, S, Martínez Dalmau, R. Carvalho, D. 2019. P. 209-210.

²⁸⁴ Feinberg, J. (1980) *Rights, justice, and the bounds of liberty*. Princeton: Princeton University Press. Citado de *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Estupiñán, S, Martínez Dalmau, R. Carvalho, D. 2019. P. 209-210.

²⁸⁵ Colón, J. (2019) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. P. 22-223.

cambio, los derechos siempre aparece cuando hay falencias en el sistema, como el derecho al trabajo, a la igualdad cuando se presenta la discriminación, el establecer un derecho al medio ambiente sano no sería más, que una estrategia para lograr el objetivo de descubrir como los humanos y los no humanos conllevan una relación de inseparabilidad.

Este reconcomiendo de los derechos al medio ambiente, es una de las más grandes novedades en el mundo de la ecología política, convirtiendo así la constitución de Ecuador en un ejemplo a nivel mundial de superación y liderazgo. este gran camino abre puertas a cada vez más temáticas y lograr a generar poco a poco un cambio en las concepciones que se llevan de justicia.

Estos derechos actualmente son abordados en los textos en forma de una extensión de los derechos de tercera generación como lo son también los culturales o los económicos. Y esto se debe a la presencia de grandes deterioros o reducciones de significativas áreas silvestres en ciudades tanto pequeñas, a las principales de las condiciones ambientales.

Estos derechos buscan lograr un medio ambiente sano, que se encuentre ecológicamente equilibrado, que se respete su integridad y la regeneración se sus ciclos vitales, ya sean para su funcionamiento o mantenimiento. Esto implica reconocerle valores intrínsecos o propios que sean independientes a el beneficio de los humanos, que la protección que se le brinde a el medio sea independiente de la utilidad o de beneficios, es el reconocimiento de valores propios que no estén condicionados.

Sin embargo, en la actualidad, la naturaleza sigue siendo considerada como uno de los medios más indispensables para la vida del humano, la visión antropocéntrica sigue primando, al, la naturaleza solo contar con protección al estar los seres humanos en constante beneficio con la misma.

La visión tradicional o común de ver a la naturaleza o al medio ambiente como una cosa más, y que sólo los derechos residen en las personas, por lo tanto, se defiende solo para poder completar o nutrir los procesos productivos, donde los ecosistemas, o sus funcionales por naturaleza de su ser, son consideradas como bienes o servicios que tienen un valor o ayudan a las personas.

En el ámbito de los animales como sujetos de derechos, Zaffaroni en la naturaleza como persona de la Pachamama de la Gaia.

En un comienzo, son muchos los sujetos humanos de derecho que no poseen las capacidades para poder cometer infracciones, como lo pueden ser: los oligofrénicos profundos o los fetos. A ellos se reacciona con el derecho administrativo, esto quiere decir que, si hacen parte o protagonizan en un proceso lesivo, se detiene éste con medidas de coacción directa que, en todas las medidas debe respetar su dignidad de sujeto de derecho. No habría diferencia en lo que debería plantearse frente a los animales, y la situación no sería diferente al encerrar un puma que deambulaba por las calles de un zoológico a internar a una persona oligofrénica que emite gruñidos gritando en una vía principal y pública que podría ser víctima de un accidente si nadie actúa en su ayuda. Desde una visión jurídica la diferencia entre los dos casos sería casi nula, y solo recaería en que, si no se le reconoce la condición al puma como un sujeto de derechos, podrían pensar que la solución más sencilla sería matarlo, para mayor comodidad que atraparlo y encerrarlo en su jaula. Si se le reconoce este carácter, no sobreviviría el puma por cuestiones de piedad, sino por razones de respeto ante un sujeto de derecho y solo ante un peligro inminente o en un punto inevitable donde esté colocando en riesgo la integridad física, o la vida de una o un grupo de personas sería admitido²⁸⁶.

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho también trajo consigo el rompimiento del pensamiento antropocentrista, al paso de una postura biocéntrica en donde se reconocen los valores como propios de los seres vivos y el soporte

²⁸⁶ Zaffaroni, E. (2011). Capítulo: La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos. En Quito, Ecuador. P. 10.

ambiental. Esta visión biocentrista reconoce todas las formas de vida, pero no olvida las propias dinámicas ecológicas, aquí se reconocen y se busca defender las necesidades pero que puedan mejorar no servir a la calidad de vida.

El 16 de junio de 1972, se aprobó la declaración de Estocolmo acerca del medio ambiente humano, significando el inicio de una nueva era en la concepción que tenían sobre el derecho, de la naturaleza y del medio ambiente.

En la declaración de Estocolmo se afirma que el ser humano posee una capacidad inigualable para poder crear y a la vez transformar el medio ambiente, con ayuda de sus conocimientos, de mano de la ciencia y de la tecnología, pero este no siempre lo hace de forma constructiva. Si el ser humano aplica este conocimiento y ayuda de forma imprudente y errónea, podría causar nefastos e incalculables daños, y pérdidas significativas como se observa día a día en campos como, el agua, la tierra, los graves trastornos que sufre el ecosistema día a día, la tierra, la contaminación, el agotamiento de los recursos no renovables o insustituibles que causan graves fracturas y deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre.

En el ámbito del derecho internacional, el 14 de junio de 1992 se llevó a cabo la expedición de la declaración de Río, que trata sobre el medio ambiente y el desarrollo, determinaba el cómo los seres humanos están relacionados de forma directa e indirecta y son el centro de todas las preocupaciones en busca de un desarrollo sostenible.

La realidad que viven los países en la actualidad de la creciente contaminación ambiental, atmosférica, la emisión del efecto invernadero, el deterioro de la capa de ozono, la falta de conciencia y políticas que están colocando en riesgo las futuras generaciones y su entorno.

Estas relaciones del hombre, y del derecho con la naturaleza y el medio ambiente está cada vez creando los problemas éticos y jurídicos en donde el hombre se siente el centro y dueño de todo.

El derecho comenzó a evolucionar y a proteger estos objetos más abstractos como lo son el clima, la biodiversidad.

Los avances constitucionales fueron en punto de partida a un estilo de vida nuevo y mejorado en donde se superaba esa idea o concepción de desarrollo a base de la exploración minera, ambiental e hidrocarburífera que no elevaron o lograron satisfacer las necesidades básicas en la población humana, sino que además el elevado costo ambiental que no trajo beneficios.

Dentro del marco expuesto en el marco del constitucionalismo y los derechos de la naturaleza, encontramos de gran relevancia el precedente desarrollado por la Corte Constitucional, mediante sentencia T-622 del 2016, en la que se reconoce al río Atrato como sujeto de derecho, fundamentado entre otros puntos en la protección del medio ambiente y de la biodiversidad como una prioridad y representa un interés superior no solo en los tratados internacionales suscritos por Colombia y la Constitución Política²⁸⁷, sino también en la jurisprudencia de la Corte, que en este sentido, ha presentado importantes avances en la protección de los derechos de las comunidades étnicas desde una perspectiva integral, esto es, biocultural.

Expresa en ese sentido la Corte Constitucional que se tiene que el río constituye una de las fuentes hídricas y de biodiversidad más importantes del mundo y la franca vulneración del derecho fundamental al agua, amenazando las presentes y futuras generaciones, dichas garantías implican preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua²⁸⁸ Dice la Corte además que, “al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades”. Reconoce en ese sentido al río Atrato, su cuenca y

²⁸⁷ Corte Constitucional, Sala Sexta de la Corte Constitucional (10 de noviembre de 2016) Sentencia T-622/2016 (MP Jorge Palacio)

²⁸⁸ Ibid.

afluentes como una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas²⁸⁹.

Por otra parte, los efectos adversos que puede generar la minería en el medio ambiente son cada vez más alarmantes e importantes para los Estados, los trabajadores, la población e incluso la misma industria minera. Y sigue siendo un tema de relevancia en la actualidad al generar consecuencias en los ecosistemas, el calentamiento global, en los territorios.

Latinoamérica es un centro de explotación de minerales que ha actuado de forma inconsciente y descomedida, los efectos y los riesgos en la salud, en la tierra misma y el riesgo de la actividad, más economías de estos países dependen en gran parte de estos factores de explotación y exportación.

En la actividad Minera se puede encontrar una serie de principios constitucionales tales como el principio de concurrencia, Coordinación y subsidiariedad. Estos principios se enfocan en el ejercicio de la articulación de competencias correspondientes en los sectores que son centralizados y las entidades territoriales.

- El principio de concurrencia expone que, para la realización de los fines del Estado, se requiere la participación de las autoridades a nivel nacional del Estado, ya sean las entidades a nivel territorial y así poder garantizar la colaboración, poder llevar a cabo la ejecución y el seguimiento de las actividades o acciones que están enfocadas en lograr el mismo objetivo.
- El principio de coordinación; Ha sido definida como la existencia de concurrentes competencias entre las distintas autoridades del Estado, lo cual hace posible que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. ²⁹⁰

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (11 de octubre de 2018) Sentencia SU-095/2018 (MP Cristina Pardo)

- Principio de subsidiariedad: este está definido como la intervención el Estado de las correspondientes atribuciones que son competentes. Al apoyo transitorio de las autoridades que son de un nivel mayor a las autoridades que son de nivel inferior en las acciones.

La autonomía territorial es un elemento teleológicamente inescindible, aquí exige que se salvaguarde un espacio de decisión propia a las autoridades territoriales. Siendo la autonomía, entonces, un principio jurídico que ayuda en materia de organización de las competencias, esta autonomía territorial implica tener un grado de independencia de poder administrar los asuntos que son de interés o problemática de dicha entidad, como lo es en los municipios, tarea de los consejos municipales el reglamentar el uso adecuado de los suelos, dentro de límites establecidos por la ley y poder de la misma forma, dictar cuáles son las normas para poder llevar el control, poder preservar y defender el patrimonio cultural y ecológico que tiene el municipio.

El territorio es una de las mayores prioridades para poder llevar a cabo el desarrollo de las actividades humanas, en donde la soberanía, la unidad nacional y la búsqueda constante por la integridad territorial, la autonomía y la distribución de las entidades territoriales, y así, poder llevar la gestión de sus intereses dentro de los límites que ya están establecidos por la ley. de las competencias dentro los límites establecidos constitucionalmente por la ley mejoran la organización y la orientación territorial. Por esta razón el ordenamiento colombiano contiene diversos postulados y también cuenta con principios para poder regular y administrara estos.

Este ordenamiento busca y promueve la capacidad de la descentralización, poder trasladar las competencias y los poderes de las decisiones de estos órganos que son centrales del gobierno nacional.

En al caso de explotación de los recursos naturales, es un tema que recae sobre las autoridades competentes que han sido ya asignadas, siendo este un tema de utilidad pública y que es de interés de toda la nación al ser el Estado Colombiano dueño y propietario de estos recursos tanto renovables como no renovables y del subsuelo, por lo tanto la competencia para autorizar o no la explotación y exportación de estos recursos es exclusivamente de la nación y definir bajo cuáles y qué condiciones para

poder llevarlo a cabo. Y así poder llevar al máximo el planificado aprovechamiento de los recursos.

Esta autonomía territorial implica mucho más que solo un grado de independencia, se debe tener en cuenta el principio unitario, ninguno puede ser aplicado de forma absoluta o sobre otro, no puede perjudicar o dañar uno de los dos principios, las limitaciones de ambos son recíprocas.

La existencia de estos dos principios principales genera tensiones a la hora de llevarse a cabo la aplicación de estos, se deben estudiar detenidamente cada caso, y cuáles son las situaciones de hecho, cuáles son las herramientas y su uso en el caso. Para así, poder permitir la armónica interpretación de cuál de los dos principios constitucionales se aplicará, siendo así, competencia del ordenamiento territorial definir y disponer en los casos, resolver las tensiones entre la aplicación de estos principios y poder aplicar los principios de coordinación, el principio de subsidiariedad y el de concurrencia.

En Colombia con el paso de los últimos años, ha aumentado la extracción de estos recursos naturales no renovables como lo son el oro, la plata, el carbón, el hierro, entre otro. Al aumentar su comercialización tanto nacional como de exportación, al tener el Estado Colombiano, la dirección de la economía general, y según el artículo 360-361 de la Constitución política²⁹¹, estas explotaciones le causan al estado contraprestaciones económicas en títulos de regalías.

La ley 20²⁹² a su vez le otorga al gobierno poder declarar cualquier reserva o áreas petrolíferas del país para su exploración, explotación o administración directa.

Expresados tales presupuestos y siendo conscientes de la realidad en el contexto de protección de derechos, así como del contexto de explotación minera, relacionamos estos planteamientos y aterrizándolos a la realidad de América Latina y de porqué de se habla del nuevo constitucionalismo y las dinámicas de este en los diferentes procesos constituyentes de tales países, siendo así y una estructuración de por qué

²⁹¹ Constitución Política de Colombia. Art 360-361. 1991.

²⁹² Ley 20 de 1969. Artículo 12.

América Latina está siendo protagonista de este renovado proceso en buena medida recuperado paradigma de constitucionalismo necesitaría de un trabajo de dimensiones mucho mayores que el que se presenta. Todavía han sido pocas, aunque ya considerables las experiencias constituyentes que ofrecen insumos de análisis para plantear conclusiones generales de amplia validez. Pero, en definitiva, se puede resumir en que América Latina necesita un constitucionalismo transformador y, por ende, una Constitución real²⁹³.

Se habla en el último tiempo de un déficit en la regeneración constitucional y en el avance en la protección de los derechos, es decir de cierta medida una limitación a las garantías constitucionales más allá de las desarrolladas en el constitucionalismo tradicional esto a su vez estableciéndose en su relación con el poder, lo que podría arrinconar en el olvido el relevante entendimiento de que, el constitucionalismo es un sistema que toma como punto el reconocimiento de derechos, y lo hace para el mismo establecimiento de unos poderes sociales. “Los unos se deben a los otros, los poderes a los derechos. Han de garantizarlos y promoverlos.”²⁹⁴

Parte de la promoción en el contexto del nuevo constitucionalismo y establecer a la naturaleza y su sujeción en el reconocimiento de derechos, encontramos que dentro de los rangos de protección ambiental y la conservación de la biodiversidad no se basa únicamente en la protección de especies y ecosistemas por su valor intrínseco: la supervivencia de las comunidades humanas está indudablemente ligada a la integridad de su medio ambiente. La mayoría de los bienes de aprovisionamiento que usamos (agua, alimentos, medicinas, combustibles, materiales de construcción, etc.) provienen directamente de o necesitan de ecosistemas en buen funcionamiento. Además, recibimos muchos otros beneficios indirectos de la biodiversidad, como regulación de ciclos hídricos, del carbono, del clima y servicios culturales²⁹⁵.

Asimismo, se establece que el Derecho constitucional sigue fundamentándose en categorías intrínsecamente liberales, y que son difíciles de cuestionar sin crear discordias. Este planteamiento, desde luego, tiene sus ventajas. Establecer modelos

²⁹³ Viciano, R.y Martínez, R. (2010) Los procesos Constituyentes Latinoamericanos y el nuevo Paradigma Constitucional, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, pág. 13.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Véase sentencia T -622 del 2016, Corte Constitucional.

teóricos y estudiar casos prácticos en torno a los mismos conceptos fortalece la creación de un entramado académico que otorga seguridad investigadora, expositiva y, especialmente, argumentadora. Se trata sin ninguna duda de la disciplina menos formalista y, por ello, más cercana a consideraciones generales sobre la democracia, el poder y los derechos²⁹⁶.

Por ello, las constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano tienden a reforzar al Estado es decir que sus bases están rediseñadas en darle nuevas herramientas y a su reorganización desde categorías democráticas y transformadoras, para así adaptarlo a los renovados objetivos de intervención y cambio de un statu quo socioeconómico y geoestratégico del que ahora se tiene plena conciencia de su profunda injusticia y desigualdad.

No puede entenderse Latinoamérica ni estas constituciones democráticas sin la gran desigualdad que lastra a la región y que opera tanto desde las élites extractivas locales como desde las relaciones centro-periferia del sistema mundial²⁹⁷

Por tanto se hace mención en el punto que se establece la diferenciación o el reconocimiento que hacen los países en cuanto a los derechos ligados a la naturaleza, establecemos que en este caso, las constituciones de Colombia y Bolivia, sin llegar a dotar a la naturaleza de derechos propiamente o de convertirla en sujeto de los mismos, apuestan por los derechos ambientales radicados en el propio ser humano y en la necesidad de colmar sus expectativas vitales, tanto individuales como colectivas²⁹⁸.

Ampliando este marco a desarrollar, vemos que desde el punto de vista del Neoconstitucionalismo conceptualizado en una teoría del Derecho y no, propiamente, una teoría de la constitución, aunque tampoco pretende serlo. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la constitución, para lo cual no es necesario adentrarse en los supuestos y condiciones de legitimidad democrática y de la fórmula

²⁹⁶Viciano R. y Martínez, R. (2011) El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una Construcción Doctrinal, Universidad de Valencia, Revista General de Derecho Público Comparado 9, Pág. 3.

²⁹⁷ Viciano R (2011) Capítulo: La problemática Constitucional del Reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Ecuador, En Quito, Ecuador. pág. 139.

²⁹⁸ Ibid.

a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida²⁹⁹. En definitiva, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de Derecho en el Estado constitucional de Derecho³⁰⁰.

Si desde la explicación del desarrollo de Neo Constitucionalismo y la aplicación o el proceso constitucional de Colombia, vemos que ha tenido una gran evolución en los últimos años y una ampliación en el marco de protección y reconocimiento de Derechos estrictamente desarrollados vía Jurisprudencia, es decir que más allá de establecerse un proceso de garantías de Derechos fundamentales a través de la Constitución Política de Colombia, vemos como la Corte Constitucional en los diferentes fallos jurisprudenciales le ha dado mayor rango de protección de derechos que en principio no se encuentran incorporados en la Constitución como Derechos fundamentales pero que han adquirido tal connotación a través de estos fallos, reconociéndose en principio un avance en la protección y en los marcos de estudio como en ciertos casos el de ampliar los derechos inherentes al medio ambiente y su diversidad ecológica.

Vemos en ese sentido, que este avance no parte desde un proceso esporádico sino a través del proceso constituyente colombiano de 1990-1991 en el que ha sido calificado como el inicio de verdadero constitucionalismo colombiano. A la experiencia colombiana continuó la ecuatoriana de 1998, donde la falta de un referéndum final sobre el texto constitucional al igual que había acontecido en Colombia siete años antes, así como, especialmente, el conflicto entre la asamblea constituyente y los poderes constituidos, debilitaron la legitimidad de la nueva Constitución, que tuvo que ser abrogada por un nuevo proceso constituyente diez años después.

Encontramos en el estudio de este proceso cuando expresamos la renovación de los esquemas constitucionales latinoamericanos, vemos que, en lo desarrollado dentro del estudio de renovación de las Constituciones de Colombia, con la Constitución de 1991, y la Constitución de Bolivia en 2007, que son propuestas totalmente radicales a los planteamientos constitucionales asentados en estos países, encontramos por

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Ibid.

ejemplo que es totalmente diferente el caso de Ecuador, el cual el proyecto ecuatoriano es el primer ejemplo materializado de lo que se ha denominado constitucionalismo de transición. Es decir, que el carácter de transitoriedad de los textos nacidos de los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos, y del que difícilmente escapará el proyecto de Constitución de 2008 como tampoco lo hizo la Constitución ecuatoriana de 1998, se ha puesto de manifiesto tanto en la práctica como, anteriormente, en la doctrina³⁰¹.

Por tanto, cuando se habla de innovación y creencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano incorpora el ponderar el concepto de soberanía, la búsqueda de la utilidad a los pueblos sobre los que regirá el texto constitucional, la profundización en el reconocimiento de los derechos y sus garantías, o el avance hacia una democracia participativa, representa estos apartados entonces proyectados en la Constitución de Ecuador como un ejemplo claro. Y se ve desarrollado en su primer artículo que califica al Estado como Estado Constitucional, fórmula propia con mayor construcción doctrinal que otras utilizadas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano³⁰².

Vemos entonces como el proceso ecuatoriano no plantea un modelo constitucional rupturista; en todo caso innovador, original y con afán de profundización en una corriente que, sino que delimita con más nitidez sus perfiles y sus expectativas. El proyecto de Constitución de Ecuador es, en este sentido, el primer ejemplo de renovación constitucional dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano³⁰³.

El reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos es hoy en día, por lo tanto, un hecho jurídico constatable en una amplia diversidad de países, y el momento histórico que lo ha hecho posible forma parte del proceso emancipador producido por la evolución de los derechos; un proceso que en estos momentos abarca jurisdiccionalmente la protección de la Naturaleza³⁰⁴.

³⁰¹ Martínez, R. (2009) El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 23, pág. 267.

³⁰² Ibid.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Martínez, R. La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático. P. 36.

CAPÍTULO II – LA ESTRUCTURA TERRITORIAL COLOMBIANA Y SU RELACIÓN CON LA EXPLOTACIÓN MINERA

2.1. Los Principios Constitucionales sobre la estructura del Estado Colombiano

2.2. La Configuración del Estado como Unitario.

Para establecer un concepto de la Nación, podemos identificar que esta se encuentra conformada por sus habitantes, por las costumbres y hábitos de dichos habitantes, y por un territorio. En ese sentido la nación es un grupo de habitantes que, en un mismo territorio y regidos por un mismo Gobierno, forman un país en donde esos habitantes se caracterizan por tener unas mismas costumbres y hábitos, y que generalmente hablan el mismo idioma. Todos los habitantes que se encuentren dentro del territorio colombiano reciben el título de colombianos y son miembros de la misma nación³⁰⁵.

Lo anterior se explica dado que, en la Constitución de 1991, se aclara que Colombia se constituye como una nación que comparte un territorio, sin perjuicio de la existencia de la diversidad étnica, geográfica y cultural.

En Colombia, el modo de organización política-territorial se encuentra reconocido en la Constitución política de 1991, declarativa del Estado unitario, centralista de poder y ordenación territorial.

En Colombia, el preámbulo constitucional resguarda la unidad asegurando derechos de ciudadanía e invocando la protección de Dios en el marco jurídico, democrático y participativo;

“En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la

³⁰⁵Véase Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015, Colombia. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/nacion> (Consulta:20-06-2020)

integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”³⁰⁶.

La división general del territorio en la organización de un Estado se reconoce constitucionalmente como área demarcada por el ejercicio del poder político. Por su parte, la organización territorial en Colombia se reconoce a través del Artículo 286 de la Constitución Política, según el cual;

“Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”³⁰⁷.

De acuerdo con los datos aportados por el DANE-Departamento Administrativo Nacional de Estadística en el 2018 la población colombiana, proyectada a fecha de enero 08 de 2018 es de 49.577.154 habitantes³⁰⁸. De igual manera, Colombia cuenta con Treinta y dos (32) Departamentos, Mil ciento veintitrés (1.123) Municipios, cinco (5) Distritos Especiales, 20 corregimientos departamentales y 132 provincias, las cuales corresponden a 22 de los 32 departamentos que tiene el país. Las Provincias, son figuras administrativas que resultan ser subdivisiones internas, intermedias entre departamentos y municipios.

Los Departamentos son unidades territoriales de primer nivel y forman regiones geográficas, culturales y económicas, de acuerdo, a lo establecido constitucional y legalmente gozan de autonomía para la administración de sus asuntos seccionales, planificación y promoción del desarrollo económico y social. Los Municipios son entidades territoriales fundamentales de la división político-administrativa del Estado, tienen autonomía política, fiscal y administrativa dentro de los límites que le asignan la Constitución y la Ley, teniendo en cuenta los parámetros del Estado Unitario-centralista. Y los Distritos son municipios que tienen características relevantes, respecto a su importancia histórica, cultural, política, comercial, turística, industrial, ambiental, portuaria y/o fronteriza que los diferencian de los municipios circundantes.

³⁰⁶Véase Preámbulo, Constitución Política de Colombia de 1991.

³⁰⁷Véase Artículo 286, Constitución Política de Colombia de 1991.

³⁰⁸ Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, CENSO Nacional de Población y vivienda, 2018. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/cuantos-somos> (consulta 5-09-2020).

También existen, en las áreas urbanas; comunas, barrios, localidades y áreas metropolitanas. Y en las áreas rurales; corregimientos departamentales, caseríos y veredas.

Cuenta con la presencia de comunidades Negras, afrocolombianas, Raizales y Palenqueras;

“El pueblo raizal es la población nativa de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que para evitar confusión con la denominación de “nativos” dada a los indígenas se hacen llamar “raizales” y son el producto del mestizaje entre indígenas, españoles, franceses, ingleses, holandeses y africanos, primando la cultura británica que fue la que colonizó de manera más fuerte las islas del Caribe (...) El pueblo palenquero es el único pueblo afrodescendiente en el continente del país que conserva una lengua de origen africano y formas culturales de producción en ganadería y agricultura basadas en prácticas ancestrales de organización social”³⁰⁹.

Y a su vez, la existencia del pueblo ROM o gitano consolidado y fortalecido como grupo étnico en la diversidad étnica y cultural del país. También cuenta con la existencia de 1129 territorios ocupados por pueblos indígenas, protegidos constitucional y legalmente como territorios ancestrales. De la superficie continental colombiana de 114.174.800 has, corresponden a territorios indígenas titulados el 31,5 % (36 millones de has). A manera de ejemplo;

“El pueblo indígena Wayuú es el de mayor cantidad de población en el país- 270.413 personas (132.180 son hombres y 138.233 son mujeres), se concentra en los Departamentos de La Guajira, Cesar y Magdalena... Cauca cuenta con 84 resguardos indígenas legalmente constituidos, 115 cabildos indígenas y 11 asociaciones de cabildos... En la Sierra Nevada de Santa Marta, montaña única con forma de pirámide que se encuentra en el extremo norte de los Andes, en el norte de Colombia, en sus laderas viven cuatro pueblos indígenas diferentes”³¹⁰.

³⁰⁹ Ministerio de Cultura República de Colombia y otros, *Raizales, Isleños, Descendientes de europeos y Africanos*, Ministerio de Cultura, Bogotá, p.1 Disponible en: <https://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidad%20Raizal.pdf>

³¹⁰Ídem

La exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución³¹¹; y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento. La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura³¹².

Sin olvidar, que de igual manera la jurisprudencia constitucional todavía insiste en sostener la necesidad de restringir, limitar o deslindar las atribuciones de las entidades territoriales, para impedir que estas violenten el orden y la unidad nacional, por medio de la legislación, conservando así la autoridad del centro³¹³. Autoridad central, que evidencia la esencia del Estado centralista proclamado constitucionalmente en Colombia.

2.2.1. Alcance de la autonomía y descentralización administrativa propias de las entidades territoriales en la intervención del Estado para la explotación de los recursos mineros.

El modelo de la organización territorial y administrativa del Estado colombiano responde a la tendencia histórico-política tradicional del Estado basado en la unidad de mando, en la centralización política y en la descentralización administrativa. Como mandato constitucional simboliza el poderío normativo del centralismo, la autonomía de carácter administrativo y el establecimiento generalizado de un orden social igualitario para la ciudadanía en el reconocimiento de derechos. Es por ello por lo que

³¹¹Véase Artículo 80, Constitución Política de Colombia.

³¹²Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (03 de febrero de 1997) Sentencia SU-039/1997 (MP Antonio Barrera).

³¹³Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de abril de 2009) Sentencia C-306/2009 (MP Juan Carlos Henao).

“bajo el mismo centro de impulsión, todos los habitantes del territorio se obligan por las mismas leyes, las mismas decisiones del gobierno y las mismas sentencias judiciales”³¹⁴.

En ese orden de ideas, es evidente la intencionalidad constitucional consagrada en el artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991, respecto a la autonomía de las entidades territoriales como elemento integrante del Estado. Lo cual, se interpreta en el reconocimiento del Estado de Colombia como sistema político unitario y descentralizado. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia de interés general³¹⁵. Lo anterior, sin desconocer en la estructura territorial del Estado, la existencia de la autonomía limitada de las entidades territoriales incluidas en el espacio intermedio de las regiones, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 306 y 307 de la Carta Política de Colombia.

La Constitución Colombiana de 1991 fue muy prolija en la reglamentación sobre la protección del Patrimonio Histórico-cultural, las autoridades estatales deben hacerlo como la determinación de los bienes muebles e inmuebles que lo componen. Todo ello, teniendo en cuenta la legislación preconstitucional, aunque pensando en atribuirle la custodia y protección a unas autoridades estatales mucho más especializadas, altamente técnicas y cualificadas para aplicar los ordenamientos jurídicos específicos que se dictarán al reglamentar las diferentes normas constitucionales que se referían al Patrimonio Eximio o cultural colombiano³¹⁶, “El Patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

³¹⁴Suelt, V., (1972). *La organización territorial colombiana frente a la tendencia contemporánea de configuración federal*, en Marcel Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, p. 48.

³¹⁵Véase artículo 1, Constitución Política de Colombia de 1991.

³¹⁶Riascos, L., (2008). “La inexorabilidad de bienes histórico-culturales como una institución jurídico-administrativa y como medida cautelar en el procedimiento administrativo- Ensayo jurídico constitucional y administrativo”, *Revista del Sistema de Investigaciones de la Universidad de Nariño*, Vol.2.

La ley establecerá los mecanismos para adquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”³¹⁷.

Por otro lado, la riqueza minera en Colombia sobresale no solo en el patrimonio del oro sino también de las esmeraldas y el carbón. Sin desconocer, los yacimientos de sal, cobre, níquel, hierro, manganeso, plomo, zinc, uranio, entre otros que hacen parte de grandes reservas que la mayoría de las veces, son explotadas de manera ilegal.

Los recursos minerales son fundamentales no solo para el desarrollo de la sociedad humana sino para el avance socioeconómico del país y los entes territoriales. De acuerdo con el Contexto descrito, Colombia cuenta con 8564 títulos mineros (junio de 2017), de los cuales casi el 50% corresponde a materiales de construcción, seguidos por los metales preciosos – principalmente oro – y carbón; sin embargo, el desempeño de este sector desde el punto de vista económico se sustenta en el desarrollo de la minería de carbón y en menor proporción en metales preciosos, níquel, esmeraldas y materiales de construcción³¹⁸.

Motivo por lo cual, se hace necesario trabajar con los entes territoriales en la autonomía de la descentralización. Teniendo en cuenta que los entes territoriales son propietarios del subsuelo y pueden impedir las actividades mineras. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que:

“Dentro de la concepción del territorio, en fin, se ha evidenciado una tensión, al menos potencial, entre el ejercicio de competencias de los ámbitos local y nacional, especialmente, en lo que tiene que ver con la potestad para definir el uso del suelo, la pertenencia de los recursos naturales y la potestad conferida al Congreso para regular el aprovechamiento de los recursos en armonía con su deber de planificación ambiental. Estos aspectos comprometen también las vertientes participativa y representativa de la democracia (...)Desde ese panorama, caracterizado por un

³¹⁷ Ibidem.

³¹⁸Elaborado por expertos nacionales e internacionales bajo el marco conceptual IPBES, *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país*, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, 2019, p. 20. Disponible en <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/2-diagnostico-actividad-minera-y-explotacin-ilicita-expertos.pdf>

impacto multidimensional de la minería, resulta claro ya que la minería no puede ser una actividad indiferente para el marco constitucional colombiano. Su realización está permitida por la libertad de empresa e iniciativa privada (artículo 333 CP)³¹⁹.

De igual forma la corte sigue indicando que pese a que esta actividad es legal y permitida esta debe sujetarse a los principios constitucionales Como lo señala la Corte Constitucional:

“así las cosas, aunque la minería es una actividad permitida por el ordenamiento, y promovida por razones políticas, esta debe adelantarse dentro de un marco constitucional que responda adecuadamente a los mandatos descritos y a tensiones con otros principios constitucionales, dentro de los estándares más altos de defensa del ambiente, derechos de las comunidades y personas involucradas en ella (...) ligado a la expresión derechos de las generaciones futuras”³²⁰.

Por lo cual, debe priorizarse en el contexto de la intervención de la economía y protección ambiental el tema de las reservas mineras, la reglamentación de la minería ilegal e incluso, la intervención de los Consejos Comunitarios Indígenas y Comunidades afro, no solo para la formalización y consolidación de explotaciones ilícitas hacia los procesos de normalización e implementación de medidas y estrategias encaminadas al restablecimiento de derechos. Sino para la socialización de iniciativas donde se incluyan a las comunidades como socios de proyectos mineros en el reconocimiento de derechos de ciudadanía.

Según los lineamientos planteados en la reforma al Sistema General de Regalías (Acto Legislativo 005 del 18 de julio 2011) se prevé que un 2 % de las regalías totales serán distribuidas según las políticas y prioridades sectoriales en cartografía y conocimiento geológico del subsuelo y en la fiscalización de los yacimientos³²¹.

³¹⁹Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (27 de julio de 2016) Sentencia C-389/2016. (MP María Victoria Calle).

³²⁰Idem.

³²¹Ministerio de Minas y Energía República de Colombia, Plan Estratégico del Conocimiento Geológico del Territorio colombiano 2014-2023, 2014. Disponible en: https://www2.sgc.gov.co/Publicaciones/Cientificas/NoSeriadas/Documents/Plan_Estrategico_2014-2023.pdf

El tema de las regalías como recurso exógeno de las entidades territoriales merece análisis aparte dada la importancia no solo de su conceptualización sino de su contenido y alcance. De igual manera, la libertad para definirla en la toma de decisiones sobre criterios de distribución destinados al desarrollo regional y los mecanismos de vigilancia y control³²².

En otro sentido, la distribución, control y asignación del poder para el ejercicio de autonomía de los entes territoriales permite vislumbrar el eje esencial de la autonomía en el contexto del modelo territorial y administrativo del Estado colombiano.

La jurisprudencia ha señalado que el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales está compuesto por las siguientes prerrogativas: “(i) Derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias, (ii) Derecho de las entidades territoriales a gestionar sus propios intereses y ejercer las competencias que les correspondan, (iii) Derecho de las entidades territoriales a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales, (iv) Derecho de las entidades territoriales a administrar sus recursos”³²³.

La autonomía para las entidades territoriales resulta ser un reconocimiento innovador de índole constitucional en el contexto de la organización territorial. Es por ello, que el Plan Estratégico de Recursos Minerales se orienta a precisar metas y estrategias para evidenciar la verdadera riqueza mineral que poseen no solo el territorio nacional sino los regionales e incluso las entidades territoriales indígenas, es decir las ETIs, para el desarrollo e implementación de estructuras de Gobierno propio como espacio político, jurídico y social³²⁴.

De acuerdo, con la Constitución de 1991, se conformarán según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), y existirán delimitadas por el

³²² Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (11 de septiembre de 2013) Sentencia C-624/2013. (MP Jorge Pretelt).

³²³ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (11 de septiembre de 2013) Sentencia C-624/2013. (MP Jorge Pretelt).

³²⁴ Ministerio de Minas y Energía República de Colombia, Plan Estratégico del Conocimiento Geológico del Territorio colombiano 2014-2023, Op.cit

Gobierno Nacional, con participación de representantes indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial³²⁵.

Lo cual resulta, ser base fundamental para tomar decisiones en el contexto del desarrollo de sus propios intereses e incluso de los recursos minerales, metálicos y no metálicos que conserven sus territorios. Sin desconocer, la previa investigación que se hace necesaria para conocer y situar las riquezas de los territorios como lo indica el Plan Estratégico de Mina:

“El Plan estratégico del conocimiento geológico del territorio colombiano 2014-2023 es (...) una respuesta a la necesidad de contar con una guía estratégica del quehacer científico de esta entidad, la cual habrá de orientar la asignación de las importantes inversiones que en el conocimiento geocientífico del subsuelo de la nación deberá hacer el SGC como autoridad geocientífica del territorio nacional”³²⁶.

Lo anterior, en el contexto del modelo territorial y administrativo del Estado colombiano, deja ver la autonomía de los entes territoriales, su régimen legal y problemáticas sociales que les aquejan. En el desarrollo de la temática de investigación sobre la intervención y participación administrativa de las entidades territoriales colombianas en la exploración y explotación de yacimientos mineros dentro de sus territorios, se evidencia la necesidad de profundizar en los temas que convocan, sabiendo que los entes territoriales son entidades fundamentales en la organización política administrativa del Estado.

Por ende, son las llamadas a garantizar el bienestar de sus habitantes, desde sus propios intereses, riquezas y planificación hacia el desarrollo del ordenamiento territorial con autonomía local para tomar decisiones sobre sus propios recursos, incluyendo los mineros con Responsabilidad Social Empresarial Minera. Toda vez que para el país el sector minero representa una fuente de ingresos importantes según el ministerio de minas en el 2016, Colombia es un país de tradición minera pero así mismo enfrenta problemas que se reflejan en la falta de políticas públicas estables y

³²⁵ Véase artículo 329, Constitución Política de Colombia de 1991.

³²⁶ Ministerio de Minas y Energía República de Colombia, Plan Estratégico del Conocimiento Geológico del Territorio colombiano 2014-2023, Op.cit.

duraderas en el tiempo más allá de un gobierno, como lo evidencia en la política minera de ese mismo año:

“Colombia es un país con tradición minera, El sector minero es una fuente de ingresos importante a nivel nacional y local (...) los principales cuellos de botella, objeto de intervención a través de esta política son: Altos niveles de ilegalidad y/o informalidad en la actividad minera; Inseguridad jurídica; Falta de coordinación institucional; Ordenamiento territorial limitado con respecto al uso del suelo y los determinantes ambientales; Trámites mineros y ambientales atrasados; y Conflictividad social”³²⁷.

Finalmente, la protección a que se tiene derecho debe garantizar tanto al ente territorial como a la comunidad en general el bienestar de las futuras generaciones. Es por ello que “debe protegerse el derecho de cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan”³²⁸.

Por otro lado, respecto a las Modalidades de Autonomía;

Las modalidades de la autonomía, de acuerdo con lo señalado por Riascos³²⁹ se clasifica en el Derecho colombiano y en el derecho Ibérico con caracterizaciones específicas;

En el Derecho colombiano;

- Autonomía política de la región, la municipalidad y la Institución,
- Autonomía Territorial, Departamento, Distrito, Municipalidad y territorios indígenas.
- Autonomía Institucional,
- Autonomía competencial y funcional de las entidades territoriales e institucionales,

³²⁷ Ministerio de Minas y Energía, República de Colombia, Política Minera de Colombia, Bases para la minería del futuro, Bogotá, 2016. Disponible en: <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>

³²⁸ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (16 de octubre de 1996) Sentencia C-535/1996. (MP Alejandro Martínez).

³²⁹ Riascos, L., “¿Un Estado Autonomico?, ¿Autonomía Universitaria?”, op. Cit., p.12

- Autonomía en la administración de recursos y reglamentación de tributos municipales, Distritales y departamentales,
- Autonomía normativa o de expedición de actos administrativos subjetivos y objetivos por parte de las Autoridades Estatales e Institucionales,
- Autonomía en la participación de las rentas nacionales por parte de las Entidades Territoriales,

En este orden de ideas, Según Rodríguez, J.³³⁰ Colombia todavía depende de un esquema institucional unitario y centralista, lo cual es muestra de un desarrollo regional interrumpido, tanto en asuntos fiscales como gubernamentales. Esto evidencia un fuerte contraste entre un estatismo casi osificado y una sociedad política y culturalmente activa y diversa. Mientras, que la autonomía en el Derecho Ibérico se caracteriza por las diferentes modalidades que incorpora. A manera de ejemplo, como resultan ser las siguientes;

- Autonomía Territorial
- Autonomía de identidad
- Autonomía Institucional
- Autonomía del Ordenamiento Jurídico. En particular la autonomía de universidades

Afirma Larach, C.³³¹, la existencia de vacíos en la regulación Constitucional respecto a la organización territorial. Lo que evidencia, la necesidad de reglamentación atendiendo no solamente la estructura del Estado sino los derechos de la ciudadanía en beneficio de la colectividad esta problemática se refleja en el Extractivismo y las regulaciones en cuanto a los procesos de la minería y sus formas de exploración, explotación y extracción. La definición de territorio en la pertenencia al Estado, provincia y/o región como división política dinamiza la construcción teórica y práctica de su existencia en la articulación con la sociedad. los que lleva a los territorios, grupos étnicos, los pueblos a defender “las existen por su referencia a un territorio real o soñado, habitado o perdido”³³².

³³⁰ Rodríguez, J., (2014). “El Principio de la autonomía territorial de los municipios y departamentos en Colombia, análisis y perspectivas desde la jurisprudencia de la corte constitucional 1992-2012”. *Revista Summa Iuris*, Vol. 2, No. 2. Disponible en; file:///C:/Users/David/Downloads/1467-5769-1-PB.pdf

³³¹ Larach, C., (2013). “Organización territorial en España y en Colombia. Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo”. Santiago Muñoz Machado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No 10, p. 163-179

³³² Bonnemaïson, J. “Voyage autor du territoire, op.cit. Disponible en: http://www.persee.fr/doc/spgeo_0046-2497_1981_num_10_4_3673

Siendo así, el territorio resulta ser un espacio de poder, un espacio geográfico y un espacio de arquitectura sociocultural. Como espacio de poder, resulta ser también un espacio de gestión y dominio del Estado y con ello, de organización territorial, conciencia regional e identidad en el despertar de conciencia, sentido de pertenencia y ejercicio de ciudadanía.

La Sentencia del Tribunal Constitucional español de 28 de julio de 1981 da un paso más en la anterior construcción doctrinal, al afirmar que "la aparición de nuevas entidades territoriales - Comarcas, Áreas Metropolitanas - ha de tener una profunda repercusión sobre la delimitación de cuál sea el interés propio de las hasta ahora existentes y, en consecuencia, sobre su ámbito competencial"³³³. En este sentido, y desde la perspectiva del ámbito objetivo de aplicación del principio de la autonomía municipal, la determinación de las competencias atribuibles a las Administraciones Locales frente a las ostentadas por otras Administraciones Públicas suelen atender al tradicional criterio de distinción teórica entre los intereses generales o nacionales frente a los intereses puramente locales. No obstante, la aplicación práctica de este criterio estructural presenta auténticas dificultades dada la imposibilidad de concentrar las diferentes competencias locales en auténticos compartimentos-estanco, aislados de todo posible contacto o influencia con las ejercidas por otros poderes públicos. En realidad, es difícil encontrar una competencia administrativa que carezca, directa o indirectamente, de repercusiones en el ejercicio de las facultades detentadas por otras Administraciones u Organismos, en especial, por la estatal, que interviene allí donde se estima concurren intereses de carácter general³³⁴.

Desde, los intereses por la autonomía regional se pueden afirmar que el territorio es una alternativa no solo desde su definición conceptual y extensión física sino desde su contenido y naturaleza ligada al poder político, participación y planeación;

Territorio es una extensión terrestre delimitada que incluye una relación de poder o posesión por parte de un individuo o un grupo social. Contiene límites de soberanía,

³³³La Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 28 de julio de 1981

³³⁴Abad, J., "El Principio de la Autonomía Local en la doctrina y en la jurisprudencia del tribunal constitucional", op. cit.

propiedad, apropiación, disciplina, vigilancia y jurisdicción, y transmite la idea de cerramiento³³⁵.

2.3. Los principios Constitucionales sobre la Actividad Minera

Dentro del Estado social de derecho, se configuran una serie de principios que en el marco de la relación Nación – Territorio, tales como el principio de concurrencia, el principio de coordinación, el principio de subsidiariedad y el principio de rigor subsidiario. Los cuales se enfocan en la articulación del ejercicio de las competencias correspondientes al sector centralizado y a las entidades territoriales, y responden a un principio de mayor envergadura, cual es la descentralización administrativa³³⁶.

Bajo los anteriores preceptos, la Ley 136 de 1994 y la Ley 1551 de 2012, abordan temáticas relacionadas con la organización y el funcionamiento de los municipios, y en este sentido disponen al respecto de los principios que sustentan la relación Nación – Territorio, los lineamientos a los cuales deben ceñirse las autoridades en el ejercicio de sus competencias dado que:

“(i) con fundamento en el principio de coordinación, las autoridades municipales, al momento de ejercer sus competencias y sus responsabilidades, deben conciliar su actuación con la de otras entidades estatales de diferentes niveles ; (ii) con base en el principio de concurrencia, por un lado, los municipios y otras entidades estatales de diferentes niveles tienen competencias comunes sobre un mismo asunto, las cuales deben ejercer en aras de conseguir el fin para el cual surgieron las mismas y, por otro, las competencias de los diferentes órganos de las entidades territoriales y del orden nacional no son excluyentes sino que coexisten y son dependientes entre sí para alcanzar el fin estatal; y (iii) de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración territorial deben apoyar en forma transitoria y parcial a las entidades de menor desarrollo económico y social en

³³⁵Geiger, P., (1996). *Desterritorialización y especialización: Territorio, globalización y fragmentación*, En: *Seminario Internacional Territorio: Globalización y Fragmentación*, Editora Hucitec.

³³⁶Según el Artículo 288 de la Constitución Política 1991. “La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.”

el ejercicio de sus competencias cuando se demuestre su imposibilidad de ejercerlas debidamente”³³⁷.

Ahora bien, con la finalidad de aplicar los anteriores principios, es menester que se propenda por la armonización de éstos con los principios de autonomía territorial y descentralización de entidades territoriales, en tanto se argumente que la limitación impuesta a los entes territoriales se sustenta en el principio constitucional de organización unitaria de Estado y la preeminencia de la Nación en la formulación de políticas públicas relacionadas con la explotación de minerales, teniendo presente que:

“(...) el artículo 37 de la ley 685 de 2001 —Código de Minas— estará acorde con la Constitución, siempre y cuando en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera —cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado— se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial. En este sentido, una autorización al respecto deberá dar la oportunidad de participar activa y eficazmente a las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades (...)”³³⁸

Es así como la Presidencia de la República, expide en el 2013 el Decreto 934, con el objeto de reglamentar el artículo 37³³⁹ de la Ley 685 de 2001, también conocido como Código de Minas. De acuerdo con lo preceptuado en el Decreto en mención, se estableció que las autoridades ambientales y mineras son las únicas competentes para excluir o restringir las actividades relacionadas con la minería, por lo que las entidades territoriales no están facultadas para la toma de decisiones relativas al

³³⁷ Véase el Artículo 4 de la Ley 136 de 1994, modificado por el Artículo 3 de la Ley 1551 de 2012.

³³⁸ Véase la Sentencia de la Corte Constitucional C-123 de 2014

³³⁹ Véase Artículo 37, Ley 685 de 2001, “Prohibición legal. Con excepción de las facultades de las autoridades 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”.

ordenamiento de esta actividad dentro de su territorio, a partir de los instrumentos de ordenamiento territorial, como los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos.³⁴⁰

Frente a lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que el Decreto reglamentario 934 de 2013 descarta totalmente la facultad de los entes territoriales para la reglamentación y definición de los usos del suelo en el territorio de su jurisdicción, en materia minera; desconociendo además la esencia propia de los instrumentos de ordenamiento territorial, vulnerando así el principio de autonomía territorial.³⁴¹

Ahora bien, emanado del contexto esbozado, surge posteriormente una nueva demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 del Código de Minas, debate que se centra en el argumento de que la norma desconoce la autonomía de las entidades territoriales para decidir sobre los usos del suelo en lo relativo a excluir la actividad minera de sus territorios y es contraria al derecho a un ambiente sano y el deber de contribuir a su realización.

Así las cosas, en el marco de la sentencia de naturaleza integradora aditiva³⁴², se dispuso que el artículo 37 era compatible con la Carta Política, siempre y cuando durante el proceso orientado a otorgar la autorización para realizar actividades de exploración y explotación minera, cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado; las autoridades del orden nacional acuerden con las entidades territoriales, las medidas requeridas para la protección del ambiente sano, las cuencas hídricas, así como el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población.³⁴³

³⁴⁰ Guiza, L., Rodríguez, C., (2015) “El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera”, *Vniversitas*, No. 132, pp. 335-336.

³⁴¹ Ídem. p. 337.

³⁴² En esta oportunidad, la Corte Constitucional realiza un estudio integral de la disposición, considerándola como un texto completo integrado no sólo por la disposición legal aprobada por el Congreso de la República sino también por la adición que del mismo hizo la Sentencia C 123 de 2014, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

³⁴³ Corte Constitucional, Op. Cit.

De esta forma, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C 123 de 2014, los aludidos acuerdos deben atender a un conjunto de principios como lo son la concurrencia, coordinación y subsidiariedad acorde con lo preceptuado por el artículo 288 constitucional, armonización en la distribución de competencias entre el nivel central y los niveles locales en materia minera, la cual no es exclusiva disposición de las entidades territoriales sino en la que concurren en la escena: la Nación, los departamentos y los municipios.

2.3.1. principio de concurrencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional ha precisado que el principio de concurrencia:

“(...) parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad”³⁴⁴

Se trata de un principio que involucra la participación de los distintos niveles de la administración en la formulación, ejecución y seguimiento de acciones de forma conjunta, enfocadas al mismo objetivo, de manera eficiente y a partir del respeto mutuo hacia las competencias de cada una de las entidades. Su eficacia radica en que las facultades legales atribuidas a una autoridad no impidan que otra ejerza facultades y competencias constitucionales que le corresponden.

Es así como el principio de concurrencia supone que, en ciertas materias para cumplir con los fines del Estado, se requiere de la participación de las autoridades de la Administración en el nivel nacional y en el territorial. Esto significa, de acuerdo con la

³⁴⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (4 de marzo de 2010) Sentencia C-149/2010. (MP Jorge Palacio).

jurisprudencia constitucional, que el órgano legislativo al distribuir las competencias entre las autoridades de los distintos niveles debe garantizar el ámbito de autonomía constitucional que corresponde a cada uno, así como el objeto propio de la acción estatal, de manera que no es posible excluir de alguna competencia a entidades que estén llamadas a participar en esa materia.³⁴⁵

2.3.2. Principio de coordinación

El principio de coordinación exige el ejercicio armónico y complementario de las competencias para la consecución de los fines estatales, sin que haya interferencia u obstaculización en el ejercicio de funciones por parte de las autoridades competentes.³⁴⁶ En otros términos, se trata de la exigencia de una ordenación sistemática, coherente, eficiente y armónica de las actuaciones de los órganos estatales en todos los niveles territoriales para el logro de los fines del Estado.³⁴⁷

En otras palabras, este principio consiste en la existencia de competencias que convergen en distintas autoridades del Estado, donde se desprende la necesidad de un ejercicio armónico para la complementación y el encauce por la consecución de los fines del Estado, por medio de objetivos comunes, que no sean incompatibles.³⁴⁸

Según la Corte, este principio parte de que el objetivo de la descentralización territorial es garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos en el territorio nacional, y que, por lo tanto, la acción del Estado en sus distintos órdenes debe estar exenta de redundancias o contradicciones que terminan frustrando el logro de los fines del Estado³⁴⁹.

³⁴⁵ Sentencias de la Corte Constitucional, C-889/2012, de 30 de octubre; C-123/2014, de 05 de marzo; C-035/2016, de 08 de febrero; y C-445/2016, de 19 de agosto.

³⁴⁶ 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, Diario Oficial No. 1 43.464 de 30 de diciembre de 1998.

³⁴⁷ Véase el Auto de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025/2004 y sus autos de cumplimiento 383/2010, de 10 de diciembre. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva // Véase la Sentencia de la Corte Constitucional C-035/ 2016, de 08 de febrero. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

³⁴⁸ Véase la Sentencias C-889 de 2012, C-123 de 2014, C-035 de 2016 y C-445 de 2016

³⁴⁹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (8 de febrero de 2016) Sentencia C-035/2016. (MP Gloria Ortiz).

Por su parte, en la Sentencia C-445 de 2016, la Corte Constitucional señaló otro rasgo de este principio, referente a que la coordinación debe estar presente desde el momento en que se asignan las competencias y se manifiesta especialmente en su fase de ejecución; así, se indica que las actuaciones de los diversos órganos estatales requieren de ordenación sistemática, coherente, eficiente y armónica para que puedan materializarse los fines estatales.

2.3.3. Principio de subsidiariedad

Este principio hace referencia al apoyo transitorio de las autoridades de nivel superior a aquellas de nivel inferior en acciones propias de las autoridades de nivel inferior.³⁵⁰ De acuerdo con las anteriores líneas, el principio de subsidiariedad indiscutiblemente se refiere a las competencias atribuidas a las entidades de todos los niveles: nacional, departamental, municipal, de donde se desprende que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en asuntos propios de las instancias inferiores cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades.³⁵¹

Asimismo, la jurisprudencia constitucional, ha definido que este principio opera como consecuencia del principio democrático y como criterio de eficiencia y racionalización de la actividad administrativa, que aplica tanto para la distribución como para el ejercicio de las competencias de las diferentes autoridades. Este principio cuenta con una dimensión positiva y una dimensión negativa. La dimensión positiva del principio de subsidiariedad supone que cuando el Legislador atribuye competencias y cuando se realiza la intervención estatal debe privilegiarse al nivel más cercano los ciudadanos, pues allí es donde se encuentran las autoridades que pueden tener un mejor conocimiento al respecto y mejores condiciones operativas para satisfacer las necesidades ciudadanas en su contexto.³⁵² Y la dimensión negativa, supone que las autoridades que se encuentren en un mayor nivel de centralización pueden intervenir en asuntos propios de instancias inferiores únicamente cuando estas últimas se

³⁵⁰Mesa, C., Remolina, J., Pérez, A., Iguá, D. (2011) *Descentralización y entidades territoriales*-Procuraduría delegada para la *Descentralización de las Entidades Territoriales.*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, p. 23.

³⁵¹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (4 de marzo de 2010) Sentencia C-149/2010. (MP Jorge Palacio).

³⁵² Véanse las Sentencias de la Corte Constitucional, Sentencias C-889 de 2012, C-123 de 2014 y C-445 de 2016.

muestren incapaces o no sean eficientes al momento de gestionar sus responsabilidades.

2.3.4. Principio de rigor subsidiario

En virtud de este principio, las normas y medidas adoptadas por las autoridades competentes podrán hacerse sucesivas y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, 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.

Este principio es una expresión clara del principio superior de autonomía y guarda total concordancia con el principio de gradación normativa³⁵³, en cuanto respeta la jerarquía de normas y decisiones, y sólo tiene como efecto complementar o adicionar las normas y decisiones de superior jerarquía con normas y decisiones de las corporaciones autónomas regionales o de las entidades territoriales, en desarrollo de la gestión de sus propios intereses ambientales, lo cual es un elemento esencial del principio de autonomía.³⁵⁴

En este sentido, el rigor subsidiario otorga a las entidades descentralizadas un cierto tipo de facultad especial para modificar la Legislación Ambiental vigente en procura de la defensa del patrimonio ecológico local. Es una facultad administrativa que con fundamento en la autonomía propia de la descentralización permite suplantar la potestad reglamentaria del poder ejecutivo con la condición de que la nueva normatividad que se expida sea más exigente que aquella que pertenece al nivel central.³⁵⁵

³⁵³ Véase Artículo 63 Ley 99 de 1993. “Principio de Gradación Normativa. En materia normativa las reglas que dicten las entidades territoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables respetarán el carácter superior y la preeminencia jerárquica de las normas dictadas por autoridades y entes de superior jerarquía o de mayor ámbito en la comprensión territorial de sus competencias. Las funciones en materia ambiental y de recursos naturales renovables, atribuidas por la Constitución Política a los Departamentos, Municipios y Distritos con régimen constitucional especial, se ejercerán con sujeción a la ley, los reglamentos y las políticas del Gobierno Nacional, el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales”. Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993.

³⁵⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (25 de julio de 2007) Sentencia C-544/2007. (MP Jaime Araujo).

³⁵⁵ Cifuentes, G., (2013) “Desarrollo Constitucional, Legal y Jurisprudencial del Principio de Rigor Subsidiario”, *Revista Jurídicas CUC*, Vol. 9, No. 1, p. 345-384.

En otras palabras, del principio de rigor subsidiario se desprende que si la regulación o las medidas de superior jerarquía, con un ámbito de competencia territorial más amplio, son adecuadas y suficientes para la protección integral del medio ambiente y los recursos naturales renovables, las autoridades regionales o locales de inferior jerarquía no tendrían competencia para darle aplicación, por sustracción de materia. Por el contrario, si la regulación o las medidas de superior jerarquía no son adecuadas y suficientes, dichas autoridades sí tendrían competencia para aplicarlo, en ejercicio de su autonomía, por tratarse de la gestión de un interés propio, que desborda la competencia de las autoridades superiores.³⁵⁶

2.4. Propiedad de los recursos minerales.

El ordenamiento constitucional en Colombia reconoce al Estado como titular del derecho de propiedad sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables. Asimismo, el desarrollo jurisprudencial ha enfatizado al respecto dicha titularidad, aspectos diferenciadores tales como la democracia participativa, la descentralización y autonomía de las entidades territoriales; así como la distribución equitativa de los beneficios de la explotación de esta clase de recursos.

De conformidad con el Artículo 332 de la Carta Política se establece que:

“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, lo que representa (...) un cambio sustancial si se tiene en cuenta que en la Constitución de 1886 estaba en cabeza de la Nación”.

Sobre este punto corresponde señalar que en la Constitución de 1886 la palabra Nación se utilizaba para referirse a las competencias de autoridades centrales y con la expedición de la Constitución en 1991 el concepto de Estado se refiere al conjunto de autoridades, forma diferente al uso del concepto originario de Nación³⁵⁷

³⁵⁶ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (25 de julio de 2007) Sentencia C-544/2007. (MP Jaime Araujo).

³⁵⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (11 de octubre de 2018) Sentencia SU-095/2018 (MP Cristina Pardo)

De las anteriores líneas se colige que el Estado³⁵⁸ es el propietario del subsuelo y de los recursos no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes; y que la elección de la palabra Estado no es casual; en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en diversas ocasiones en referencia a los niveles nacional o territorial, en la que en diversas ocasiones los miembros de la Asamblea indicaron explícitamente que en materia de Hacienda Pública la palabra Estado no es un sinónimo de Nación, sino que es un concepto más general que engloba a todos los niveles territoriales.

Conforme a lo anterior, es claro que la Asamblea Constituyente evitó atribuir a la Nación la propiedad de los recursos no renovables, para evitar la centralización de sus beneficios, pero que tampoco quiso, por razones de equidad y de equilibrio regional, municipalizados o atribuir su propiedad a los departamentos. En ese orden de ideas, resulta perfectamente lógico que la titularidad de tales recursos y de las regalías³⁵⁹ que genera su explotación sea de un ente más abstracto, que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales, esto es, del Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario de los recursos no renovables y el titular de las regalías.³⁶⁰

Ahora bien, la titularidad estatal dispuesta en la Constitución Política de 1991 frente a todo tipo de recurso no renovable, modifica el papel de la Nación, quien ya no se constituye como propietario³⁶¹ sino como quien gestiona las regalías con el fin de que los beneficios alcancen equitativamente a todos los colombianos, con el deber de “respetar los derechos de participación y de compensación de las entidades territoriales, y está obligada a distribuir las sumas restantes a las entidades

³⁵⁸La denominación de Estado a la luz de la Constitución Política de Colombia de 1991 comprende el conjunto de todas las autoridades, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales, y que con esta expresión el constituyente quiso evitar la centralización nacional de los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales, los cuales deben beneficiar a todos los colombianos. // Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional C-389/2016, de 27 de Julio.

³⁵⁹En la jurisprudencia también se ha aclarado que la propiedad estatal recae sobre todo tipo de recurso natural no renovable y así mismo, la regalía se causa por la explotación de cualquiera de esos recursos, pues la Constitución no establece algún tipo de distinción al respecto. // Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional C-669/2002, de 20 de agosto.

³⁶⁰Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de abril de 1997) Sentencia C-221/1997 (MP Alejandro Martínez)

³⁶¹Durante la vigencia de la Constitución derogada, la jurisprudencia había interpretado el artículo 202 de la Constitución de 1886 como una norma que establecía la propiedad de la Nación sobre el subsuelo y todas aquellas minas que no fueran de propiedad privada.

territoriales, por lo cual las autoridades centrales no se benefician directamente de las regalías”³⁶². Tampoco existe derecho de propiedad de las entidades territoriales sobre estos recursos, ni sobre los beneficios derivados de su extracción.³⁶³

Es por ello que la Constitución Política de 1991, bajo el espíritu de la redistribución de cargas de los recursos derivados de la minería en todo el territorio nacional partiendo de que ésta reviste características de interés social³⁶⁴, proporciona prevalencia al interés público sobre el particular, y pese a que las entidades territoriales hacen parte del Estado, la referencia constitucional hacia su titularidad ha sido enfocada en el nivel central, motivo por el cual ha dispuesto en el artículo 360 la contraprestación que se deviene producto de la explotación minera para Estado colombiano así como también establece que deberá regularse mediante la ley las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables sigue indicando: “ Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.”³⁶⁵

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado que con fundamento en los objetivos de interés público, plasmados en el ordenamiento superior y que rigen la actividad minera, es evidente que se haya planteado la prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros³⁶⁶, y de esta forma “evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la

³⁶² Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de mayo de 2002) Sentencia C-427/2002 (MP Clara Vargas)

³⁶³ Corte Constitucional, Sala novena de la Corte Constitucional (24 de marzo de 1994) Sentencia T-141/1994 (MP Vladimiro Naranjo)

³⁶⁴ Véase El artículo 13 del Código de Minas en desarrollo del artículo 58 de la Constitución, declara de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases.

³⁶⁵ Véase el Artículo 360 de la Constitución Política de 1991 (Modificado por el art 1º, Acto Legislativo 005 de 2011).

³⁶⁶ El Régimen Único al cual se hace referencia corresponde a la Ley 685 de agosto 15 de 2001 por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, 44.545 Diario Oficial, 8 de septiembre de 2001.

financiación de los fines que le son propios”.³⁶⁷ Aunado a lo suscitado y teniendo en cuenta que se le ha otorgado al legislador facultad para regular la explotación de los recursos naturales no renovables, consecuentemente lo habilita para enfrentar la tensión entre los principios unitario y autonómico, dándole prelación al primero³⁶⁸.

Lo anterior se explica dado que si bien es cierto que las entidades territoriales ejercen competencias que se consideran propias, en cuanto a aquellos asuntos que sólo a éstas les atañen, toda vez que de acuerdo al principio de autonomía territorial gozan de autonomía para gobernarse por autoridades propias y ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales; será la ley la encargada de determinar la distribución de dichas competencias entre la Nación y las mencionadas entidades de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución Política de 1991.

Es en este punto donde se vislumbra la tensión existente en relación con la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. En tanto se fomenta una tensión entre principios constitucionales debido a que el principio unitario permite la existencia de parámetros generales que deban seguirse en todo el territorio del Estado, mientras que el principio de autonomía territorial exige la salvaguarda de un espacio de decisión propia a las autoridades territoriales. Por tal motivo se contraponen los mencionados parámetros generales de interés de la Nación al espacio de autogestión determinado para los entes territoriales.

Bajo el anterior panorama, la Corte Constitucional ha manifestado una relación de los principios unitario y autonomía territorial de dos formas distintas. En la primera de ellas, por una parte, existen limitaciones recíprocas, esto es, “el concepto autonomía territorial se encuentra restringido por el de unidad, y a la inversa, la unidad se encuentra circunscrita por el núcleo esencial de la autonomía.”³⁶⁹. De lo cual se colige

³⁶⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (25 de mayo de 2016) Sentencia C-273/2016 (MP Gloria Ortiz)

³⁶⁸ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (30 de mayo de 2012) Sentencia C-395/2012 (MP Gabriel Mendoza).

³⁶⁹ Véase el Auto de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025/2004 y sus autos de cumplimiento 383/2010, de 10 de diciembre.

la necesidad de interpretar y aplicar los principios de tal manera que se obtenga un pleno equilibrio y coexistencia³⁷⁰. Si sólo se atendiera uno sólo de los principios expuestos, se obvió el principio de interpretación armónica de las normas jurídicas.

Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido que frente a la tensión evocada, existe la posibilidad de aplicar los principios constitucionales en distinta medida de conformidad con la situación concreta, expresa la Corte Constitucional que se debe acudir al principio de unidad nacional establece en el artículo 1 de la Constitución política de 1991, sin embargo deja ver las limitaciones de la autonomía territorial muchas veces resulta excesiva y su aplicabilidad en casos concretos, estos preceptos deben ser revisados por el otro principio constitucional que se está limitando, es decir, del principio de autonomía territorial. En este sentido, las limitaciones a la autonomía territorial son constitucionalmente aceptables, sólo cuando se concluya que éstas son razonables y proporcionadas en el caso concreto³⁷¹.

Atendiendo al contenido y parámetros del principio de autonomía territorial se derivan para el legislador, lo consagrado en el artículo 311 de la Constitución, que señala como función en cabeza de los municipios “ordenar el desarrollo de su territorio”³⁷², resulta un mandato de complemento por el séptimo numeral del artículo 313 al consagrar que dentro de las funciones de los Concejos Municipales está “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”³⁷³.

El legislador por su parte según la Corte Constitucional debe tener en cuenta las atribuciones constitucionales dadas a los municipios y de igual forma la regulación de la legislación no puede desconocer en ningún momento esa misma competencia. De esta forma el legislador al determinar la competencia de los niveles territoriales la Corte Constitucional indica que se debe tener en cuenta las competencia atribuidas a

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (5 de marzo de 2014) Sentencia C-123/2014 (MP Alberto Rojas).

³⁷² Véase artículo 313, Constitución Política de Colombia.

³⁷³ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (5 de marzo de 2014) Sentencia C-123/2014 (MP Alberto Rojas).

los municipios por la constitución en materia de uso del suelo es así como “la regulación legal no puede desconocer que, cualquiera que sea la distribución competencial que determine, la misma no puede anular el contenido específico del principio de autonomía territorial que se manifiesta en la posibilidad de que los municipios reglamentan los usos del suelo dentro de su respectivo territorio”³⁷⁴ .

Cuando nos adentramos en la conceptualización, el principio unitario de organización territorial del Estado colombiano justifica la existencia de políticas de orden nacional que busque unificar los parámetros a partir de los cuales se realiza la actividad minera en el territorio nacional. es por ello que conforme a la armonía con el artículo 1º, el artículo 332 de la Constitución determina que la propiedad de subsuelo y de los recursos naturales existentes dentro del territorio colombiano recae en cabeza del Estado; es por ello que se considera importante que exista una regulación de naturaleza legal actual Código de Minas, por medio de la que se fijen los estándares que deban ser acatados en todo el territorio colombiano.³⁷⁵

Frente al principio de unidad, la Corte Constitucional a su vez determina que el hecho de que exista una regulación nacional que establezca límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo por parte de los municipios, no implica entonces la vulneración del principio de autonomía propio de los entes territoriales. En este sentido agrega que dicha regulación más bien unifica el régimen jurídico para la exploración y explotación minera.

Por su parte, la intervención estatal en materia de los recursos mineros encuentra fundamento en la distribución adecuada de cargas y beneficios del desarrollo, así como la ¿ C-389 de 2016, al referirse a los minerales, considerados, en general, recursos naturales no renovables, como propiedad atribuida al Estado, los cuales hacen parte de la riqueza natural de la Nación.³⁷⁶

³⁷⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (5 de marzo de 2014) Sentencia C-123/2014 (MP Alberto Rojas).

³⁷⁵ Ídem.

³⁷⁶ Véase el Artículo 8 de la Constitución Política de 1991

En desarrollo de lo expuesto, el ordenamiento constitucional ha planteado la conservación del ambiente como deber estatal, incluyendo la protección de la diversidad e integridad de éste, la salvaguarda de las riquezas naturales de la Nación, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, la garantía de la conservación y restauración de los recursos naturales, la prevención y control de los factores de deterioro del ambiente, entre otros.³⁷⁷

2.4.1. Intervención del Estado en los territorios con presencia minera.

Citar en contexto de la tradición minera en el territorio colombiano, se debe hacer referencia a la titularización y licenciamiento minero, esto simboliza contar la historia de reconocimientos normativos, doctrinales y jurisprudenciales. Sin desconocer, la historia nativa de fabricación de objetos en la fabricación de prendas indígenas, es decir de la fabricación de objetos con minerales extraídos del territorio.

Las labores cotidianas de artesanos indígenas evidencian las riquezas de orfebrería encontradas en pectorales con formas de animales como adornos que lucían con presunción y dignidad la población nativa americana. La identificación en el paisaje cultural de territorios evidencia el tejido de alfarería que reivindica el buen hacer del trabajo con metales preciosos como el oro, entre otros.

En ese sentido, la historia colonial no solo está enmarcada en el modelo territorial y administrativo del Estado colombiano, de acuerdo con los reconocimientos constitucionales, sino a la exploración y explotación minera, especialmente la minería de oro en el simbolismo del respeto a la tradición indígena, desde su experiencia y aportes ancestrales.

Además, la historia de la minería en el territorio nacional significa la evocación que representa el sufrimiento del territorio, la contribución a la economía europea sin

³⁷⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (12 de abril del 2000) Sentencia C-431/2000 (MP Vladimiro Naranjo).

reconocimiento alguno y el olvido de las regiones mineras en las participaciones que posibilitan obtener beneficio propio³⁷⁸.

Ahora bien según Romero A, dice que el oro se constituyó en el primer elemento de la globalización de los mercados de las nacientes sociedades, “al remediar la escasez que de él se presentaba en Europa, contribuyó a bajar la presión sobre los precios”³⁷⁹, de igual forma se destaca que este representa la primera salida de capital de la región y la financiación de las importaciones, esto deja ver una gran realidad en el proceso histórico, tanto en el pasado como a día de hoy las zonas de explotación minera son territorios sumidos en una gran pobreza que se profundiza con los años³⁸⁰.

Siendo así, los aportes históricos de la minería como tema jurídico surgieron con la legislación española y criolla de la época colonial. La Constitución de 1821 protegió el criterio de la división del Suelo y Subsuelo establecido por la Corona española. El Decreto que reglamentó la minería, expedido por el Libertador Simón Bolívar en 1829, reafirmó el dominio pleno sobre las minas en la titularidad de la República quien la podía conceder en propiedad y posesión a ciudadanos que lo solicitaran³⁸¹.

Igualmente, se hace necesario recordar que por esa época los recursos naturales y las minas eran de propiedad de los ciudadanos que las explotaban con sus propios recursos y esfuerzos en la propiedad de la tierra. Posteriormente, se reconoce como propietario solo al Estado.

La legislación minera, se rigió desde el primer momento por el principio jurídico medieval de iura regalia consignado desde la Partidas de Alfonso X, y las leyes que le siguieron en los siglos XIV y XV, en virtud de las cuales todas las minas, o el subsuelo, como diríamos hoy, eran del dominio regio y podían ser explotadas por los

³⁷⁸ Defensoría del Pueblo, *la minería sin control- Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos*, Imprenta Nacional de Colombia, Defensoría del pueblo, Bogotá, 2015, p.22. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMinerIa2016.pdf> (consulta: 21-09-2020)

³⁷⁹Romero, A., (2013). *La minería y la industrialización del país- Una mirada desde Antioquia*, Memoria Universidad de Antioquia, Medellín, p.3.

³⁸⁰ Ídem, p.4.

³⁸¹ Ídem, p. 5

vasallos, previo conocimiento de las autoridades reales. Este concepto se reiteró en las Capitulaciones dadas a muchos descubridores³⁸².

Por consiguiente, es necesario determinar el sistema jurídico minero que fue construido para el territorio descubierto, colonizado y despojado. Puesto que “el sistema jurídico minero colonial se fue construyendo en medio de una dialéctica densa entre los legisladores de la península y los de Indias. Para comprenderlo es necesario tener en cuentas ambas, la legislación minera castellana y el derecho indiano”³⁸³.

Por un lado, la legislación española vigente al momento de la conquista se debatía en la doctrina jurídica que sustentaba el dominio real sobre el subsuelo. Por otro lado, la Corona debió ceder en el contenido de su marco jurídico peninsular, adaptándolo al contexto criollo americano y promulgando la legislación que se conoce como la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias (1680) para regular las posesiones de España en América.

En la época colonial la minería se convirtió en una actividad fundamental para la colonización española, la regulación de la minería se estableció como un objetivo fundamental por parte de las autoridades reales con el fin de reglamentar su desarrollo. En ese orden de ideas se dio un avance normativo que permitió a la posesión de la corona tener un sistema de explotación, un régimen laboral entre otras normas³⁸⁴. Ahora bien, a esto se le sumó la explotación de los yacimientos mineros, siendo este uno de los motores de la conquista y colonización del continente americano este motor se convertiría en pieza fundamental de las finanzas peninsulares, es fácil comprender el interés de la política seguida por los monarcas en dicha materia³⁸⁵.

Según Molina M³⁸⁶., la configuración del derecho minero indiano estuvo sujeta a un largo proceso, dividiéndose en varias fases por los temores de emprender directrices

³⁸² Henao, J., Díaz, S., Restrepo, J., (2016). *Historia y gobierno del territorio Minero*, Tomo V, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 170

³⁸³ Ídem, p. 185

³⁸⁴ Molina, M., (2000). *Legislación minera colonial en tiempos de Felipe II en el XIII Coloquio de Historia Canario-americana*, Editorial Cabildo Insular de Gran Canaria, p.1014.

³⁸⁵ Ídem, p.1014

³⁸⁶ Ídem, p.1014.

equivocadas, en un principio la Corona apenas reguló de forma orgánica el ramo de minas y sus medidas fueron zigzagueantes. Esta falta de normatividad para el desarrollo de la minería llevó a que se proliferaran las ordenanzas particulares, de ámbito local o regional, reglamentando la explotación de las minas, haciendo poco útil en este terreno la política seguida en otras materias donde sí existió un trasplante casi íntegro de la legislación española, debido a esto se fue poco a poco consolidándose en Indias un derecho jurídico minero novedoso y original, a pesar de que en el fondo gravitaba sobre los principios consagrados por la legislación castellana.

Por lo cual, resulta relevante mencionar lo primordial es determinar la potestad sobre la tierra, delimitar el uso del suelo y el subsuelo, como lo dice algunos autores, la legislación colonial sobre las minas es que el Rey es propiedad del subsuelo y por consiguiente de toda su exploración se debe dar regalías, se establece en ese sentido que las minas podían ser heredadas y vendidas sin embargo no podía obviarse lo que le correspondía al Rey las regalías, de igual forma se penaliza el hecho de abandonar el territorio esto llegaba a ser causa de pérdida del territorio y como consecuencia la extinción del dominio reincorporándose al patrimonio del Rey, de esta forma se fue institucionalizando la actividad minera mediante ordenanzas generales para todo el reino y ordenanzas pacíficamente para los lugar donde se trabaje el tema minero³⁸⁷

Es por ello, que conocer el contexto de la historia legislativa que reglamentó la minería resulta significativo no solo para saber su origen y contenido sino para establecer parámetros acordes a las realidades de los territorios, sus prácticas, rituales y costumbres. A manera de ejemplo, se puede citar el contenido del Decreto de Quito (1829), por medio del cual, se impulsó el manejo soberano de los recursos minerales para las repúblicas latinoamericanas, asegurando el manejo autónomo a que se tenían derecho por el continuo saqueo de España.

Entre sus consideraciones y articulados, se encuentran las siguientes notas en el artículo 1° que dicta de conformidad a las leyes las minas es propiedad de la República, el gobierno es quien tiene la autoridad para conceder la posición a los ciudadanos bajo lo establecido en las leyes de minas y en sus demás decretos bajo

³⁸⁷Henao, J., Díaz, S., Arias, J., *Minería y desarrollo, Arias Restrepo, historia y gobierno del territorio minero*, Op.cit., p.

las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este decreto”³⁸⁸. De igual manera, registra el abandono en el que se encuentra la actividad minera y la importancia de promover los conocimientos científicos en la minería y la derogación de algunas normas antiguas que promueven conflictos entre los mineros. Estas nuevas normas buscan alcanzar altos niveles para la prosperidad del Estado, lo que predispone a algunos mineros que se abocan a asesorarse respecto a la propiedad de las minas y resguardar su derecho en contra de cualquier ataque que pretenda tumbar o perder la mina.³⁸⁹.

Por otro lado, en 1825 el discurso en Pucará, Perú se señalaba la existencia de una deuda y que el gobierno debía pagar procurando la extinción de esta, se exigía en ese momento que él “decretó que las minas se arrienden o se vendan en público remate de cuenta del gobierno adjudicándose su valor a los acreedores del Estado en pago de sus créditos calificados”³⁹⁰.

Así mismo, resulta relevante mencionar la preocupación del Libertador Simón Bolívar por el tema minero. Lo cual, fue tan significativo que incluso a la hora de su muerte estuvo presente como última voluntad expresada en su testamento (1830) de acuerdo con la cual se estableció lo siguiente: “4° Declaro: que no poseo otros bienes más que las tierras y minas de Aroa, situadas en la provincia de Carabobo”³⁹¹.

Posteriormente, se destacó en el periodo entre la Confederación Granadina (1858) y la Constitución política de Colombia de 1886, se realizaron modificaciones a la tradición del criterio jurídico sobre la propiedad minera con la teoría del subsuelo, pero ya no en propiedad de la Corona española sino de la Confederación. En el año 1873 Surgió, el Código Fiscal y en 1867 el Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, el cual fue adoptado después por toda la República. La anterior legislación estableció que “las minas de esmeralda y sal gema son de propiedad de la Nación.

³⁸⁸ Bolívar, S., (2010). *Compilación -Reflexiones Políticas* en Casa Editorial Red Ediciones SA, Red ediciones SA, p.293.

³⁸⁹ Ídem. p.293.

³⁹⁰ Ídem, p.294.

³⁹¹ Ídem.

Las de oro, plata, platino y cobre, son de los Estados Soberanos. Todas las demás pertenecen al propietario del terreno”³⁹²

Así pues, atendiendo el interés social, jurídico, económico y político que provocaba el tema de la minería, mientras que la Constitución de 1858 consintió a favor de los Estados Soberanos el derecho a las minas, patrimonio heredado de la Corona. Por su parte en la Constitución Federal de 1863 no se vislumbran cambios en los que respecta la propiedad minera, pero algunos Estados Soberanos declararon que algunas minas pertenecían al dueño del terreno³⁹³.

A partir de allí el Estado tomó medidas que hicieron se volviera a incorporar a la Nación las minas que pertenecían al dueño del suelo. Dicho esto es menester indicar que en el año de 1868, la Ley 13 sobre explotación de minas y depósitos de carbón por cuenta de la Nación, dispusiera en su artículo 1q: "La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón situados en terrenos baldíos, o que por cualquier otro título le pertenezcan”³⁹⁴ Así mismo la Nación abolió por su parte el monopolio fiscal de las esmeraldas, dejando a los Estados entrar a legislar sobre esos yacimientos bajo el principio de la libertad de explotación por los particulares³⁹⁵.

Durante el periodo de la constitución política de Colombia de 1886, la propiedad minera se dividió por un lado a la Nación y por otro lado a los Estados Soberanos de acuerdo con el siguiente:

Los pertenecientes a la Nación:

“a)-Las minas de sal-gema que estuvieran o no en tierras baldías (Constituciones de 1858 Y 1863); b -Las minas o depósitos de carbón que se encontraran en terrenos baldíos al entrar en vigor la Ley 13 de 1868. -c)-Las minas o depósitos de carbón que se encontraran en tierras baldías, conforme a la Ley 29 de 1873; ch)-Las minas de carbón, cobre, hierro, azufre y demás

³⁹²Ídem.

³⁹³Molina, J., (1992). “El dominio minero en Colombia la propiedad minera del Estado”, *Revista de la Universidad Nacional*, No.4, p, 117.

³⁹⁴ Ídem.

³⁹⁵ Ídem.

no expresadas en el respectivo título del Código Fiscal de 1873 (artículos 1.116, 1.117 Y 1.126), ubicadas en terrenos baldíos o adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, y d)-Las de patrimonio privado de la Nación”³⁹⁶.

Los que pertenecían a los Estados Soberanos:

“a)-Las minas que habían recibido de la Nación conforme a la Constitución de 1858 y a la de 1863 y que los Estados no hubieran cedido a personas naturales o jurídicas por adjudicación o accesión al suelo, y b)-Las que la Nación les cedió a los mismos Estados a título de indemnización o compensación. A los particulares pertenecían: a)-Las minas que la Nación o los Estados Soberanos les habían adjudicado; b)-Las que los mismos Estados Soberanos les habían reconocido por accesión a los dueños del terreno”³⁹⁷.

Desde la mirada productiva del negocio minero, se debe reconocer que la Nueva Granada era el primer productor de oro para el imperio español que posteriormente descubriría las minas Gerais, lo que mantuvo de igual forma en centro de la explotación a los territorios indígenas donde se ubica mayormente el metal, debido a la sed del oro que mantenían los conquistadores y los pobladores como se describe por los cronistas se ubican los asentamientos de los primeros pobladores, así pues las minas de la Nueva granada estaban ubicadas en los filones de las cordilleras Central y Occidental, en los placeres de los ríos que fluyen hacia el Pacífico el Cauca y el Magdalena, y en la región oriental, cada uno de estos hallazgos determinó las primeras fundaciones, marcaron el territorio, sus jurisdicciones de Justicia y Regimiento, la estructura de la Real Hacienda y sus Cajas Reales³⁹⁸. Este hecho responde a lo que se observa en la actualidad el crecimiento alrededor de los departamentos mineros que fue generando otros aspectos de la vida como el comercio y la agricultura, como lo indican algunos autores³⁹⁹A lo largo de tres siglos coloniales, aunque no de manera lineal ni sin tensiones, el Derecho se movía entre el

³⁹⁶ Ibidem, p.129

³⁹⁷ Ídem.

³⁹⁸ Henao, J., Díaz, S., Arias, J., *Minería y desarrollo, Arias Restrepo, historia y gobierno del territorio minero, Op.cit., p. 212*

³⁹⁹ Ídem.

pluralismo de raíces medievales y el emergente monismo jurídico que acompaña a los Estados modernos⁴⁰⁰.

De esa manera, se fue configurando los reconocimientos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales en el tejido de la historia minera. Y es por ello que “la configuración social de las ciudades y villas del periodo colonial están marcadas por la minería, el acceso a recursos para su explotación y el comercio”⁴⁰¹. No se puede, seguir desconociendo que las características de la minería desde la época colonial hasta la actualidad han dado lugar a dificultades considerables que deben ser tenidas en cuenta en la necesidad del ejercicio administrativo del buen gobierno, en términos de gobernanza, calidad y garantía de derechos.

Además, en la necesidad de engendrar normatividad acorde a las circunstancias no solo geográficas e históricas de las regiones mineras sino sociales y étnicas de los territorios. Debido a que, según HENAO, J., Y DÍAZ, S.⁴⁰², el crecimiento de la actividad exploratoria en los últimos quince años ha estado enmarcado en una permanente tensión entre dos visiones con respecto a la competencia para decidir su procedencia. Así mismo sostienen que por un lado se encuentran quienes dicen que la propiedad de los recursos naturales no renovables radica única y exclusivamente en el Estado y como consecuencia de ello la minería es una actividad de utilidad pública e interés social, y en ese orden de idea solo a la Nación le corresponde su ordenamiento y regulación integral y por otro lado quienes responden a los postulados constitucionales que sugiera sobre la autonomía territorial, definición de los usos del suelo y derecho a la participación comunitaria y ese sentido las condiciones para actividad minera debe depender del ejercicio de las libertades de las comunidades locales⁴⁰³.

Aun con las tensiones existentes, es evidente que se reconoce que las comunidades locales son un actor muy importante que determina el éxito de la actividad minera en los territorios, es por ello la importancia de mantener su participación efectiva en todas

⁴⁰⁰ Ídem.

⁴⁰¹ ídem 214.

⁴⁰² Henao, J., Díaz, S., Arias, J., *Minería y desarrollo, Arias Restrepo, historia y gobierno del territorio minero*, Op.cit., p. 216

⁴⁰³ Ídem.

las etapas del proceso minero, esto lleva a decir que los proyectos mineros debe ser concebidos buscando que las comunidades involucradas se desarrollen adecuadamente, aportando a la construcción de sociedades más educadas, más sanas, más desarrolladas⁴⁰⁴.

Ante lo cual, surge la necesidad de que la minería en el proceso de la consecución de la paz busque superar su modelo empresarial, las formas de exploración y explotación artesanal e incluso, el otorgamiento de licenciamiento sin previa consulta a los habitantes del territorio minero.

Y en ese sentido Romero, H.⁴⁰⁵, hace referencia a la importancia de fortalecer las capacidades de las comunidades para el desarrollo minero en una economía agro-sostenible. Ahora bien, entender que para la economía es de mucho interés que las comunidades sigan en su territorio produciendo riqueza sin que ello implique su desplazamiento por la actividad minera; por el contrario, deben fortalecerse con capacidades y competencias mineras y agroindustriales, y ese sentido se produce una economía sostenible que de alguna forma permita el desarrollo de negocios generadores de riqueza que compensen la extracción del capital natural mineral, garantizando el cierre de minas efectivos para evitarle al país el cubrimiento de pasivos ambientales posminería .

Definitivamente, el negocio minero, en su formalidad e informalidad, en su legalidad e ilegalidad y en su reconocimiento o irrupción, ha sido y será de interés económico, jurídico y político de gran impacto, en las condiciones de seguridad, convivencia y participación ciudadana sin desconocer el impacto ajustado a la temática ecológica, de políticas públicas y de gestión socialmente responsable. Fundamento, no solamente del Desarrollo Sostenible, la prevalencia del bien común y las garantías de Paz estable y duradera sino de la identidad étnica y cultural de las comunidades, la gestión de las Regiones Mineras en la descentralización administrativa, participación ciudadana e inclusión social.

⁴⁰⁴ Ídem.

⁴⁰⁵ Romero, A., (2005). *La industria extractiva en el fortalecimiento de la economía regional*, Memoria Universidad de Antioquia, p.4.

Además, del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales, el control estatal y la dinámica propia de las exploraciones y explotaciones en el otorgamiento de la titularización y licenciamiento en contextos de nuevos escenarios de gobernanza.

Por lo anterior, conmemorar el pasado representa también despertar en la búsqueda del sendero para garantizar un mejor futuro que forje bienestar en las transformaciones logradas. Sin desconocer, que el recorrido sobre la historia y tradición minera en Colombia revela las formas de contratación que históricamente se han venido considerando frente a los distintos modelos que desarrolla el Estado, lo que sirve de referente respecto a procedimientos y protocolos de titularización o autorización y licenciamientos de actividades mineras.

En ese orden de ideas, se configura la tradición minera en la historia de reconocimientos. La minería como actividad económica territorializada se concentra de igual manera no solo en la economía política sino en la naturaleza jurídica de titulares, contratos y licenciamientos.

Por último, se debe considerar la inclusión del tema ambiental minero como eje transversal del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de la paz, estable y duradera, deseada para Colombia. Argumento sensible e incluyente, en el contexto de las metas de desarrollo sostenible, uso adecuado del territorio y democratización de la vida.

Siendo así, la efectividad de las políticas públicas en materia ambiental y minera simboliza una forma de participación política, gobernanza e institucionalidad para la paz en épocas de justicia transicional. La preservación y conservación de los recursos naturales como decisión política mide el impacto del desarrollo rural sostenible, incluyendo la atención de los efectos negativos que han sufrido los ecosistemas naturales y la biodiversidad en el marco de la minería ilegal, la contaminación y las actividades ilícitas en el conflicto armado.

Una sociedad sostenible bajo la protección del medio ambiente como se estableció en los acuerdos de paz: “La nueva visión de una Colombia en paz permita alcanzar una

sociedad sostenible, unida en la diversidad, fundada no sólo en el culto de los derechos humanos sino en la tolerancia mutua, en la protección del medio ambiente, en el respeto a la naturaleza, sus recursos renovables y no renovables y su biodiversidad⁴⁰⁶.

En resumen, el rol del Estado como propietario del recurso minero, resulta ser significativo en la trascendencia de la gestión estatal y la importancia de los planes de desarrollo minero. Es por ello, que la gestión estatal resulta relevante como tema estratégico en el contexto de los reconocimientos normativos y las declaraciones doctrinales y jurisprudenciales. Además, como tema de responsabilidad social y ambiental.

Si bien es cierto, la minería resulta ser un motor para el desarrollo económico y el bienestar social, también es cierto que se enmarca en la insostenibilidad que caracteriza los asuntos de exploración y explotación minera. Sin desconocer, la realidad cotidiana de la explotación y exploración, legal e ilegal, de recursos naturales no renovables.

La presencia de indicadores bajos en términos de calidad de vida por el incremento de violencias, inseguridad y confrontaciones armadas evidencia la urgente necesidad de impulsar los procesos enmarcados en los planes de desarrollo local, desde la capacidad institucional efectiva en términos de gobernanza, garantía de desarrollo sostenible y condiciones sociales dignas, seguras y en paz. Pues bien, en muchos procesos de pacificación, la transición de la guerra a la paz implica un cambio en las lógicas de conflictividad; es pasar de un conflicto armado tradicional a una violencia mucho más delincuencial que hace cuestionar los beneficios del acuerdo de paz.

El problema y el desafío no es solo tener una mirada de oro libre de conflicto armado en Colombia sino una minería libre de influencias criminales⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las Frac, Acuerdo Final, 2016:3-4, Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf (consulta realizada: 20-09-2020)

⁴⁰⁷ Henao, J., Díaz, S., Arias, J., *Minería y desarrollo, Arias Restrepo, historia y gobierno del territorio minero*, Op.cit.,, p. 320

Por último, la fuente primaria de reconocimientos ligados al anterior argumento posibilita un nuevo discurso en el surgimiento de valores relacionados con el reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos como factor que contribuye a las actuaciones responsables en el contexto del deber de debida diligencia del Estado y de instrumentos de planeación que deben materializar la garantía de derechos de ciudadanía.

El auge de la industria extractiva en Colombia ha llevado a que, especialmente en los últimos años, se hayan adelantado diversos estudios por parte de académicos, entidades gubernamentales y grupos de la sociedad civil, alrededor del impacto que generan las actividades minero-energéticas en el país. La gran mayoría de estos estudios, se han centrado en las consecuencias económicas y los incentivos y perjuicios al desarrollo que esa industria forja, así como la evolución del marco jurídico que se ha construido al respecto a nivel nacional. Otros más se han preocupado por comprender los efectos que genera sobre el medio ambiente, sobre las comunidades indígenas, sobre la minería artesanal y sobre su vínculo con el conflicto armado. Solamente en contadas ocasiones dichas investigaciones han tratado de encontrar la relación entre la industria extractiva y las condiciones de vida de la población en las regiones donde se lleva a cabo esa extracción. Sin embargo, existe muy poca literatura en el país sobre la incidencia de las actividades de extracción de recursos naturales en el contexto de seguridad y convivencia ciudadana⁴⁰⁸.

Particularmente, el foco principal de la presente investigación es la intervención que realizan las entidades territoriales en la exploración y explotación de yacimientos mineros teniendo en cuenta el modelo territorial y administrativo del Estado colombiano. El cual, como tema de Derechos Humanos, visibiliza el paisaje cultural que relaciona a las personas con el territorio como obra conjunta de la naturaleza.

Siendo relevante, no sólo la intervención de las entidades territoriales como tema de autonomía y potestad normativa-reglamentaria en el proceso de modernización del Estado, teniendo en cuenta el modelo territorial y administrativo de Colombia como argumento constitucional sino la consulta previa a comunidades que habitan de

⁴⁰⁸ Henao, J., Díaz, S., Arias, J., *Minería y desarrollo, Arias Restrepo, historia y gobierno del territorio minero*, Op.cit.,, p. 380

manera permanente o transitoria el territorio de las regiones mineras en Colombia como derecho que debe ser protegido, atendiendo el mandato constitucional y los compromisos del Estado parte de Colombia en materia de Derechos Humanos (DDHH).

Definitivamente, el ejercicio del poder público en el tejido de la autonomía territorial debe tender hacia un sosegado proceso de acercamiento a la ciudadanía como derecho a la participación e inclusión en la definición de asuntos que les afectan, en el contexto de la modernización de la Administración Pública y bajo la vigencia de la autonomía territorial proclamada en la Constitución de 1991 en Colombia.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de autonomía territorial en el contexto de un Estado unitario en reiteradas ocasiones sosteniendo que según el Artículo 287 de la constitución política de Colombia se sostiene que las entidades territoriales gozan de autonomía, pero en el mismo artículo se deja ver que esa autonomía está ligada a los límites previstos en la constitución y la ley. Dicha autonomía como indica la Corte Constitucional en los derechos que tiene las entidades territoriales “(i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) participar en las rentas nacionales”⁴⁰⁹. Obsérvese que la Corte Constitucional indica la Sentencia C-889 de 2012 que: “la Carta Política se refiere a derechos, como la categoría teórica que agrupa los anteriores ámbitos constitucionalmente protegidos de las entidades territoriales. A partir de esta consideración, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado, tanto que esos derechos son exigibles judicialmente, entre otros mecanismos a través de la acción pública de inconstitucionalidad, como que los mismos conforman el núcleo esencial del grado de autonomía de los entes territoriales, el cual opera como límite a la actividad legislativa referida a la definición concreta de las competencias de esos entes”⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (30 de octubre de 2012) Sentencia C-899/2012 (MP Luis Vargas)

⁴¹⁰Ídem.

De todo lo anteriormente expuesto, se evidencia no solo el contenido sino el alcance de la intervención del Estado en la economía del país, derivada del proceso de consulta por el interés minero que debe ser guiado en la prevalencia del interés general sobre el particular y los derechos de las futuras generaciones, teniendo en cuenta la función pública y la contratación de particulares con el Estado.

De conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, la intervención del Estado encuentra su razón de ser en la distribución de las cargas y la protección ambiental dado que;

“Los minerales se consideran, en general, recursos naturales no renovables, cuya propiedad es atribuida por la Carta Política al Estado (artículo 332 CP) y hacen parte de la riqueza natural de la nación (artículo 8º CP). El artículo 334 de la Carta establece el deber de intervención estatal, entre otros aspectos, para distribuir adecuadamente las cargas y beneficios del desarrollo y proteger el ambiente; el artículo 360 ordena al Congreso de la República definir el régimen de explotación de estos bienes, y el artículo 80 Superior, establece la obligación de planificación ambiental”⁴¹¹.

La intervención del Estado en la economía procedente del interés minero hace referencia especialmente a la participación estatal en el contexto del marco normativo vigente, la planeación de la actividad minera en territorios con riquezas mineras y la entrega de títulos y licencias que respondan a la relevancia de la actividad minera y su impacto social y ambiental. Así también el Estado ha efectuado gestión en la redistribución del ingreso y las riquezas mineras, a través de impuestos, subsidios y la producción relacionada con la exploración y explotación de yacimientos mineros. Lo anterior, atendiendo el rol del Estado como sujeto económico, además de sujeto político y social en el contexto de los reconocimientos de la Constitución ecológica en búsqueda del equilibrio, la estabilidad y el crecimiento de territorios en la relación con el impacto dimensional de la minería.

⁴¹¹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (27 de junio de 2016) Sentencia C-389/2016 (MP María Victoria Calle).

Las políticas públicas destinadas a promover la minería como elemento central de la empleabilidad y a través de los planes de desarrollo gubernativos, reflejan situaciones que requieren de órganos de control y movilización social en la participación ciudadana que cuestiona sus secuelas en el ambiente, la economía y las garantías reales de los derechos reconocidos a la ciudadanía y a las comunidades étnicamente diferenciadas situadas en territorios ancestrales donde se encuentran yacimientos mineros que generan preocupaciones jurídicas, planteamientos económicos y debates políticos⁴¹².

2.4.2. La participación ciudadana en las decisiones sobre explotación minera.

La ley 136 de 1994 en el artículo 33, reconocía a las autoridades locales del derecho a realizar consultas populares sobre asuntos de vital importancia para el futuro de un municipio o del bienestar de la población local, por ejemplo, sobre temas relacionados con el ordenamiento del territorio, uso del suelo u otras actividades económicas. Dicha Ley fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-035 de 2019. Las consultas podrían ser de iniciativa popular o de los respectivos mandatarios locales, y ostentaban un control judicial del tribunal contencioso administrativo competente; entendiéndose aprobadas al superar el umbral del 33 % del censo electoral, decisión que es vinculante para las autoridades. Éstas en materia minero-energéticas a nivel municipal eran posibles en ejercicio del derecho de participación ciudadana.

Aunado a lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia ha señalado que los municipios no sólo tienen competencia sino la obligación de realizar consultas populares cuando el desarrollo de cualquier proyecto amenaza con generar cambios significativos del uso del suelo que den lugar a una transformación de las actividades tradicionales del ente territorial. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante Auto 053 del 2017, al señalar el alcance de las sentencias T-445 del 2016 y C-123 de 2014, afirmó que, ante la imposibilidad de armonizar criterios sobre las actividades mineras, los entes territoriales pueden garantizar la protección del medio ambiente y regular los usos del suelo de su jurisdicción, incluso prohibiendo la explotación.

⁴¹² *Ibidem*.

Siguiendo el planteamiento anterior, el alto el tribunal al referirse acerca de la existencia de límites sobre las materias a decidir en una consulta popular territorial, específicamente lo referido a las competencias constitucionales nacionales sobre el uso del subsuelo y la explotación de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado, concluyó que este mecanismo de participación ciudadana no puede ser utilizado para prohibir actividades de extracción en un determinado municipio o distrito, por lo que la decisión adoptada deja sin validez este mecanismo de participación ciudadana cuando se trate de la prohibición o regulación de la actividad minero-energética en los entes territoriales. Y por tal motivo exhortó al Congreso para que definiera uno o varios mecanismos de participación ciudadana, así como instrumentos de coordinación y concurrencia Nación – Territorio para esta materia.

Dentro de las conclusiones arrojadas por la Corte Constitucional, en miras a unificar criterios jurisprudenciales en torno a las consultas populares, afirmó que la consulta popular no es el mecanismo idóneo ni puede utilizarse para definir la realización de actividades de exploración o explotación del subsuelo por desbordar el marco competencial de los municipios y equivaler a una forma de modificación constitucional⁴¹³.

Por último, cabe resaltar que la decisión de la corte plantea un debate sobre cuál es el espacio que tienen las entidades territoriales para participar en procesos que afecten sus territorios, lo que indudablemente pone de nuevo sobre el tapete la tensión relacionada con el principio de autonomía de los entes territoriales.

2.4.3. Los principios Constitucionales sobre las regalías.

Se puede establecer de acuerdo con el artículo 360 de la Constitución Política de 1991 que la explotación de los recursos naturales no renovables genera para el Estado una *Contraprestación económica a título de regalía y en ese sentido la ley debe determinar las condiciones para esa explotación.*⁴¹⁴

⁴¹³ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (11 de octubre de 2018) Sentencia SU-095/2018 (MP Cristina Pardo)

⁴¹⁴ Véase artículo 360, Constitución Política de 1991.

En síntesis y de acuerdo con el análisis de la Corte Constitucional, el artículo mencionado determina: i) La existencia de una contraprestación económica por la explotación de recursos naturales no renovables; ii) El Estado como beneficiario de dicha contraprestación; y iii) La existencia de un Sistema Nacional de Regalías⁴¹⁵.

Y a su vez, La imagen maestra del concepto regalía, se complementa con algunos apartes del artículo 361 de la Constitución, que establecen elementos que resultan axiales a este concepto, como son: Por un lado en el inciso primero destaca el destino de los dineros de las regalías, que no podrá ser otro que proyectos en beneficio de las entidades territoriales; mientras el inciso segundo destaca el derecho a participar en las regalías que tienen los departamentos, municipios y distritos en que se exploten o por los que se transporten recursos naturales no renovables y El derecho de estas entidades a ejecutar directamente los recursos de las regalías; por último en el párrafo 1 se denota la prohibición de que los dineros que provengan de las regalías ingresen al presupuesto nacional o al sistema general de participaciones.⁴¹⁶

En congruencia con lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-106 de 2013 señaló que a su juicio las reformas introducidas por el Acto Legislativo 05 de 2011 a los artículos 360 y 361 del estatuto constitucional no desvirtúan en nada el núcleo esencial de la descentralización territorial, en la medida en que solamente efectuó ajustes en materia de administración, destinación y control de las regalías, con el fin de desarrollar de manera efectiva los principios y postulados consagrados en la Constitución de 1991, con la participación de los entes territoriales en las regalías y su destinación a actividades relacionadas con el desarrollo regional. Si bien es cierto que el acto legislativo introduce reformas que varían la distribución y destinación de las regalías, también lo es que la premisa de la que parte el demandante no es correcta, puesto que no es exacto que los recursos derivados de las regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables sean de propiedad exclusiva de las entidades territoriales. En este punto destacó que los recursos mineros son del Estado y que en las nuevas reglas establecidas por el constituyente se conservó la

⁴¹⁵ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (6 de diciembre de 2012) Sentencia C-1055/2012 (MP Alexei Julio).

⁴¹⁶ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (6 de diciembre de 2012) Sentencia C-1055/2012 (MP Alexei Julio).

participación de las entidades territoriales en los recursos de las regalías y su destinación a fines de orden regional, así como advirtió, que las regalías no son la única fuente de recursos de que disponen los entes locales, de manera que la afectación que se produce en estos ingresos no resulta desproporcionada⁴¹⁷.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y la Ley 1530 de 2012 la cual regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías, los recursos de dicho sistema sólo se podrán destinar al financiamiento de las funciones y los órganos encargados de la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; el funcionamiento del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación; el funcionamiento del Sistema General de Regalías; a la distribución entre los fondos y beneficiarios previamente definidos por la Constitución y la ley; y a las asignaciones para las entidades receptoras de asignaciones directas.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (6 de marzo de 2013) Sentencia C-106/2013 (MP Alexei Julio).

⁴¹⁸ Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx> (Consulta 01-02-2020)

CAPÍTULO III - LA NORMATIVA DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL SOBRE MINERÍA Y SUS FRICCIONES CON EL MARCO CONSTITUCIONAL.

3.1. La distribución de competencias entre el Estado y los entes descentralizados para la explotación de los recursos mineros.

Si bien es cierto, que Colombia está organizada sobre la base unitaria de la centralización del poder político y la descentralización administrativa. También, es cierto que sus entidades territoriales poseen la capacidad de decidir en el ejercicio de sus funciones, competencias y la administración de sus recursos.

La filosofía del nuevo ordenamiento territorial colombiano se basa en cinco grandes principios, tal como lo enuncia Mendoza⁴¹⁹, esto es: por un lado se encuentra la autonomía de las entidades territoriales; de otro lado un factor tan determinante como lo es la profundización de la descentralización; en un tercer lugar se encuentra el fortalecimiento económico de los entes territoriales; un cuarto factor es el Municipio como eje fundamental del Estado; y por último se refleja el desarrollo de la democracia participativa. Siendo así, resulta relevante mencionar que la articulación de la ciudadanía con el territorio en el proceso de planificación y ordenamiento es vital no solo para identificar niveles de participación, descentralización y autonomía sino para apoyar la sostenibilidad productiva e incluso ambiental. Promoviendo, la participación social, el desarrollo regional y la intervención apropiada.

De igual manera, en el Estado unitario de Colombia las funciones políticas existen centralizadas, mientras que las administrativas descentralizadas, organizadas en entes territoriales y representados en la persona pública de la Nación. Es decir, la comunidad, la organización territorial y el sujeto político en el que reside la soberanía del Estado. Ello se encuentra muy ligado a los preceptos del poder político y su aceptación sirve entonces para determinar el poder de mando en última instancia, en una organización política, la soberanía es entonces el máximo poder político⁴²⁰.

⁴¹⁹ Mendoza, A., (1992). *Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991*, 1º Edición, Ediciones Doctrina y Ley, p. 40.

⁴²⁰ Araujo, J., (1996). *Teoría de la Constitución*, 1ª Ed, Editorial Eco Ediciones, p.11.

La Corte Constitucional señaló la naturaleza del Estado unitario, cuando dispuso que este presupone la centralización política y agrega también características y principio cuando establece que de: “Del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad”⁴²¹.

En Colombia la soberanía reside en el pueblo, por lo cual, el Estado promueve la democracia, la participación de la ciudadanía y la igualdad jurídica ante la Ley, así mismo está organizada en una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, ahora bien esa división territorial del Estado tiene unas razones como lo indica RODRÍGUEZ, L.⁴²², que la división territorial del estado se basa en dos grandes razones, por un lado un hecho práctico y es que es imposible resolver todos los temas del territorio desde el centro del Estado y en ese sentido más se aplica en territorios como los Estados Unidos, Brasil, Colombia o Rusia; y de otro lado un hecho político, que se relaciona con la existencia de necesidades locales de la población que habita en diferentes puntos del territorio, y que ejerce presión para que se resuelvan dichos requerimientos.

Ahora bien, Colombia como Estado Social de Derecho, democrático, participativo, laico e incluyente cuenta con una Constitución ecológica en la garantía del Derecho al disfrute de un ambiente sano. Se trata de un derecho de rango constitucional del que es titular la comunidad en cuanto representa una colectividad. Así, la Corte Constitucional señala que la constitución ecológica tiene en nuestro ordenamiento colombiano una triple dimensión, en primer lugar la dimensión medio ambiental, siendo este un principio que irradia todo el ordenamiento jurídico y una obligación del Estado Colombiano de proteger los recursos y las riquezas de la Nación; en un segundo lugar se encuentra el derecho que tiene todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales y

⁴²¹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (5 de junio de 2001) Sentencia C-579/2001 (MP Eduardo Montealegre).

⁴²² Rodríguez, L., (2009). *Estructura del poder público en Colombia*, Editorial Temis, p. 13.

por último de esta constitución ecológica se deriva un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares⁴²³.

Asimismo, el Estado otorga reconocimiento a las actividades humanas, libres, lícitas y remuneradas, al amparo de la vida, libre de violencias, al desarrollo sostenible, el bienestar y conservación del ecosistema, la salvaguardia de las riquezas naturales en la protección a la biodiversidad y las generaciones futuras. Derechos con relevancia jurídica donde incluso la propiedad tiene función ecológica como respuesta legislativa encaminada a impedir el uso indiscriminado de los bienes, garantizando el entorno habitable para vivir en dignidad.

“La ecologización de la propiedad es producto de la evolución del concepto de Estado, de un parámetro puramente individual (liberal clásico) a un mandato que supera -inclusive- el sentido social de la misma para, en su lugar, formular como meta la preservación de las generaciones futuras, garantizando el entorno en el que podrán vivir”⁴²⁴.

De ahí, la importancia no solo de la codificación de un sistema normativo sensible y protector en la garantía del disfrute, protección y aprovechamiento de la fauna y la flora e incluso la formalización de la minería, atendiendo el carácter vital de los recursos naturales para la existencia y preservación de la especie. Sino de la necesidad de transformación en las potestades del Estado e influencia de los particulares para su defensa y conservación.

Definitivamente, las instancias intermedias entre el nivel central y local resultan ser los entes territoriales en la división uniforme que los hace responsables de su planificación. Característica, de la descentralización política, como base de la autonomía local de municipios, departamentos y regiones.

⁴²³ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (25 de septiembre de 2007) Sentencia T-760/20107 (MP Clara Vargas).

⁴²⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (25 de septiembre de 2007) Sentencia T-760/20107 (MP Clara Vargas).

Atendiendo al contexto y a la necesidad de dar respuesta al desarrollo económico y social, los Departamentos pueden trabajar de manera articulada, conformando regiones administrativas y de planeación, que tendrán personería jurídica, autonomía y propio patrimonio. Esta modificación o variación de dichas regiones en entidades territoriales diferentes y superiores, con propia organización administrativa, recursos, participación en los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías, se hará de conformidad con la Ley Orgánica respectiva⁴²⁵.

Por ende, las regiones resultan ser también beneficiadas al recibir a través del Sistema General de Regalías (SGR) recursos no solo para mejorar la competitividad de la economía sino para promover el desarrollo social, económico, ambiental e institucional de las Entidades territoriales. Cómo fue asegurado; “Departamentos y municipios del país reciben regalías por \$14,5 billones para consolidar el desarrollo en la región”⁴²⁶

Como resultado dentro de ese proceso de desarrollo en la región debe considerarse la función no solo social de la propiedad sino ecológica en la idea del desarrollo sostenible. Es decir, perdurable en el tiempo, el entorno y los territorios hacia el futuro común de las generaciones. Se define “el desarrollo sostenible como la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁴²⁷.

Así pues, el desarrollo sostenible resulta ser una propuesta de corte humanista en el contexto del desarrollo socioeconómico. Además, constituye una meta mundial en los objetivos de desarrollo sostenible que anhelan transformar la vida del futuro en el planeta como casa común y en la idea compartida que conforma la agenda mundial de colaboración internacional sensible, creativa y renovada⁴²⁸.

⁴²⁵ Mendoza, A., *Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991*, Op.cit. p. 40.

⁴²⁶ Ministerio de Hacienda y Crédito Público, República de Colombia, Boletín No. 226, 2016, Recuperada en: http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-061640%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

⁴²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, Disponible en: <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml> (Consulta 28-09-2020)

⁴²⁸ Idem.

Sin desconocer, las metas locales que se integran en la propuesta del Índice de Progreso Social (IPS) en la capacidad para medir la satisfacción de necesidades humanas, sociales y ambientales básicas para mejorar la calidad de vida, crear mejores condiciones y resultados⁴²⁹.

En este aspecto revisaremos varios factores determinantes para en la competencia a) centralización del poder político; b) Descentralización Administrativa y c) La autonomía local bajo la concepción de la competencia.

a) Centralización del poder Político.

El Principio constitucional de centralización del poder político representa que las funciones del Estado están centralizadas en el orden nacional, emanando toda actividad pública del nivel central, incluyendo el privilegio de la creación normativa, el ejercicio de funciones judiciales y las reformas constitucionales. Así las cosas, “El poder, en este tipo de Estado, es uno en su estructura jurídica, presenta una sola división de poderes sobre una población global y sobre los mismos límites territoriales”⁴³⁰.

Siendo así, resulta evidente que la centralización del poder político es una tendencia en la autoridad unitaria que ejerce la potestad del poder de decisión, sin delegación, en el desempeño administrativo y en la estructura organizacional de forma piramidal.

Hablando desde el concepto del Estado Unitario, en este caso desde el punto de vista de Colombia, en la que, si bien existen unas separaciones de poderes y sus ramas del poder público, es evidente la preeminencia de la Rama Ejecutiva o administrativa, dado que a través de esta se diseñan, implementan y controlan las acciones orientadas a cumplir con los fines esenciales del Estado. En ese sentido el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, define que: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales”⁴³¹. Es así como la definimos siendo esta

⁴²⁹ Ídem.

⁴³⁰ Suelt, V., (1972) *La organización territorial colombiana frente a la tendencia contemporánea de configuración federal*, en Marcel Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, p. 48.

⁴³¹ Departamento Nacional de Planeación, *Elementos básicos sobre el Estado colombiano*, Bogotá, 2010. Disponible:<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Guia%20Elementos%20Basicos%20Estado.pdf> (Consulta: 29-09-2020)

un conjunto de tareas desempeñadas por las autoridades, y por particulares que cumplen funciones públicas para el Estado, que hacen parte de la Rama Ejecutiva o administrativa del Poder Público, y que, de acuerdo con la Constitución, esta se desarrolla mediante las siguientes herramientas: desconcentración, delegación y descentralización⁴³².

En definitiva, el poder político simboliza en su análisis jurídico el control que se ejerce para limitarlo a través de la organización e institucionalización del Estado, de la legitimación del uso de la fuerza y de la aplicación de la normatividad legal. Toda vez que “el poder es la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena”⁴³³.

Respecto al Estado, el poder es uno de sus elementos fundamentales junto al territorio y la población. Por ello, articulado al poder político evidencia la autoridad legítima del poder soberano en la centralización registrada constitucionalmente.

El Estado unitario obedece a un solo poder central que establece límites territoriales, estructura unificada y controles legítimos en el contexto de la democracia. la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido en numerosas oportunidades del principio de Estado unitario la Corte ha explicado que comprende la forma de organización bajo un solo “centro de impulsión política”. Es decir, donde “la soberanía se ejerce directa y continuamente sobre todo el conglomerado social asentado sobre un mismo territorio. De esta suerte, la totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, que es la persona jurídica de derecho público suprema, el Estado⁴³⁴.

En ese sentido, respecto a Colombia la concentración de poder político a nivel nacional referencia la tradición del carácter unitario del Estado en la estrategia del diseño institucional. Diseño, que en función del grado de concentración de poder se ha asociado desde la reapertura democrática en adelante a una mayor participación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Priorizando, la preocupación colectiva por

⁴³² Ídem

⁴³³ Weber, M., (1964). *Economía y Sociedad*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, p.696.

⁴³⁴ Véase Corte Constitucional, sentencia C – 937 del 2010.

las condiciones de vida en una mayor representación e incorporación de la gobernabilidad al sistema político como paradigma. Los paradigmas de gobernabilidad son “el conjunto de respuestas institucionalizadas (ideas, valores, normas, prácticas) que una comunidad política sustenta en aras de resolver (y aceptar) ciertas soluciones a sus problemas de gobierno”⁴³⁵.

Lo anteriormente esbozado, conduce a la necesidad de abordar la dimensión del diseño institucional, en particular, para la consecución de recursos fiscales en las relaciones entre Estado, mercado y sociedad. Tres dimensiones, que en un Estado articulado a una forma de gobierno y administración colaboran con el mercado y la toma de decisiones en los procesos de políticas públicas.

Desde el estudio de la gobernabilidad, la cual debe ser entendida como “un estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad del sistema político (estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz”⁴³⁶; el régimen conduce al abordaje de la dimensión del diseño institucional, en particular, el régimen centralización del poder político y descentralización administrativo.

b) Descentralización Administrativa.

El Principio constitucional de descentralización administrativa simboliza el ejercicio compartido de la función administradora del Estado con las entidades territoriales en el reconocimiento de su autonomía, en el ejercicio de sus funciones administrativas y en la transferencia del poder concentrado. Es decir, el poder político se asigna en una escala de superior a inferior en la transmisión de competencias, funciones y recursos.

Los Departamentos, Distritos y Municipios, que son los que conforman la estructura del Estado desde todos sus niveles, enmarcado en la Constitución y las leyes, tienen la facultad de: gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan⁴³⁷.

⁴³⁵ Camou, A., (2001). *Los desafíos de la Gobernabilidad. (Estudio preliminar y compilación)*, Plaza y Valdés, S.A., p., 11.

⁴³⁶ *Ibíd*em, p.36

⁴³⁷ Departamento Nacional de Planeación, Elementos básicos sobre el Estado colombiano, Op. cit.

Lo anterior, permite conocer el proceso que engrandece a las entidades territoriales en las oportunidades que fortalecen no solo el gobierno de su autonomía territorial sino el tejido de la toma de decisiones, en nombre propio de las mismas y bajo su propia responsabilidad.

Sin olvidar, los talentos políticos que empoderan economías y que posibilitan la creación de regiones en las alianzas pactadas de intereses propios que refuerzan su estructura territorial y se insertan en el ejecutivo bajo la subordinación de normas gubernamentales. Incluyendo, las competencias para regular el uso del suelo y garantizar la protección ambiental tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, en el contexto de las políticas de la actividad minera, el derecho de las generaciones presentes y futuras a la justicia social, el desarrollo y la participación en las decisiones que le afectan⁴³⁸.

c) Autonomía Local.

La Constitución Política de 1991 recetó de nuevo el modelo de Estado Centralista, unitario y con autonomía local, fortaleciendo sus entes territoriales no solo en lo político sino en lo administrativo y hasta financiero, de acuerdo con sus intereses y necesidades.

De igual manera, estableció límites específicamente señalados y competencias normativas en la distribución del poder y en la participación autónoma en el predominio de lo unitario. El artículo 339 de la Constitución Política, prevé para las entidades territoriales elaborar como carta programática y de manera concertada con el sector central, un plan de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley⁴³⁹.

En ese orden de ideas, la autonomía de los entes territoriales simboliza la calidad creada jurídicamente de protección constitucional en la inclusión de derechos de ciudadanía. Reconociendo, la calidad de los entes territoriales como sujetos de derechos en la garantía institucional de acceso a la justicia para la defensa de la

⁴³⁸ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (25 de agosto de 2016) Sentencia T-455/2016 (MP Alejandro Linares).

⁴³⁹ González, Y., (2012). *Garantías constitucionales de la autonomía territorial en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/6362/1/699793.2012.pdf>

autonomía local. Sin desconocer, que: “La Corte Constitucional desde sus primeras sentencias utilizó la expresión garantía institucional para referirse a la autonomía que la Constitución les otorgó a las entidades territoriales”⁴⁴⁰.

Por ende, la autonomía encarna independencia en la fisonomía soberana de los entes territoriales, implicando mayor libertad para elegir sus propias autoridades, generar recursos económicos, contar con mayores competencias normativas y estatutarias, realizar los fines esenciales del Estado en su naturaleza unitaria con mixtura federalista, “Esta forma mixta entre Estado Unitario y Estado Federalista inaugurada a partir de la Constitución de 1991, bien se puede catalogar de federalismo moderno, porque implica caracterizaciones de uno y otro Estado”⁴⁴¹.

Asimismo, lo afirma la Corte Constitucional en el análisis conceptual de los términos de autonomía y descentralización que coexisten en la estructura del Estado Unitario, ya puede darse en un estado unitario cierta descentralización como lo deja ver la corte Constitucional en la sentencia C-1557 de 1992:

“En el Estado unitario típico puede darse una descentralización entendida como un cierto grado de libertad para el manejo de algunas actividades a nivel predominantemente administrativo en tanto que en el estado federal la descentralización alcanza un grado tal que no solo trasciende los niveles administrativo y legislativo sino que también, como antes se dijo, al corazón mismo del nivel constitucional (se refiere a los titulares de la potestad de auto organización constitucional y la expedición de su propio ordenamiento constitucional)”⁴⁴²

En ese sentido, el Estado esencialmente unitario habla de autonomía funcional, en la particularidad organizacional reservada a la centralidad, teniendo en cuenta que consagra elementos determinados de su independencia. No existiendo, la posibilidad gradual que se federaliza, pues es lo uno o lo otro en la dicotomía de sus características.

⁴⁴⁰ Ídem

⁴⁴¹ SÁCHICA, L., *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, Ed. Temis, 10ª ed., Santacruz Galeano, p. 188.

⁴⁴² Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (15 de septiembre de 1992) Sentencia T-517/1992 (MP Ciro Angarita).

Lo anterior, no desconoce la existencia de un Estado Autonomico. Ante lo cual, surge el siguiente interrogante: ¿En Colombia podría considerarse la existencia de un Estado Autonomico? La antepuesta incognita es planteada considerando las posturas señaladas anteriormente del tratadista SÁCHICA y de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta la existencia del Estado unitario con elementos de Estado federalista. Para darle solución es menester profundizar en lo que se tiene y en lo que hace falta para que Colombia se constituya en Estado Autonomico en el cambio de paradigma ratificado por la Constitución Política de 1991, respecto a la transición de Centralización Política y Descentralización Administrativa a la Descentralización Administrativa y Política.

Dicha traslación de actividades y funciones, en el cumplimiento de gestiones y competencias de tipo administrativo se presenta tanto en la rama ejecutiva del poder público como en cualquiera de las tres ramas del poder público. El artículo 286 de la Constitución de 1991, ratificó el fenómeno de la descentralización administrativa en sus formas evolutivas y aplicaciones en los entes territoriales, profundizando en la regulación de la descentralización y constitucionalizado un rasgo característico del Estado Unitario como elemento de identificación impregnada a las entidades territoriales en tratándose de departamentos, distritos, territorios indígenas o municipios.

También constitucionalización la descentralización como una característica esencial, pero no exclusiva de la rama ejecutiva del poder público, dejando ver la descentralización junto a la delegación (Artículo 211, Constitución 1991), reglamentado por la Ley 136 de 1994, Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios; y la 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 atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Lo que, constituyen formas de cumplir con la función administrativa, desarrollada por las autoridades, entidades y organismos del Estado, al servicio de los intereses generales y en búsqueda del desarrollo con fundamento en los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta Política, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Además, en la Constitución Política de 1991 Colombia, se establece que Colombia se erige como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. Lo anterior permite divisar una curiosa mixtura de Estado Unitario con caracterizaciones de Estado Autónomico y Estado Región con autonomía regional a nivel normativo, político, administrativo y tributario.

En efecto, la variedad de los artículos del Título XI de la Constitución Política de 1991, respecto a la Organización Territorial dejan ver el significado de la autonomía en la gestión de sus intereses, y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley. En ese sentido como se indicó el artículo 286 de la constitución establece que son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.⁴⁴³

En ese mismo sentido en el artículo 287 de la Constitución Política de Colombia, estable indica que las entidades territoriales gozan de autonomía en cuanto a la gestión de sus interés propios, teniendo de presente ese límite constitucional y el orden legal y en ese sentido tiene los siguientes derechos en primer lugar Gobernarse por autoridades propias, en un segundo aspectos ejercer las competencias que les correspondan, como tercer ítem administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y por último participar en las rentas nacionales⁴⁴⁴.

Ahora bien, el artículo 288 de la Constitución Política refiere que la ley orgánica de ordenamiento territorial establece las competencia y distribución que debe existir entre

⁴⁴³ Véase artículo 286, Constitución política

⁴⁴⁴Ídem.

la nación y las entidades territoriales y oriente en los principios que se debe tener en cuenta en la distribución de las competencias atribuidas a los entes territoriales entre ellos señala el principio de coordinación, concurrencia y subsidiariedad teniendo de presente lo que se indica en la ley⁴⁴⁵.

Ahora bien, el concepto de descentralización fue desarrollado por la Corte Constitucional, entre otras y se advierte que la descentralización “se refiere al contenido material, a las competencias y recursos asignados por la Constitución y la ley a los entes territoriales”⁴⁴⁶.

Por otro lado, la descentralización “apareja la existencia de la centralización y se concibe como el conjunto de relaciones bilaterales y dinámicas de carácter político, jurídico, económico, administrativo o técnico entre el órgano central y sus entidades descentralizadas”⁴⁴⁷.

En ese sentido, se hace necesario evidenciar otros avances normativos que han fortalecido la autonomía de los entes territoriales. En primer lugar, en el ámbito municipal, la descentralización administrativa territorial por servicios y en colaboración con los diferentes sectores e intereses de la colectividad o comunidad regulada por medio de la Ley 136 de 1994⁴⁴⁸. De manera complementaria, se reguló la descentralización administrativa municipal en perímetros tributarios, financieros y presupuestales a través de la Ley 14 de 1983, por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones; y Ley 12 de 1986, por la cual se dictan normas sobre la Cesión de Impuesto a las Ventas o Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.).

De igual manera, se reformó el Decreto 232 de 1983⁴⁴⁹ por el cual se redistribuye la participación en el Impuesto a las Ventas y se dictan otras disposiciones. La

⁴⁴⁵ Véase artículo 288 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁴⁶ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (20 de noviembre de 2001) Sentencia C-1258/2001 (MP Jaime Córdoba).

⁴⁴⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (31 de octubre de 2001) Sentencia C-1146/2001 (MP Manuel Cepeda).

⁴⁴⁸ Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios -Estatuto del Régimen Municipal, Diario oficial No. 41.377 de 2 de junio de 1994.

⁴⁴⁹ Véase Decreto 232 de 1983, Diario oficial: No. 36187, de 7 de febrero de 1983.

distribución de recursos y competencias de la Nación a las Entidades Territoriales, incluyendo los municipios se requiere para atender la inversión social en salud y educación como lo instaura los artículos 356 y 357 de la Constitución⁴⁵⁰, reglamentada en forma pormenorizada en la Ley Orgánica 60 de 1993, por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Ahora bien, la mencionada Ley se encuentra parcialmente reformada por la Ley 715 de 2001, Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, reglamentaria de los recursos económicos y financieros de las Entidades Territoriales transferidos, trasladados o generados entre el Estado y aquellos; así como también en la regulación de competencias entre unos y otros en materia educativa, salud e inversión social ampliada. Todo ello, en virtud de la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2001.

Lo anterior, demuestra la evolución que ha dado pie a la descentralización administrativa evidenciando la legitimidad del poder municipal de autoridades individuales y colectivas; la elección popular de funcionarios locales y la elección mediante voto popular de alcaldes municipales. La importancia que denota la constitución política de 1991 que ratifica la elección mediante el sufragio universal del alcaldes y gobernados de acuerdo a lo establecido en el Artículo 311 de la Constitución de 1991 y de igual manera, constitucionalización la elección popular del Gobernador como se encuentra establecido en el Artículo 303 de la citada norma⁴⁵¹.

Ahora bien, esta legitimación dada por el voto al presidente y el Congreso de la República fue nivelada en un para órganos colegiados en los municipios y departamentos con el voto popular, y de igual forma a las autoridades individuales,

⁴⁵⁰Véase artículo 356 y 357, Constitución política de Colombia.

⁴⁵¹Riascos, L., (2010). "COLOMBIA: "¿UN ESTADO AUTONÓMICO?, ¿AUTONOMÍA UNIVERSITARIA?", *Revista electrónica de derecho público mínimo*, p.3. Disponible en http://derechopublico.udenar.edu.co/Autonomia_Universitaria.pdf

esto es, alcalde y Gobernador; Sin desconocer, que la elección nacional, regional y local de autoridades significó la ruptura política que permanecía centralizado hasta el año 1986 para alcaldes y 1991 para Gobernadores⁴⁵².

Según RIASCOS, L.⁴⁵³, esto representó un rompimiento de obediencia, subordinación o superioridad jerárquica, respecto a las relaciones de vinculación jerárquica entre el presidente de la República y Gobernadores, alcaldes Distritales (Capital, Especiales) y Municipales. Esta independencia entonces produjo para el autor la recuperación de la credibilidad del pueblo en sus propios dirigentes locales, que de alguna forma se había ido perdiendo por el hecho de solo elegir para presidencia y Senado que aun siendo elegidos por provincia para el pueblo no representaban los intereses o derechos de la comunidad municipal.

En consecuencia, a partir de la Constitución de 1991 como indica RIASCOS, L.⁴⁵⁴, se potencializa el paradigma de la descentralización administrativa y se ingresó con solidez en la descentralización política y electiva de autoridades departamentales, distritales y municipales. Ante lo cual, cabe el siguiente cuestionamiento; ¿Qué sostiene la Constitución sobre la Autonomía Regional y Local en Colombia? A manera de respuesta, se puede decir que el artículo 287 de la Constitución de 1991, en concordancia con el Artículo 1º, estructura en forma indiscutible la autonomía política desarrollada. Sin embargo, se trata de una autonomía restringida en el ámbito administrativo y en el recaudo y participación tributaria y una autonomía ambigua de ejercicio de competencias transferidas, delegadas o generadas en la propia entidad territorial⁴⁵⁵.

Si bien es cierto, que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. También es cierto, que en virtud de ello, tendrán los siguientes derechos: Gobernarse por autoridades propias; Ejercer las competencias que les correspondan; Administrar los recursos y

⁴⁵² Ídem, p.5

⁴⁵³ Ídem, p. 7

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 7.

⁴⁵⁵ ídem.

establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y, Participar en las rentas nacionales⁴⁵⁶.

Igualmente, la Constitución Política de 1991, estipula una especie de autonomía institucional del Estado en instituciones como las de la educación superior, dotando a las universidades públicas de naturaleza jurídica con lo que se conoce como autonomía universitaria⁴⁵⁷, entre otras dadas por la constitución, en similares términos al Artículo 287, al sostener la autonomía de los entes territoriales. Por consiguiente, se puede afirmar que, en Colombia, la autonomía es reglada porque se autolimita, teniendo en cuenta lo estipulado por el ordenamiento jurídico vigente respecto a los derechos de la ciudadanía⁴⁵⁸.

En ese orden de ideas, se deja claridad sobre la autonomía local de los Entes Territoriales, atendiendo que el Principio de Autonomía implica los derechos y competencias que deben ser protegidos de toda interferencia sea nacional o de cualquier orden o tipo. Así mismo, implica la libertad que se tiene no solo para la elaboración de los planes de desarrollo sino también para participar en la formulación del Plan Nacional, lo que representa la verdadera gobernanza en la materialización de la descentralización administrativa, es por ello que Corte hace unas aclaraciones en cuanto al principio de la autonomía como su coexistencia con la descentralización:

“Existe una correlación entre autonomía y descentralización, de manera que todo órgano autónomo es también descentralizado, empero no todo órgano descentralizado es autónomo. La autonomía de las entidades territoriales hace referencia entonces a la libertad que les es otorgada para ejercer las funciones que les son asignadas en virtud de la descentralización, de modo que tienen un alto grado de independencia en la administración y manejo de sus intereses”⁴⁵⁹.

Esa correlación, da fe de que la descentralización significa el ejercicio administrativo de seguridad jurídica en la descongestión del poder público. En ese sentido la

⁴⁵⁶ Ibídem, p. 7.

⁴⁵⁷ ídem.

⁴⁵⁸ Ídem

⁴⁵⁹Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (31 de octubre de 2001) Sentencia C-1146/2001 (MP Manuel Cepeda).

descentralización tiene un contenido material que data de lo establecido por la constitución y la ley, así pues, el contenido del principio de autonomía limita la gestión de los entes territoriales, para que ejecuten las funciones de planeación, organización y ejecución de sus actividades propias en pro del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Por último, es menester destacar la posición de la Corte Constitucional frente al principio constitucional de autonomía territorial dado que, en uno de sus más recientes pronunciamientos sobre el tópico, esta entidad hizo énfasis en que la Carta Política de 1991, contempla una forma de Estado que se construye sobre el principio unitario, pero garantizando de igual manera, cierta autonomía para las entidades territoriales como se observa a continuación:

“Dentro de ese esquema, la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales es algo que el ordenamiento superior ha confiado al legislador, para lo cual se le han establecido un conjunto de reglas mínimas orientadas a asegurar una articulación entre la protección debida a la autonomía territorial y el principio unitario, reglas que en ocasiones otorgan primacía al nivel central, al paso que en otras impulsan la gestión autónoma de las entidades territoriales”⁴⁶⁰

En ese sentido orienta la Corte respecto del principio de autonomía lo siguiente:

“por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última”⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (4 de febrero 2014) Sentencia C-072/2014 (MP Alberto Rojas).

⁴⁶¹ Ídem.

3.2. Régimen sobre la explotación minera en Colombia

Durante las últimas décadas, la minería venía en crecimiento desordenado debido al incumplimiento de la Ley 685 de 2001, al igual que la ley ambiental y de ordenamiento territorial, que se constituyó en factor determinante para el otorgamiento indiscriminado de títulos mineros que según⁴⁶², la mayoría de éstos o cumplen con los requisitos mínimos en materia de regulación ambiental; lo que incrementó en gran manera las solicitudes en trámite ante los escasos requisitos exigidos para adjudicación de títulos así, como para la propuesta, derecho de preferencia en la solicitud, no habiendo límite de solicitudes por persona natural o jurídica, ni requisito de un mínimo para el área solicitada, se prestó para asignar franjas muy pequeñas que son utilizadas para especulación.

De allí, que para el 2011 se registraban 114 títulos de menos de 0.5 hectáreas, superficie inviable para explorar que se convierte en obstáculo para otros proyectos. Al evidenciarse esta tendencia, el Ministerio de Minas solicitó la investigación de casos como la solicitud de casi 500 títulos por dos personas; una de ellas tenía 274 solicitudes y era titular de 11 contratos vigentes⁴⁶³. El gobierno se vio obligado a suspender la recepción de solicitudes en febrero de 2011 hasta no dar trámite a la gran cantidad que tenían en cola. A mayo de 2013 se había evacuado el 58% de las solicitudes con la adjudicación de contratos a tan sólo el 8.5%. No obstante, sin haber terminado esta labor, en julio se reabrió la ventanilla para nuevas solicitudes, y en medio día se recibieron 2 mil de las 3.800 habilitadas para esta primera ola, lo que muy probablemente volverá a desencadenar la crisis⁴⁶⁴.

Como era de esperarse, esa facilidad de requisitos también afectó a los grupos étnicos. Visibilizando la violación de los derechos de las comunidades mineras tradicionales pues áreas de reserva especial para estas comunidades en los municipios de La Uvita y Jericó (Boyacá) fueron entregadas a particulares. Además, en 2011 se habían expedido 168 títulos en resguardos indígenas y 236 títulos en

⁴⁶² Ronderos, T., (2011). *La fiebre minera se apoderó de Colombia*, Centro de Investigaciones periodísticas. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2011/09/05/la-fiebre-minera-se-apodero-de-colombia/>

⁴⁶³ “Caos en titulación minera denunció ministro de minas”, 30 mayo, 2011. Disponible en: <http://www.portafolio.co/economia/caos-titulacion-minera-denuncio-ministro-rodado>.

⁴⁶⁴ Chacón, J. “Vendrá un nuevo represamiento de títulos mineros”, El Espectador.com, Economía, 2 Julio, 2013. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/articulo-431304-vendra-nuevo-represamiento-de-titulos-mineros>

territorios de afrocolombianos, asignados sin haber realizado el proceso de la consulta previa⁴⁶⁵.

Igualmente, según Fierro, las reglas para el pago del canon superficiario que inicialmente se hicieron para favorecer a los pequeños mineros, resultaron en el fraccionamiento de grandes extensiones del territorio en varios contratos de concesión para cancelar menos dinero. A 2010 la Anglo Gold Ashanti tenía 125 títulos en áreas menores de 2 mil has (es decir el 73% del total de sus títulos); 29 títulos en áreas entre 2 mil y 5 mil has (14%); 21 títulos en áreas entre 5 mil y 10 mil has (10%) y tan sólo 6 títulos en áreas superiores a las 10 mil has (3%). Esta medida ha sido un obstáculo para los pequeños mineros, en especial los consejos comunitarios, que no disponen del dinero para este pago, lo que afecta su intención de legalizarse⁴⁶⁶.

Ante todos estos elementos, y teniendo en cuenta que, en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto el subsuelo como los minerales, es decir, los recursos naturales no renovables que yacen, sea en el suelo, sea en el subsuelo, constituyen, por regla general, una manifestación del patrimonio público. En principio, tal proximidad conceptual sugiere que el régimen aplicable a estas categorías jurídicas es el mismo, vale decir, en tanto bienes públicos en sentido jurídico⁴⁶⁷, parecería plausible colegir que la gestión, custodia y aprovechamiento del subsuelo y de los minerales son atribuciones predominantemente estatales y que, por tanto, tales bienes están regidos por las mismas reglas de juego⁴⁶⁸. No obstante, las connotaciones económicas singulares del subsuelo, por un lado, y de los minerales, por el otro, han conducido a la construcción de regímenes especiales para cada uno de ellos⁴⁶⁹.

Por otra parte, La Constitución Política de 1991, fiel a una larga tradición, establece que, tanto el subsuelo como los recursos naturales no renovables son bienes

⁴⁶⁵ Comisión Colombiana de Juristas, 2011 citado por PBI Colombia, *Minería en Colombia ¿A qué precio?* (boletín N° 18). Recuperado de http://www.pbicolombia.org/fileadmin/user_files/projects/colombia/files/colomPBIa/111122_boletin_final_web.pdf 2011.

⁴⁶⁶ Fierro, J., (2012) *Políticas mineras en Colombia*”, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos – ILSA, Digiprint Editores EU.

⁴⁶⁷ Pimiento, J., (2015) *Derecho Administrativo de Bienes –Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia.

⁴⁶⁸ Hernández, L., (2013) “Génesis del Sistema General de Regalías (Primera parte)”, *Letras Jurídicas*, Vol. 18, No. 1.

⁴⁶⁹ Sarria, E., (1960) *Derecho de Minas –Régimen jurídico del subsuelo*, 2ª ed, Temis.

integrantes del patrimonio público⁴⁷⁰. Desde el capítulo 4 del Título III superior se deja en claro que el subsuelo es parte esencial del territorio⁴⁷¹ y que, por tanto, pertenece a la Nación⁴⁷². A renglón seguido, para que no se alberguen dudas, el Título xii constitucional, relativo al régimen económico y de la hacienda pública, principia señalando que, salvo excepcionalísimos derechos adquiridos perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes, “el Estado es propietario”⁴⁷³ tanto del subsuelo como de los recursos naturales no renovables.

De lo dicho se deduce que, en general, tanto el subsuelo como los minerales pertenecen al Estado, vale decir, la Nación, como persona jurídica de Derecho público⁴⁷⁴, por mandato constitucional, se reserva la propiedad de dichos bienes. Tal conclusión, sin embargo, no cierra la discusión en torno al alcance del derecho de propiedad que el Estado ejerce sobre el subsuelo y sus riquezas minerales. El régimen jurídico de las minas ha sido paralelo a las diferentes concepciones políticas y al propio desarrollo económico y social. Sin embargo, la importancia de la riqueza del subsuelo ha resistido revoluciones y cambios de sistemas. Probablemente estemos en presencia de una de las pocas parcelas donde el poder –más aún que la forma legitimada de este: el Estado– no ha sucumbido a tener constantemente su propia intervención frente a los teóricos derechos de los particulares y el más enfatizado y discutido de ellos: el derecho de propiedad”⁴⁷⁵.

De hecho, a partir de las disposiciones aludidas, la jurisprudencia y la doctrina atribuyen naturalezas disímiles a dichos bienes, lo que dificulta la adecuada comprensión de su régimen.

⁴⁷⁰ Pimiento, J. (2016) *La propiedad del subsuelo en el Derecho colombiano. Aportes para un concepto*. En: *Minería y Desarrollo- Aspectos jurídicos de la actividad minera*, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 1ª ed.

⁴⁷¹ Véase Artículo 101, inciso 4, Constitución Política 1991.

⁴⁷² Véase artículo 1021, Constitución Política 1991.

⁴⁷³ Véase artículo. 332, Constitución Política 1991.

⁴⁷⁴ Pimiento, J. (2016) *La propiedad del subsuelo en el Derecho colombiano. Aportes para un concepto*. En: *Minería y Desarrollo- Aspectos jurídicos de la actividad minera*, Op Cit.

⁴⁷⁵ Sánchez, M.; Barranco, R.; Castillo, F. y Delgado, F., (1997). *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, 1ª ed. Tecnos.

Así por ejemplo, el Consejo de Estado y, de paso, algún sector de la doctrina⁴⁷⁶ entienden que el subsuelo se incorpora por principio al patrimonio nacional⁴⁷⁷; de hecho, la Constitución Política, en su Artículo 101, lo consagra como un elemento esencial del territorio, aserto del cual el máximo tribunal de lo contencioso administrativo deduce que el subsuelo tiene la connotación de bien de uso público y, por tanto, debe ser preservado con las salvaguardas propias de estos bienes, vale decir, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad⁴⁷⁸. Si bien pertenecen al Estado, tienen, según el Consejo de Estado, una naturaleza jurídica diferente, pues, al contrario del subsuelo, ostentan la condición de “bienes fiscales”⁴⁷⁹. Tal forma de ver las cosas, aunque legitimada por la autoridad del Consejo de Estado y de algunos reconocidos tratadistas, representa, sin embargo, serios problemas dogmáticos que aconsejan su revisión y, de ser posible, la postulación de una perspectiva diferente.

Por consiguiente, la administración de la propiedad del subsuelo y sus recursos no puede encauzarse desde una simple perspectiva de eficiencia financiera, sino que debe propender por la sostenibilidad de los recursos naturales y los ecosistemas de los que hacen parte.

Pasando ahora a una norma de rango legal, el Código de Minas⁴⁸⁰ Al referirse a la propiedad de los recursos mineros, establece lo siguiente: Artículo 5. Propiedad de los recursos mineros. Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos. Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.

⁴⁷⁶ Peña, E. y Peña, G., (2006). *El Derecho de Bienes*, Legis, 2ª ed.

⁴⁷⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (28 de julio de 1999) Sentencia C-541/1999 (MP Eduardo Cifuentes).

⁴⁷⁸ Ibid.

⁴⁷⁹ Constitución Política 1886, art. 232

⁴⁸⁰ Ley 685 de 2001, por la cual se expide en el Código de Mina. Diario oficial No. Diario Oficial No.44545, de 8 de septiembre de 2001.

El mismo Código⁴⁸¹ establece que la propiedad estatal sobre los recursos naturales no renovables es de carácter inalienable e imprescriptible (artículo 6), siendo los títulos mineros los únicos que dan lugar a derechos de exploración y explotación de las minas y de dichos recursos (artículos 6 y 14); simultáneamente, declara la utilidad pública y el interés social que abarca la industria minera en todas sus ramas y fases (artículo 13). Esto muestra la manera en que el manejo de la propiedad del subsuelo por medio de la ley en Colombia debe ser administrado por el Estado.

Revisadas las normas constitucionales y legales referentes a la propiedad estatal sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, se mirarán ahora, elementos de la jurisprudencia constitucional sobre la misma temática.

De manera puntual se destaca la distinción que hace la jurisprudencia constitucional entre Nación y Estado, pues a diferencia de la antigua Constitución de 1886, en la norma fundamental vigente se establece una propiedad estatal sobre los recursos naturales no renovables, en lugar de una propiedad nacional.

La Corte ha manifestado que al hablar de Nación se alude a las autoridades centrales, distinguiéndose de las descentralizadas; en tanto que el Estado comprende la totalidad de órganos y autoridades encargadas del cumplimiento de diversas funciones y servicios estatales, sean aquellas nacionales o territoriales. De esta manera, cuando la Constitución habla del Estado, ya sea para asignarle un deber o una atribución, “debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales”⁴⁸².

La Corte recurrió a discusiones al interior de la Asamblea Constituyente para fundamentar aquella distinción, específicamente en lo que tiene que ver con Hacienda y presupuesto público, en la que se observa que el uso de la palabra Estado a cambio de Nación no fue simple casualidad, sino que obedeció al propósito de abarcar los diferentes niveles territoriales. La intención era evitar dos riesgos: que terminaran centralizándose todas las rentas del Estado –y dentro de estas los beneficios por explotar los recursos naturales no renovables–; o en el otro extremo, que solo se

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de abril de 1997) Sentencia C-221/1997 (MP Alejandro Martínez)

beneficiaran los departamentos que cuentan con este tipo de recursos en su jurisdicción. Al contrario, se buscaba distribuir esos beneficios entre los diferentes niveles de la Administración, para que todas las entidades territoriales lograran fortalecerse fiscalmente⁴⁸³.

Cabe señalar que más allá de un simple cambio terminológico en la Constitución de 1991, la jurisprudencia indica que se trató del: tránsito de un modelo centralista y fundamentado en la noción de soberanía nacional, como el que inspiraba el orden constitucional anterior, a uno edificado en la soberanía popular, la democracia participativa y, sus corolarios, la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales⁴⁸⁴.

En cuanto a la titularidad estatal dispuesta en la Constitución sobre los recursos no renovables, la jurisprudencia aclara que tampoco existe un derecho de propiedad de las entidades territoriales sobre estos recursos, ni sobre los beneficios derivados de su extracción, como lo son las regalías⁴⁸⁵. En este sentido, así como se eliminó la titularidad de la Nación sobre estos recursos para evitar la centralización de los beneficios, menos aún puede atribuirse su propiedad a los municipios o departamentos donde estos se encuentran, pues esto iría contra la equidad y el equilibrio regional. En consecuencia, la propiedad sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, así como la titularidad de las regalías, se atribuyen a un ente abstracto que representa a todos los niveles territoriales y a los colombianos en general, esto es, al Estado colombiano⁴⁸⁶.

Entonces, el papel de la Nación ya no es el de propietaria sino el de quien regula y gestiona las regalías con el fin de que los beneficios alcancen equitativamente a todos los colombianos, con el deber de “respetar los derechos de participación y de compensación de las entidades territoriales, y está obligada a distribuir las sumas

⁴⁸³ Ibid., Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de abril de 1997) Sentencia C-221/1997 (MP Alejandro Martínez)

⁴⁸⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (5 de marzo de 2014) Sentencia C-123/2014 (MP Alberto Rojas).

⁴⁸⁵ Corte Constitucional, Sala novena de la Corte Constitucional (24 de marzo de 1994) Sentencia T-141/1994 (MP Vladimiro Naranjo).

⁴⁸⁶ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (28 de julio de 1999) Sentencia C-541/1999 (MP Eduardo Cifuentes).

restantes a las entidades territoriales, por lo cual las autoridades centrales no se benefician directamente de las regalías”⁴⁸⁷.

Sobre la potestad regulatoria derivada de la propiedad estatal del subsuelo, la Corte⁴⁸⁸ planteó que como dicha titularidad se atribuye al Estado, se entiende que esta abarca al conjunto de las entidades territoriales, incluyendo los municipios. Y así, aunque la regulación puede producirse a nivel nacional, no se trata de una potestad exclusiva de la Nación, sino que en ese ámbito también pueden intervenir las entidades territoriales.

Por otra parte, en la jurisprudencia también se ha aclarado que la propiedad estatal recae sobre todo tipo de recurso natural no renovable y así mismo, la regalía se causa por la explotación de cualquiera de esos recursos, pues la Constitución no establece algún tipo de distinción al respecto la Corte Constitucional de Colombia⁴⁸⁹. La Corte tiene la salvedad de que la propiedad estatal que se pregonaba sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables no afecta la propiedad privada minera que en casos excepcionales se originó en derechos adquiridos bajo el amparo de leyes preexistentes. Sin embargo, esa propiedad privada minera también se somete a la regulación estatal sobre la explotación de los recursos naturales no renovables y al pago de regalías; pues, aunque en ese caso los recursos sean de propiedad privada, prevalece la función social y ecológica atribuida por la Constitución⁴⁹⁰.

Sintetizando, el ordenamiento constitucional colombiano reconoce al Estado como titular del derecho de propiedad sobre el subsuelo, los recursos naturales no renovables y las regalías derivadas de su explotación. A partir de la jurisprudencia constitucional, se comprende que hay una diferencia fundamental entre la anterior propiedad nacional y la actual propiedad estatal sobre aquellos elementos, siendo prevalente en esta última la democracia participativa, la descentralización y autonomía

⁴⁸⁷ Op Cit, Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de abril de 1997) Sentencia C-221/1997 (MP Alejandro Martínez)

⁴⁸⁸ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (19 de agosto de 2016) Sentencia T-445/12016 (MP Jorge Palacio).

⁴⁸⁹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (20 de agosto de 2016) Sentencia C-669/2002 (MP Álvaro Tafur).

⁴⁹⁰ Ibid.

de las entidades territoriales, así como la distribución equitativa de los beneficios de la explotación de esta clase de recursos.

De tal manera, que el desarrollo de la actividad minera genera tensiones entre los intereses del nivel central del Estado y las entidades territoriales locales sobre las que recaen las consecuencias ambientales, sociales y culturales de la extracción. Esto ha traído un debate jurídico sobre la prevalencia entre los principios del Estado unitario y la utilidad pública e interés social de la industria minera de una parte y, de otra, la autonomía territorial y la utilidad pública e interés social del medio ambiente⁴⁹¹.

Es tal la preponderancia que ha tomado la participación de las entidades territoriales en las decisiones relacionadas con la exclusión de la totalidad o de parte de su territorio para el desarrollo de actividades mineras y los conflictos que esto genera con las autoridades de orden nacional. Además de los aspectos políticos y sociales relacionados, desde el punto de vista jurídico, también 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 articulada⁴⁹².

Con el ánimo de dirimir, al menos desde lo jurídico, el conflicto de estos principios, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-123/14, en respuesta a la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 37 del Código de Minas (CM)⁴⁹³, el cual prohíbe a las entidades territoriales establecer zonas de exclusión o restricción a la actividad minera dentro de su jurisdicción. Según el accionante, esta disposición legal vulnera el principio de autonomía de las entidades territoriales, el derecho a un

⁴⁹¹ Guiza, L., Rodríguez, C., “El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera”, *Vuniversitas*, Vol. 131, 2015, pp. 323-362 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.patd>

⁴⁹² *Ibid.*, p. 4

⁴⁹³ Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas [CM] y se dictan otras disposiciones, 15 de agosto de 2001, 44.545 *Diario Oficial*, 8 de septiembre de 2001, art. 37. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0685_2001.html

medio ambiente sano y el deber de contribuir a su realización⁴⁹⁴, por lo que solicita al Alto Tribunal declarar la inconstitucionalidad de la norma.

La providencia emitida por la Corte Constitucional en esta ocasión definió las condiciones y el contexto en el que debe interpretarse ese artículo del Código de Minas para ajustarse al ordenamiento constitucional, lo que constituye un tema esencial para la regulación de la actividad minera y del papel de los municipios, departamentos y distritos, en la adopción de autorizaciones para llevar a cabo la minería en sus territorios⁴⁹⁵.

Por otro lado, se ha intentado por diferentes medios prohibir la injerencia de las entidades territoriales en la restricción o exclusión de las actividades mineras en sus territorios, por lo que se han expedido normas reglamentarias como el Decreto 934 de 2013 y el Decreto 2691 de 2014, que fueron suspendidos de manera provisional por el Consejo de Estado. Varios concejos del país, mediante acuerdos municipales, han restringido o excluido la actividad en sus territorios, lo cual también ha motivado diferentes pronunciamientos judiciales en contra. A esto se le suman las consultas populares que han sido convocadas por los alcaldes municipales y por medio de las cuales el pueblo ha decidido excluir la actividad minera de sus regiones⁴⁹⁶.

Así las cosas, se exponen ahora, los principales postulados y principios que están en tensión en torno a la actividad minera, como la propiedad de los recursos minerales en Colombia, la declaración de utilidad pública e interés social de la industria minera, la autonomía territorial, la participación ciudadana y la conservación ambiental.

En el caso de la propiedad de los recursos minerales en Colombia, uno de los temas más controvertidos por las comunidades que se oponen al modelo de enclave extractivo transnacional institucionalizada por el Código Minero vigente (Ley 685 de 2001), es el de la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado nacional. La Constitución de 1991 lo establece así en su artículo

⁴⁹⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (5 de marzo de 2014) Sentencia C-123/2014 (MP Alberto Rojas).

⁴⁹⁵ Guiza, L., Rodríguez, C., “El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera”, Op Cit.

⁴⁹⁶Ídem.

332. La formulación no es novedosa, pues reitera el contenido básico del artículo 202 de la Constitución anterior⁴⁹⁷.

Ya desde 1887 la Ley 38 había establecido que los propietarios de depósitos mineros de su propiedad contaban con un año para ejercer el “derecho preferente” para su exploración y explotación; quienes no lo hicieran así estarían en riesgo de perder toda clase de derechos sobre sus yacimientos. Como es natural, dicha disposición generó debates interminables acerca de si el derecho sobre minas puede extinguirse por su “no uso”, y si este derecho fuera susceptible a la confiscación. Con la ley 20 de 1969 el gobierno de Lleras Restrepo buscó zanjar este escollo, estableciendo que el objeto de los derechos otorgados sobre depósitos mineros es “obtener mediante la explotación técnica y sistemática el aprovechamiento total de los respectivos yacimientos”. En consecuencia, creó un mecanismo de extinción de derechos constituidos sobre las minas por los particulares, declaró la industria minera de utilidad pública e interés social, y estableció que podrían decretarse expropiaciones allí donde fuese indispensable para habilitar la actividad normal de la minería⁴⁹⁸.

Hay razones de peso en favor de una política de propiedad del subsuelo y los recursos naturales no renovable en cabeza de Estado. El sector extractivo es una fuente de ingresos considerable para los gobiernos: hay países mineros donde entre el 25 a 30 por ciento de los ingresos fiscales dependen directamente del sector minero. En América Latina países como Venezuela, Chile, Perú y Colombia dependen del sector extractivo para generar más de la mitad del valor de sus exportaciones. Pero a la vez, la gestión pública de los ingresos que perciben los gobiernos del sector extractivo supone retos importantes⁴⁹⁹.

En cuanto, a la declaración de utilidad pública e interés social de la industria minera. Esta figura tiene fundamento constitucional, pues conforme lo prevé el artículo 58 de la Constitución Política, “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares

⁴⁹⁷ Redacción Pares, Recursos minero-energéticos y la propiedad del Estado del subsuelo, 2013. Disponible en: <https://pares.com.co/2013/12/15/recursos-minero-energeticos-y-la-propiedad-del-estado-del-subsuelo/>

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ Ibid.

con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

Sobre la declaración de utilidad pública e interés social la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-297/2011, estableció:

“(...) Utilidad pública e interés social – concepto. Declaración de utilidad pública e interés social –competencia /declaración de utilidad pública e interés social. objeto y finalidad. prevalencia del interés social –Aplicación por utilidad pública –Los conceptos de utilidad pública e interés social son determinantes como criterio sustancia por el que se autoriza al legislador intervenir en la propiedad y en los derechos económicos individuales. En este sentido se plantea como causa expropiandi o de imposición de servidumbres y también como fundamento para aplicar el principio de prevalencia del interés social o público ante el cual debe ceder el interés particular. (...)”⁵⁰⁰

En desarrollo del postulado contenido en el artículo 58 constitucional, el legislador mediante el artículo 13 de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas-, declaró de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases, señalando que en consecuencia podrán decretarse a su favor, a solicitud de partes interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derecho constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo⁵⁰¹.

De tal manera, que las actividades mineras que surgen a partir de los contratos de concesión minera otorgados, o autorizaciones temporales, así como cualquier otra figura jurídica a través de la cual el ordenamiento minero confiere derechos sobre los recursos minerales, hacen parte de la denominada industria minera, que goza de

⁵⁰⁰ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (27 de abril de 2011) Sentencia C-297/2011 (MP Juan Henao).

⁵⁰¹ Agencia Nacional de Minería, Radicado ANIM No. 20181000320112. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/NormativaConceptosJuridicos/concepto_20181200267721.pdf

especial protección al ser declarada de utilidad pública e interés social, conforme al artículo 13 de la Ley 685 de 2001⁵⁰².

En armonía con dicha finalidad, los derechos que confiere el estado para la exploración y explotación de minerales comportan limitaciones que se encuentran ligadas a la finalidad de utilidad pública de otros sectores del país, que implican de igual forma desarrollo para la Nación, y que se consignaron en el artículo 35 del Código de Minas. En este sentido, si bien es cierto, la minería ostenta la calidad de actividad de utilidad pública e interés social, también lo es, que no es ésta la única industria catalogada como tal, por cuanto existen en el ordenamiento jurídico, otra clase de industrias con la misma declaratoria. Así pues, en desarrollo del mencionado precepto constitucional, tanto la minería como la industria petrolera, los proyectos de infraestructura de transporte y los proyectos de energía, entre otros, se catalogan como de utilidad pública. En tal virtud, en caso de coexistencia de uno y otro de tales proyectos, se presenta concurrencia de actividades que ostentan el mismo rango⁵⁰³.

En torno a la participación ciudadana y la conservación ambiental, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, 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 sectores⁵⁰⁴.

Las prioridades de Minambiente para la gestión ambiental de la actividad minera, se han enfocado en el fortalecimiento de la institucionalidad, el cumplimiento de sus funciones y de autoridad ambiental, el reconocimiento de los ecosistemas y sus servicios a nivel regional y nacional, efectivo control ambiental a los proyectos mineros autorizados, la expedición conjunta con la autoridad minera de una normatividad para

⁵⁰² Ibid.

⁵⁰³ Ibid.

⁵⁰⁴ Decreto 1076 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible.

el cierre minero, el cumplimiento de las obligaciones y proyección de actividades estratégicas para la gestión del mercurio (Ley 1658 y Convenio de Minamata), la generación de lineamientos y normativas para la identificación y gestión de los diferentes pasivos ambientales y el apoyo al proceso de control y erradicación de la extracción ilícita de minerales⁵⁰⁵.

Así mismo, los elementos de articulación con el sector minero se han fundamentado en la instrumentación y normalización que permitan el desarrollo sectorial y el ejercicio de las autoridades ambientales en la aprobación, control y seguimiento de las actividades en los territorios; el ordenamiento sectorial que permita incorporar criterios técnicos en la planeación, titulación y desarrollo minero en el territorio nacional en armonía con los preceptos de desarrollo sostenible; la producción más limpia para mejoramiento continuo de las tecnologías aplicadas en las diferentes actividades mineras y la articulación interinstitucional que permita la generación y participación de espacios para el desarrollo y mejoramiento de las políticas y lineamientos para el buen desarrollo de desempeño de la actividad minera⁵⁰⁶.

En articulación con el Ministerio de Defensa Nacional, Minambiente viene apoyando en el control de la explotación ilícita de minerales y la formalización minera a través de la asistencia técnica ambiental permanente en cumplimiento de la actividad operativa de control de actividad al margen de la ley. El interés ambiental en la lucha contra la explotación ilícita de minerales está orientado a la preservación de los servicios ecosistémicos del País, mediante la detención de la deforestación, la contaminación de los componentes ambientales (suelo, aire, agua, flora y fauna) por sustancias químicas como el mercurio⁵⁰⁷.

En la Constitución Política de Colombia, desde el preámbulo, se hace evidente cómo la participación ciudadana constituye una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. El artículo 2 de la Carta Magna enumera, entre los fines esenciales del Estado, el de facilitar la participación de todos los miembros de la

⁵⁰⁵Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Minería. 2020 disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/asuntos-ambientales-sectorial-y-urbana/sostenibilidad-sectores-productivos/mineria>

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Ibid.

comunidad colombiana en los asuntos que le competen (económicos, políticos, administrativos y culturales). La participación ciudadana se puede definir como la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales y privadas que puedan afectarlos de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas⁵⁰⁸, por lo que tiene el carácter de derecho, deber, principio orientador de las actuaciones públicas y fin esencial del Estado, De manera que, a partir de la participación ciudadana, se abre la posibilidad de tomar parte en la vida social, como miembros de una colectividad y como sujetos de derechos y deberes que deben ejercerse de manera eficaz, mediante las herramientas otorgadas constitucional y legalmente, lo que permite, entre otras cosas, evitar y controlar el abuso del poder político y económico⁵⁰⁹

3.2. El Régimen de las Regalías Mineras y su distribución entre el Estado y los entes descentralizados.

Estructurando un análisis de lo que se constituye como régimen de regalías mineras, su concepción y como ha variado su distribución y finalidad en Colombia, nos resulta de vital importancia partir de unos aspectos introductorios, dentro de los cuales está el contexto social, siendo que Colombia ha sido un país marcado por la corrupción y en este sentido el legislador ha tratado de minimizar tales efectos con la normatividad, en el país pese a que se encuentra un extensa literatura que habla acerca de la estos recursos de regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales, los cuales no han sido fáciles de gestionar y han sido motivo de controversias y distintas modificaciones en su distribución y acceso, de ahí que existan varias posturas que analiza la poca efectividad que tienen los llamados recursos por regalías provenientes de la explotación de Reservas Nacionales Naturales - RNN, en el desarrollo económico y social de los territorios beneficiados⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (15 de mayo de 2012) Sentencia T-348/2012. (MP Jorge Pretelt).

⁵⁰⁹ Rodríguez, G., Muñoz, L., (2009). *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*, Universidad del Rosario, Bogotá. Disponible en: <http://philpapers.org/archive/RODLPE.pdf>

⁵¹⁰ Bonet, J., Guzmán, K., Urrego, J., Villa, J., (2014) *Efectos del nuevo Sistema General de Regalías sobre el desempeño fiscal municipal: un análisis dosis-respuesta*, Cartagena, Banco de la República-Centro de Estudios Económicos, p. 3.

Enmarcado en su contexto jurídico, vemos que La reforma al Sistema General de Regalías (SGR) se creó mediante el Acto Legislativo 05 de 2011 el cual modificó el artículo 360 y 361 de la Constitución Política de Colombia, y se reglamentó con la Ley 1530 de 2012, y que en encuentra su fundamento en el principio de descentralización y de autonomía de las entidades territoriales, que buscaba una distribución más equitativa, garantizando el uso de los recursos con eficiencia y probidad; para ello se crearon nuevos fondos y órganos, con el fin de aportar a la transparencia y el uso efectivo de los recursos de regalías⁵¹¹.

Que el artículo 360 Constitucional, señala que la explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte, así como que una ley, a iniciativa del Gobierno, desarrollará el conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones, lo cual constituye el Sistema General de Regalías. Que asimismo mediante el Acto Legislativo 05 de 2019⁵¹² se modificó el artículo 361 de la Constitución Política y se previó que la vigencia de este nuevo régimen estará sujeta a la expedición de una Ley que ajuste el Sistema General de Regalías a las disposiciones allí previstas, las cuales dieron origen a la Ley 2056 del 2020 que se desarrollará más adelante una vez agotado los presupuestos o concepciones normativas previas a esta Ley.

Posterior a lo expuesto, encontramos un marco de regulación que encuentra su fundamento en su amplio desglose normativo y su evolución en el tiempo, es así como inicialmente antes de la expedición la Ley 1530 de 2012, las regalías eran repartidas entre las entidades territoriales en donde se adelantaban explotaciones de recursos naturales no renovables o que tuviesen puertos marítimos y fluviales por donde se transportaran dichos recursos. Con la creación del Sistema General de Regalías (SGR), estos recursos se empezaron a distribuir entre todos los municipios del país,

⁵¹¹ Véase Ley 1530 de 2012, del 17 de mayo de 2012, Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalía, Diario Oficial N° No. 48.433 de 17 de mayo de 2012.

⁵¹² Véase Acto Legislativo 04 del 2017, del 08 de septiembre del 2017, Medio de Publicación, Diario oficial N° 50350 del 08 de septiembre del 2017.

a través de varios fondos y de acuerdo con las condiciones socioeconómicas de cada territorio⁵¹³.

Es decir, que la distribución del recurso dejó de ser un elemento de uso y destinación exclusivo de los municipios explotadores o que de cierta manera tenían una vinculación directa con las actividades de exploración y explotación minera, que de cierta manera esto representa una gran oportunidad para iniciar la evaluación del impacto del nuevo sistema sobre el comportamiento fiscal de las entidades territoriales⁵¹⁴. Siendo este elemento o estos recursos una importante fuente de financiación de proyectos en los gobiernos subnacionales.

Encontramos valoraciones importantes para la mitigación de los impactos económicos que deriva de esta actividad, en la compensación económica para ciertos municipios, en donde estos fondos son el doble de lo recaudado por dos de los tributos municipales más importantes, el impuesto predial y el impuesto de industria y comercio⁵¹⁵, por lo que resulta claramente trascendental en la calidad de vida y la disminución de la pobreza que su fundamento y distribución se encuentre altamente equitativo y de acuerdo a los elementos diferenciales de cada región.

Es por ello por lo que la Ley 1530 del 2012, plantea que los recursos del Sistema General de Regalías deben ser ejecutados bajo la presentación de un proyecto que mejore las condiciones de vida del territorio en concordancia con sus planes territoriales. Estos proyectos deben ser evaluados de acuerdo con la viabilidad, priorización y coordinación de los objetivos macroeconómicos⁵¹⁶, en este sentido los Organismos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD) son los encargados de realizar esta evaluación así pues, aunque estos son una características del Sistema General Regalía, las asignaciones de los rubros pueden variar, esta distribución planteada en la norma se implementa a través de diferentes fondos:

1. Fondo de ahorro y estabilización (FAE).

⁵¹³ Bonet, J., Guzmán, K., Urrego, J., Villa, J., *Efectos del nuevo Sistema General de Regalías sobre el desempeño fiscal municipal: un análisis dosis-respuesta*, Cartagena, Op. cit. p. 3

⁵¹⁴ Ibid.

⁵¹⁵ Ibid.

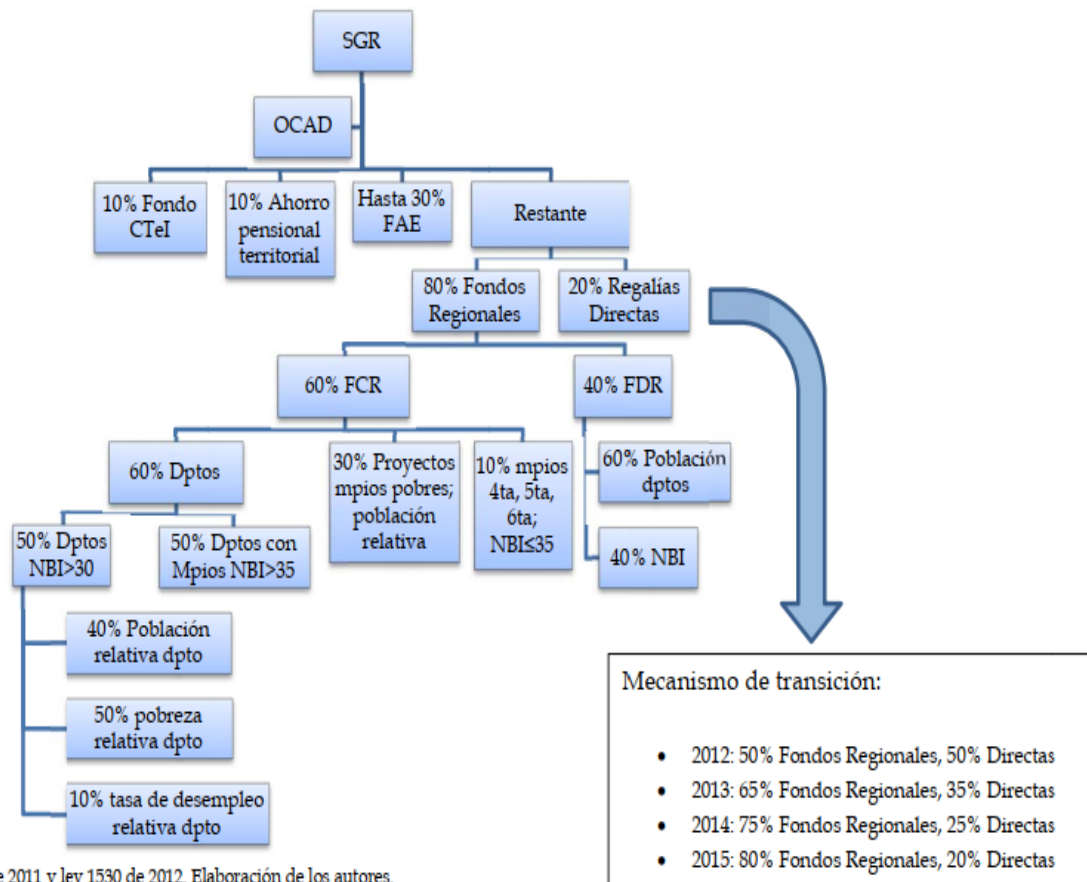
⁵¹⁶ Ibidem, p. 5.

2. Fondo de ahorro pensional de las entidades territoriales (FONPET).
3. Fondo de ciencia, tecnología e innovación (FCTel).
4. Fondo de desarrollo regional (FDR).
5. Fondo de compensación regional (FCR).
6. Regalías directas.
7. Fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y el conocimiento y cartografía geológica del suelo.
8. Funcionamiento del Sistema de monitoreo, seguimiento, control y evaluación del SGR.
9. Funcionamiento del SGR.

El objetivo de estos se centra en los siguientes pilares:

1. La equidad social y regional.
2. El ahorro para el futuro.
3. La competitividad regional.
4. El buen gobierno.

Figura 1. Composición del Sistema General de Regalías



nte: Acto legislativo 05 de 2011 y ley 1530 de 2012. Elaboración de los autores.

Fuente Bonet, J., Guzmán, K., Urrego, J., Villa, J., (2014) *Efectos del nuevo Sistema General de Regalías sobre el desempeño fiscal municipal: un análisis dosis-respuesta*, Cartagena, Banco de la República-Centro de Estudios Económicos.

Siendo los literales anteriores puntos importantes a señalar como ejes iniciales, el tránsito de regulación, las cuales encontraron su fundamento en una distribución más equitativa y un balance en los recursos distribuidos entre los fondos, así como también el acceso a los recursos mediante proyectos ante los Organismos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD), todo esto pasó a estar regulado por la Ley 2056 del 2020, la cual derogó a la Ley 1530 del 2012.

Encontramos que la mencionada Ley en su artículo 45, establece las Regiones del Sistema General de Regalías. Para efectos de la distribución de la Asignación Regional de que trata la presente Ley, se entienden por regiones las siguientes

agrupaciones de departamentos:, adopta la regionalización en torno al tema de la distribución del sistema de regalías en su artículo primero se conforman 6 regiones del Sistema General de regalías divididas así: por la Región Caribe se encuentran los siguientes departamentos: Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Sucre; En la Región Centro-Oriente: se conforma de la siguiente forma, Boyacá, Cundinamarca, Norte de Santander, Santander, Bogotá D.C.; una tercera región es la Región Eje Cafetero: Antioquia, Caldas, Quindío, Risaralda; En la Región Pacífico se encuentran: Cauca, Chocó, Nariño, Valle del Cauca; la Región Centro - Sur, Amazonas, por su parte la agrupan: Caquetá, Huila, Putumayo, Tolima; por su parte en la Región del Llano encontramos lo siguiente: Arauca, Casanare, Guainía, Guaviare, Meta, Vaupés, Vichada.

En esta distribución tiene un carácter especial los Distritos Capitales y sus regiones especiales, para efectos del Sistema de Regalías ya que estas tienen el mismo tratamiento que un departamento. Así pues, esta distribución determina la forma como se participan en los derechos de ingresos que genera la exploración minera, así como también la importancia de mitigar los efectos de la actividad minera en los territorios, en este sentido la Corte Constitucional ha ratificado muchas veces la naturaleza jurídica de las regalías siendo esta una contraprestación económica que recibe la Nación por la explotación de los recursos naturales no renovables, y que debe generar por ello beneficios sustitutos, los cuales pueden ser administrados directamente por la Nación o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentren las minas⁵¹⁷.

En consecuencia, las regalías forman un gran beneficio de carácter económico tanto para la Nación como para los entes territoriales, porque representan un ingreso para atender los temas de carácter social y los fines estatales. Así la Corte Constitucional sigue indicando que las regalías son importantes para los fondos de la Nación destinado a dirigir la promoción de la minería, la preservación del ambiente y el

⁵¹⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (10 de agosto de 1998) Sentencia C-402/21998. (MP Fabio Morón).

financiamiento de proyectos regionales y de inversión, que en últimas estos proyectos se encuentra a cargo de las entidades territoriales⁵¹⁸.

En la constitución de 1991 sigue dejando en cabeza del Estado la titularidad del subsuelo en su condición de propietario según los artículos 101, 102 y 332 C.P, esto expone el propósito de permitir que las entidades territoriales ejercieran sus derechos en el uso y goce de los ingresos fiscales de origen minero⁵¹⁹.

En ese orden de ideas La Corte Constitucional señala que si bien existen unas divisiones territoriales esto no constituye derecho adquiridos para los entes territorial, sino derechos la participación económica, como lo ha dejado ver en diversas ocasiones⁵²⁰ .

Según la Corte Constitucional, A pesar de no ser propietarios de las regalías y compensaciones de la explotación los entes territoriales tienen derecho a participar de estas regalías y estos derechos deben ser determinados por la ley, y termina diciendo la Corte constitucional que el legislador está autorizado para señalar su destinación sin violar con ello, ni la autonomía territorial, ni lo dispuesto en el artículo 360 superior⁵²¹ .

Según el Artículo 3 de la Ley 2056 de 2020, son órganos pertenecientes al Sistema de General de Regalías contemplados en la norma como aparece a continuación:

⁵¹⁸ Ídem

⁵¹⁹ Ídem

⁵²⁰ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (30 de noviembre de 1995) Sentencia C-567/1995. (MP Fabio Morón).

⁵²¹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (6 de septiembre de 2000) Sentencia C-1160/2000. (MP Fabio Morón).

Figura 2. Órganos pertenecientes al Sistema de General de Regalías



Fuente: Del autor

Objetivos del Sistema General de Regalías y su relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible:

- Crear condiciones de equidad en la distribución de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de generar ahorros para épocas de escasez, promover el carácter contracíclico de la política económica y mantener estable el gasto público.
- Propiciar la adopción de mecanismos de inversión de los ingresos minero-energéticos que prioricen su distribución hacia la población más pobre y contribuyan a la equidad social.
- Promover el desarrollo y competitividad regional de todos los departamentos, distritos y municipios, dado el reconocimiento de los recursos del subsuelo como propiedad del Estado.

- Fomentar la estructuración de proyectos que promuevan el desarrollo de la producción minero-energética, en particular la minería pequeña, mediana y artesanal.
- Fortalecer la equidad regional en la distribución de los ingresos minero-energéticos, por medio de la integración de las entidades territoriales en proyectos comunes; y de la promoción de la coordinación y planeación de la inversión de los recursos, y la priorización de grandes proyectos de desarrollo.
- Propiciar mecanismos y prácticas de buen Gobierno.
- Propiciar la inclusión, equidad, participación y desarrollo integral de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, del pueblo rom o gitano, y de los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo con sus objetivos de etnodesarrollo y planes de vida.
- Incentivar o propiciar la inversión en la restauración social y económica de los territorios en los que se desarrollen actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, así como en la protección y recuperación ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad ambiental que les asiste a las empresas que adelanten dichas actividades, en virtud de la cual deben adelantar acciones de conservación y recuperación.

Entre tanto con la nueva normatividad cambia la distribución del Sistema General de Regalías que según el artículo 22 de la Ley 2056 de 2020, los recursos del SGR se administrarán a través de un sistema de manejo de cuenta y se adecuará de acuerdo con las siguientes asignaciones, beneficiarios y concepto de gastos:

1. En asignación directa, se establece según la legislación un 20% que será distribuido a los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelante la explotación de recursos naturales no renovables, así como los municipios con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos. La ley también señala que los para los municipios donde se exploten recursos naturales no renovables tendrán

además una participación adicional del 5% que podrá ser anticipado, conforme con los criterios de la presente Ley.

2. Por su parte otro criterio establecido en la norma es la Asignación para la Inversión Local, recurso que es distribuido a los municipios más pobres y que tiene en cuenta los criterios las necesidades básicas insatisfechas y población, en ese sentido a este se le otorga por ley el 15%, pero a su vez deben tener presente que para su desarrollo destinar proyectos que tengan que con: la incidencia sobre el ambiente y el desarrollo sostenible, por lo mínimo 2 puntos porcentuales, recursos que se denominará Asignación para la Inversión Local en Ambiente y Desarrollo Sostenible.
3. Un aspecto relevante ya que tiene un gran porcentaje es la Asignación para la Inversión Regional. Esta asignación se refiere a los proyectos de inversión regional de los departamentos, municipios y distritos, el cual cuenta con un 34%.
4. Lo preocupante de esta normativa es el porcentaje que indica para el medio ambiente puesto que nos dice la ley 2056 de 2020 que tendrá un 1%, correspondiente a la conservación de las áreas ambientales estratégicas y la lucha nacional contra la deforestación.
5. Un 10% que dará Asignación para la Inversión en Ciencia, Tecnología e Innovación Ambiental, esta asignación como su nombre lo indica queda fijada para temas en ciencia, tecnología e innovación, de esta asignación un mínimo dos (2) puntos porcentuales se destinarán a investigación o inversión de proyectos de ciencia, tecnología e innovación en asuntos relacionados o con incidencia sobre el ambiente
6. En un 0.5% se utilizará para proyectos de inversión de los municipios ribereños del Río Grande de la Magdalena, estos recursos entran hacer manejados por canalizados por la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena. Lo cual sigue generando un descontento en la situación de distribución.

Por su parte todos los proyectos a financiar con cargo a esta asignación serán definidos por CorMagdalena como estará concebido por dos (2) representantes de los gobernadores que tengan jurisdicción sobre el Río Grande De La Magdalena y Canal del Dique y dos (2) alcaldes que integran la jurisdicción de la Corporación, y el Director Nacional de Planeación o su delegado.

7. En cuanto a la destinación del funcionamiento, la operatividad y administración del sistema se contempla el 2% pertinente a la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, conocimiento y cartografía geológica del subsuelo, la evaluación y el monitoreo del licenciamiento ambiental a los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables y para el incentivo a la exploración y a la producción.
8. Será otorgado un 1%, para la operatividad del Sistema de Seguimiento, Evaluación y Control; es decir que dentro del mismo recibe este la mitad se destinará a la Contraloría General de la República.
9. Ahora bien, en cuanto al remanente la ley 2056 de 2020 establece que este debe ser destinado al ahorro para el pasivo pensional y al ahorro para la estabilización de la inversión. En todo caso la distribución de estos recursos será como mínimo el 50% para el Fondo de Ahorro y Estabilización y el restante para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, según la distribución que se incluya en el Plan de Recursos.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley 2056 de 2020, en el Parágrafo No 1, señala que: El mayor recaudo generado, con respecto al presupuesto bienal de regalías al que hace referencia el inciso 11 del artículo 361 de la Constitución Política corresponde a la diferencia entre los ingresos corrientes provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables presupuestados para el bienio y el valor efectivamente recaudado en la Cuenta Única del Sistema General de Regalías. El 20% del total de los recursos generados por mayor recaudo se destinarán a mejorar los ingresos de las entidades territoriales donde se exploren y exploten recursos naturales no renovables, así como para los municipios con puertos marítimos o fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos.

Esto indica y en palabras concisas que cuando el recaudo exceda lo que se tiene concebido en el presupuesto y tal como lo establecen las disposiciones del inciso 11 del artículo 361 de la Constitución Política, este recurso será redistribuido por concepto de asignaciones directas y que le corresponderá un porcentaje a los municipios más pobres del país en cuanto a necesidades insatisfechas, así como a lo relacionado con la conservación de áreas ambientales y la lucha contra la deforestación y si existen recursos sobrantes serán para el ahorro y estabilización de los Departamentos, Municipios y Distritos.

De igual forma el párrafo transitorio de la norma señala que durante los 20 años siguientes será destinado un 7% del Sistema general de regalías, para los procesos de paz, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del Acto Legislativo 04 de 2017, el objetivo final de es la financiación de proyectos de inversión para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera incluyendo la financiación de proyectos destinados a la reparación de víctimas⁵²².

Finalmente, mediante el Decreto 1821 del 2020, se reglamenta el Sistema General de regalías, en este se condicen algunos aspectos formales y administrativos, pero es importante destacar que el artículo 1.1.1.1. Señala que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 331, 360 y 361 de la Constitución Política y de igual forma teniendo de presente a Ley 2056 de 2020, los recursos del Sistema General de Regalías deberán destinar, para:

1. El financiamiento de proyectos de inversión en sus diferentes etapas, siempre y cuando esté definido en los mismos el horizonte de realización, previamente viabilizados y registrados en el Banco de Proyectos de Inversión del Sistema General de Regalías, aprobados por la respectiva entidad o instancia competente, con cargo a las Asignaciones Directas, Asignación para la Inversión Local, Asignación para la Inversión Regional, Asignación para la Ciencia, Tecnología e Innovación, Asignación Ambiental, la Asignación para la Paz, el incentivo a la producción, exploración y

⁵²² Véase Ley 2056 del 2020, del 30 de septiembre del 2020, Medio de publicación, Diario Oficial N° 51.453 del 30 de septiembre del 2020.

formalización y los excedentes provenientes del ahorro pensional territorial acreditados en el FONPET.

2. El financiamiento de las funciones de los órganos encargados del funcionamiento, operatividad y administración del Sistema, a la evaluación y monitoreo del licenciamiento ambiental a los proyectos de exploración y explotación, a la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; e incentivo a la exploración y a la producción.
3. El financiamiento de las funciones de seguimiento, evaluación y control.
4. El ahorro para el pasivo pensional y el ahorro para la estabilización de la inversión.

De igual forma se contempla el Decreto 098 de enero de 2020 este regula lo relativo con el ciclo de proyectos de inversión, la instancia de decisión de municipios ribereños del Río Grande la Magdalena y el Canal del Dique, la explotación de recursos naturales no renovables en yacimientos ubicados en dos o más entidades territoriales, la estructuración y priorización de proyectos de inversión financiados con la Asignación para la Paz y se dictan otras disposiciones. Así pues, este decreto señala algunos aspectos para el manejo de los proyectos presentando a consideración del Órgano Colegiado de Administración y Decisión Paz - OCAD y en lo que respecta a La Paz con objetivo fundamental de la inversión hacia los siguientes 20 años después del proceso. De igual forma regula lo pertinente al desarrollo de las asignaciones directas cuando sea competencia del Sistema de Regalía.

3.3. Los Mecanismos de participación ciudadana en las decisiones sobre explotación Minera y su incidencia sobre el modelo.

Los mecanismos de participación ciudadana son una serie de herramientas que permiten a los colombianos participar en las decisiones colectivas, en este orden de ideas los mecanismos de participación se enfocan en el ideal de centrarse en la democracia auténtica que busca garantizar a toda la sociedad la posibilidad de participar en esas decisiones colectivas. En ese sentido, la Constitución otorga ciertas facultades desde estos mecanismos para el ejercicio de la participación ciudadana.

Este punto cobra relevancia cuando son estos elementos objeto de ejercicio en las actividades mineras y tienen consecuencia en el marco de su actividad y generan tensiones entre la Nación y los Entes Territoriales.

Dentro de ese mismo orden, encontramos regulación en el artículo 103 de la Constitución Política Colombiana en donde especifica que los mecanismos de participación pueden ser ejercidos por el pueblo colombiano, estos son: el voto, el referendo, la consulta popular, los cabildos abiertos, la iniciativa legislativa y revocatoria del mandato. Dentro de estos para tratar de prohibir o permitir la actividad minera se desarrollaron a igual que en toda Latinoamérica una serie de consultas populares que buscaban detener en los territorios la minería.

En este sentido el artículo 103 en el párrafo segundo señala que el “Estado debe contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”⁵²³.

Ahora bien, estos mecanismos regulados bajo la ley 134 de 1994, indica en su artículo 50 que los alcaldes y gobernadores a pueden solicitar una consulta al pueblo sobre asuntos que afecten a nivel departamental, distrital, municipal y local sin perjuicio de los requisitos y formalidades que son señaladas en el Estatuto General de la Organización territorial. De igual forma señala la ley 134 de 1994 en su artículo 52 que se someterá a al pueblo a responder las preguntas de forma clara y que dicha respuesta debe darse a través de un SÍ o un NO, la normatividad no es clara en cuanto a la prohibición de la consulta popular en temas de minería como sí lo es taxativamente en otras temáticas indicando así : “No podrán ser objeto de consulta popular proyectos de articulado, ni tampoco la convocatoria a una asamblea constituyente, salvo cuando se vaya a reformar la Constitución según el procedimiento establecido en el artículo 376 de la Constitución Política y en esta ley

⁵²³ Véase Artículo 103. Constitución Política de Colombia.

(...)No se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución Política”⁵²⁴.

En cuanto a la realización de la consulta el artículo 53 de ley 134 de 1994 señala que tanto gobernadores como alcaldes deben solicitar un la respectiva asamblea, consejo o junta administradora local un concepto sobre la procedencia o conveniencia de la consulta en cualquiera de los niveles territoriales teniendo de presente los términos de la consulta popular nacional, en ese sentido si el concepto fuera desfavorable ni el gobernador o alcalde podrá someter a consulta, por último es importante señalar que el texto de la consulta es sometido al tribunal contencioso administrativo quien es el competente para que en el transcurso de 15 días hábiles siguiente se pronuncie sobre la constitucionalidad de la respectiva acción⁵²⁵.

Las decisiones tomadas bajo el mecanismo de consulta popular son imperativas, su cumplimiento es obligatorio, se manifiesta una decisión obligatoria del pueblo si la pregunta a la que este ha sido sometida ha obtenido la mitad más uno de los votos afirmativamente siempre que haya participado no menos de la tercera parte de los electores, estas decisiones se han convertido en polémicas en cuanto al tema minero pues expone los derechos del medioambiente, los derechos locales y los de las empresas multinacionales así como los el propio Estado como es descrito en el artículo 54 de la ley 134 de 1994.

Una de las cuestiones fundamentales a revisar de estos mecanismos es la fuerza vinculante o los efectos que este tiene, así pues, cuando “el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva”⁵²⁶. En el mismo orden cuando es requerido una ley, ordenanza o resolución el organismo competente para expedir debe dentro del mismo período de sesiones y a más tardar en el período siguiente.

La cuestión resume que si esta actividad está bien realizada y está regulada por el Estado Colombiano la pregunta es ¿cómo pueden estas consultas entrar a limitar

⁵²⁴ Véase artículo 52 Ley 134 de 1994 de 31 de mayo de 1994, Medio de Publicación, Diario Oficial No. 41373.

⁵²⁵ véase artículo 53 Ley 134 de 1994 de 31 de mayo de 1994, Medio de Publicación, Diario Oficial No. 41373.

⁵²⁶véase artículo 56 Ley 134 de 1994 de 31 de mayo de 1994, Medio de Publicación, Diario Oficial No. 41373.

estos derechos totalmente legales bajo la premisa del modelo económico extractivista?

En este punto nos encontramos con una línea normativa dentro de las cuales las decisiones tanto estatales como jurisprudenciales, tienen una consecuencia. Ante las inminentes acciones o mecanismo de participación ciudadana, el Gobierno Nacional decidió de cierta manera frenar estas acciones en cuanto a lo relacionado con las actividades mineras, por lo que resolvió tomar medidas en el asunto y para ello expidió el Decreto 934 de mayo 9 de 2013 mediante el cual reglamenta el artículo 37 de la ley 685 de 2001. El artículo 37 de la citada Ley, que es el Código de Minas, dispone: Con excepción de las facultades de las autoridades 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 minería⁵²⁷.

De esa manera, estableció que las únicas autoridades ambientales que pueden establecer zonas restringidas y excluidas de minería son: El Ministerio de Ambientes y Desarrollo Sostenible y Las Corporaciones Autónomas Regionales. La autoridad minera es la Agencia Nacional de Minería o quien haga sus veces que los planes de ordenamiento territorial no pueden contener ninguna disposición relativa a ordenamiento minero salvo que hubiere sido aprobada por las anteriores autoridades.

c) Los Concejos municipales o las asambleas departamentales no pueden expedir acuerdos ni ordenanzas que excluyan temporal o permanente un área de la actividad minera por carecer de competencia y en la eventualidad que en los instrumentos de ordenamientos quedarán consignadas dichas limitaciones, las mismas no serán oponibles ni aplicadas por ninguna autoridad. Por lo anterior los certificados de uso de suelo municipales que informen de tales afectaciones no podrán ser tenidos en cuenta por las autoridades que tramitan licencias o permisos para el ejercicio de la actividad minera. En síntesis: La competencia para establecer áreas donde se limita parcial o totalmente la actividad minera recae de manera exclusiva en el Gobierno Nacional.

⁵²⁷ Véase Decreto 934 de 2013. “Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001”. Diario Oficial No. 48.785 de 9 de mayo de 2013. Ministerio de Minas y Energía.

Este Decreto, revestido en términos generales de lineamientos restrictivos en cuanto a las facultades y potestades de los entes territoriales, derivó a recibir un sin número de demandas de inconstitucionalidad en contra del Decreto, dentro de las cuales ante la Honorable Corte Constitucional, fue presentada una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la ley 685 de 2001, Estableciendo sus fundamentos en la violación al principio de autonomía territorial y auspicia el incumplimiento de la obligación del Estado de salvaguardar el patrimonio cultural y proteger el medio ambiente en Colombia.

Es por ello que antes las tensiones presentadas, la Corte Constitucional mediante la Sentencia de Constitucionalidad 123 de marzo 5 de 2014, declaró la exequibilidad condicionada del artículo demandado, comoquiera que dentro 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.

Otros mecanismos de control ciudadano utilizados que resultan importantes para analizar debido a su constante ejercicio por parte de los territorios para resguardar los derechos medioambientales, sociales y económicos locales han sido:

- a) Amparo administrativo
- b) Veedurías ciudadanas

En ese orden de ideas analizaremos desde esta perspectiva la utilización de dichos mecanismos.

- a) Amparo administrativo

El primero de ellos va encaminado a resguardar el ejercicio de la minería e impedir su realización de forma ilegal bajo los preceptos señalados por la Corte

Constitucional en la sentencia T-361 de 1993; “La acción de amparo administrativo tiene como finalidad impedir el ejercicio ilegal de actividades mineras, la ocupación de hecho o cualquier otro acto perturbatorio, actual o inminente contra el derecho que consagra el título”⁵²⁸.

La ley 685 de 2001, ley de minería en Colombia expone en el artículo 306 el amparo administrativo entendido como como el procedimiento para suspender de oficio o por aviso de queja cualquier exploración minera sin título en el registro Minero Nacional “la explotación de minerales sin título inscrito en el Registro Minero Nacional (...) Esta suspensión será indefinida y no se revocará sino cuando los explotadores presenten dicho título. La omisión por el alcalde de esta medida, después de recibido el aviso o queja, lo hará acreedor a sanción disciplinaria por falta grave”⁵²⁹.

Esta acción ha sido utilizada para resguardar de igual forma los derechos que el pueblo considera tiene frente a la imposición de la minería en los territorios.

b) Veedurías ciudadanas

La veeduría ciudadana es un mecanismo de participación ciudadana que se resguarda bajo el artículo 70 de la constitución política de Colombia esta preceptúa que la “ley de organizar las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”⁵³⁰.

Asimismo, el artículo 40 señala: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”.

La veeduría ciudadana fundamentada en principio de participación ciudadana hace parte de todos los espacios públicos, políticos y sociales, así como tiene efectos profundos en la vida política y comunitaria también lo es en la vida cívica, está elevada

⁵²⁸ Corte Constitucional, Sala tercera de la Corte Constitucional (1 de septiembre de 1993) Sentencia T-361/1993. (MP Eduardo Cifuentes).

⁵²⁹ Véase artículo 306 de la Ley 685 de 2011, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 44.545 1 de agosto 15

⁵³⁰ Véase artículo 70, Constitución Política de Colombia.

a principio constitucional en el marco de la constitución de 1991 ha permitido avances en el marco de la democracia del país, está como un verdadero instrumento de fiscalización, vigilancia y control de la gestión pública, llamada velar por esos principios constitucionales, legales y reglamentarios; principios tan importantes como la transparencia, democracia, moralidad, equidad, eficiencia y eficacia en el desempeño de la responsabilidad de los servidores públicos y en la gestión pública en general. De igual forma el objetivo principal de la veeduría ciudadana es la democratización de la administración pública, velar por el cumplimiento de los principios de la administración pública, luchar contra la corrupción y por último la promoción de nuevos liderazgos.

Este instrumento es regulado por la ley 850 de 2003 en la que se regula y define la veeduría ciudadana. En el Artículo 1 de esta norma se define la veeduría como “el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público”⁵³¹.

Según lo expresa el Ministerio de Minas y Energías, el sector minero energético tiene como pilar fundamental la activa participación de la ciudadanía en las decisiones y acciones pertinente a las entidades que tiene que ver con la minería, buscando la creación de espacios que faciliten el acceso a los ciudadanos de las gestiones del sector reconociendo a partir de los derechos constitucionales y legales la participación de los ciudadanos pues son en definitiva los garantes finales de los bienes y servicios y en ese sentido son estos quienes tienen la competencia para intervenir en las decisiones, cuestionar, indagar y sugerir en los procesos de minería que se adelanta en el territorio nacional de acuerdo con los preceptos de la democracia participativa que propone procesos políticos libre y abiertos a los ciudadanos⁵³².

⁵³¹ Véase artículo 1, Ley 850 de 2003, de noviembre 18, Diario Oficial No. 45.376, de 19 de noviembre de 2003.

⁵³² Ministerio de Minas y Energía, Mecanismos ciudadanos, Min Energía. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/mecanismos-ciudadanos>

Este mecanismo ha servido a lo largo de los últimos años para realizar control el ejercicio minero en el territorio nacional, permitiendo a los ciudadanos de manera colectiva a participar en la vigilancia de los actos de la administración pública permitiendo la toma de decisiones hasta el control de la ejecución de los recursos de inversión del Estado, enmarcados dentro del principio de democratización la ley 489 de diciembre de 1998 en el artículo 32 habla acerca de la este proceso de democratización y control social indicando: "Todas las entidades y organismos de la administración pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello, podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública"⁵³³.

Uno de los casos más famosos es la veeduría ciudadana de Jericó en el año 2020, quien en cabeza de Fernando Jaramillo miembro de la mesa ambiental de veeduría quien denuncia en todos los diarios y publicaciones a la empresa Anglo Gold Ashati no les ha permitido el paso en el proyecto minero Quebradona para una visita a los predios. Siendo una violación a los derechos fundamentales de la comunidad y de la legislación.

Al igual que las normas antes mencionada la ley Orgánica de participación ciudadana señala en el artículo 63 como la veeduría como una modalidad del control social indicando que este es una forma de ejercer dicho control así como también las juntas de Vigilancia, los Comités de desarrollo y control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios y finalmente las auditorías ciudadanas y las instancias de participación ciudadana, en los términos de las leyes que las regulan, quienes "a través del ejercicio de los derechos constitucionales dirigidos a hacer control a la gestión pública y sus resultados.

⁵³³ Véase artículo 32, Ley 489 de 1998, de 29 de diciembre, "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." Diario oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

En materia de servicios públicos domiciliarios, el control social se sujetará a las normas especiales contenidas en la Ley 142 de 1994”⁵³⁴.

⁵³⁴ Véase artículo 63, Ley Estatutaria 1757 de 2015, de 6 de junio, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”. Diario Oficial No. 49.427, de 16 de febrero de 2015.

CAPÍTULO IV - LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINEROS.

4.1. Corte Constitucional Colombiana y la actividad minera en Colombia.

Bajo los criterios y estudios constitucionales, resulta consecuente exponer cómo ha sido el desarrollo jurisprudencial y la Actividad de la Corte Constitucional dentro de las incidencias mineras, partiendo desde los puntos que históricamente se han constituido en tensiones y límites, no solo desde el punto de vista desde la propia Actividad Minera sino también desde los diferentes límites que han sido impuestos sobre la utilización de los mecanismos de participación para frenar las mencionadas actividades de exploración y explotación comoquiera que la Honorable Alta Corte Constitucional al ser el órgano de cierre de jurisdicción constitucional sus fallos tienen implicaciones no solo jurídicas sino económicas y sociales, en este punto nos remitimos a las primeras tensiones que dieron lugar a una línea jurisprudencial sobre la Actividad Minera.

En esa línea jurisprudencial se encuentran una de las primeras sentencias que orientan la postura de la Corte Constitucional y es la sentencia T-380/1993, en esta la corte argumenta la importancia de los derechos de las comunidades indígenas y su especial protección constitucional, asume la Corte Constitucional que estos derechos pueden ser protegidos mediante Tutela debido a la condición de sujetos colectivo, el segundo aspecto importante que establece la Corte Constitucional es que este mecanismo de tutela era un mecanismo idóneo para la protección del derecho así lo deja ver cuando dice:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo

los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”⁵³⁵

Posteriormente se dio una sentencia de unificación, la SU-039/1997, la Corte mantiene la postura de la tutela como mecanismo idóneo para la defensa de los derechos de los territorios indígenas así como la postura de las comunidades indígenas como sujetos colectivos, esta sentencia enmarca el caso de la empresa INC, quien se le concede un permiso de explotación el territorio de la comunidad indígena U'Wa, estos alegan que no quieren que sus territorios sean explotados e interponen una acción de tutela en dicha sentencia la Corte Constitucional indica que es un deber del Estado proteger la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades, ante la explotación de recursos naturales en sus territorios. Así pues, enmarca tanto la consulta previa como la tutela un medio idóneo y necesario para preservar los derechos indígenas, consagrados en la constitución y en los artículos 6, 7 y 15 del convenio 169 de la OIT.

Otro de los casos importantes del país se dilucida la T-880/2006, donde se enfrenta la etnia Motilón Bari a ECOPETROL por la explotación de un pozo minero en Tibú (Norte de Santander), en la que la Corte Constitucional sostiene la misma postura.

Por ejemplo, en la Sentencia C-030 de 2008 la Corte señaló que:

“(...) esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, deber que es expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad.”

⁵³⁵ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (14 de octubre de 1993) Sentencia T-380/1993. (MP Eduardo Cifuentes).

En el año 2009 se da el enfrentamiento entre la comunidad Emberá y la Muriel Ming Corporation a esta se le concede una licencia para la explotación del sueño donde habita la comunidad indígena, la comunidad presenta una tutela por creer vulnerado sus derechos ya que se dio una consulta previa de forma indebida a lo que la Corte Constitucional en sentencia T-769/2009 señaló los tres aspectos de alcance de la consulta y su contenido esencial. En ellos, se constata que el principio de la buena fe debe estar inmerso durante el proceso, es decir que la consulta debe hacerse de forma honesta y completa.

Con la sentencia T-1045A/2010 donde se enfrenta la comunidad negra de La Toma con el empresario Héctor Jesús Sarria. La corte vuelve a confirmar lo indicado en los casos anteriores referente al alcance de la consulta previa y las características de transparencia y respeto con las que se debe realizar, para lo cual se deja ver dentro de la sentencia lo siguiente:

1. *“Cuando se adopten medidas legislativas o administrativas que afecten a las comunidades étnicas.2. Antes de la explotación o exploración minera o de otros recursos naturales, que se encuentre en los territorios de comunidades indígenas o tribales.3. Cuando sea necesario trasladar las comunidades nativas de sus tierras a otros sitios.4. Antes de diseñar y ejecutar planes de formación profesional dirigidas a dicha población”*⁵³⁶.

Finalizamos con la sentencia T-129/2011, en la cual los resguardos Emberá-Katío, Chidima-Tolo y Pescadito presentan una querrela contra la Gold Plata Corporation, En este caso la Constitucional declara procedente la tutela y establece algunas a importancia en cuanto al consentimiento libre e informado al momento de realizar planes de desarrollo o inversión que tengan un alto impacto en las comunidades, de igual forma la Corte Constitucional consulta previa no es un poder de veto por parte de las comunidades.

⁵³⁶ Corte Constitucional, Sala sexta de la Corte Constitucional (14 de diciembre de 2010) Sentencia T-1045A/2010. (MP Nilson Pinilla).

Bajo el contexto de esta línea normativa, un punto de tensión importante en la que estuvo bajo estudio la exequibilidad contra los artículos 11 (parcial), 35, 37, 41, 48, 5, 78, 79, 122 (parcial) y 131 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, fue en la Sentencia C-395 del 2012, en esta estima la Corte Constitucional, que en el marco que la Constitución ha previsto para la explotación de los recursos naturales, que señalado por la misma Corte intenta resolver la tensión entre los principios unitario y autonómico, dé prelación al primero, en razón a los objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera. Entendiendo que el espíritu del legislador es la prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros, y a evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la financiación de los fines que le son propios.

Por lo que, bajo el estudio de la exequibilidad de los artículos en mención, considera que las disposiciones acusadas no resultan contrarias a la Constitución, sin perjuicio de la consideración conforme a la cual corresponde al propio legislador regular la manera de adelantar las distintas etapas de la actividad minera y el papel que en ellas puedan jugar las entidades territoriales.

En consecución con la normativa expuesta, la tensión expuesta deriva de la presunta vulneración a la autonomía territorial parte de la demanda de inconstitucionalidad al artículo 37 de la Ley 685 de 2001 la cual 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 Carta⁵³⁷, pero adicionalmente “la Corte ha identificado varias disposiciones del Código que sólo resultan compatibles con la Constitución bajo determinada lectura que ha hecho explícita a través de decisiones

⁵³⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (25 de mayo de 2016) Sentencia C-273/2016 (MP Gloria Ortiz)

de exequibilidad condicionada⁵³⁸, especialmente respecto de los temas de participación ciudadana y consulta previa⁵³⁹.

Que los problemas jurídicos centrados, en esta sentencia expresados por la Corte Constitucional se delimitar conforme al artículo 37 de la Ley en mención, determinar si una prohibición absoluta que consagre la ley para que los concejos municipales y distritales excluyen zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y explotación minera, prohibición que a su vez implica la imposibilidad de que los planes de ordenamiento territorial consagran restricciones en ese sentido, resulta una limitación desproporcionada de la competencia para la regulación de los usos del suelo dentro del territorio del municipio, reconocida a los consejos municipales y distritales en los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución. Exceso o desproporción que, de acuerdo con la accionante, se presentaría en tanto el artículo 37 del Código de Minas obvia los principios de coordinación y concurrencia en el ejercicio de competencias derivadas del principio de autonomía territorial, de acuerdo con el artículo 288 de la Constitución.

Pero que asimismo la Corte Constitucional ha señalado, que, a pesar del principio de autonomía territorial, ha recordado que los contenidos que integran el principio de autonomía territorial no pueden ser entendidos de forma aislada o descontextualizada, por lo que se hace preceptivo que su concreción en casos particulares atienda otros contenidos del sistema constitucional colombiano. Es decir, que más allá de la naturaleza del mencionado principio existen diferentes contextos en lo que la interpretación de la autonomía territorial y por tanto no puede desconocer que las instituciones, procedimientos y las competencias que la concretan existen y se desarrollan en un Estado que, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, ha adoptado una forma de organización territorial unitaria, es decir, no puede olvidarse que el colombiano es un Estado unitario en lo relativo al principio de organización territorial. Por lo que en ese sentido, la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, con base a los siguientes fundamentos; que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de

⁵³⁸ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (28 de febrero de 2017) Sentencia SU-133/2017 (MP Luis Vargas).

⁵³⁹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (5 de marzo de 2014) Sentencia C-123/2014 (MP Alberto Rojas).

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, esto evidentemente como ha sido mencionado a lo largo de la resolución de los principios con la aplicabilidad de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad desarrollados en el artículo 288 de la Constitución Política.

Por otra parte, en la concepción de la Corte Constitucional en Sentencia **C-389 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
- 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 Poveda⁵⁴⁰, esta Ley contenía artículos que, entre otros objetivos, pretenden 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**, la Corte Constitucional declaró esta ley inexecutable porque se omitió en su

⁵⁴⁰ Poveda, E., (2013) La normativa minera tras la caída de la Ley 1382: más dudas que certezas. Disponible en: Recuperado de: <https://bit.ly/2H9r7q6>.

proceso de expedición la consulta previa con las comunidades étnicas que podrían 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 humedales⁵⁴¹.

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 Galeano⁵⁴², 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 facilidades para la instalación de la gran minería de capital transnacional y flexibilización jurídica a los impactos ambientales de los megaproyectos mineros. 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.

Dentro del estudio de los lineamientos jurisprudenciales, en los puntos de mayor tensión y que a través de esta sentencia se unificaron ciertos criterios que habían sido objeto de análisis, esto es con la Sentencia SU-095 de 2018, en que él fue motivo de discusión debido a la limitante en la autonomía de las entidades territoriales sobre las consultas populares en la actividad minera.

En el bosquejo del caso, la Corte Constitucional ejerce pronunciamiento sobre una acción de tutela interpuesta por la empresa petrolera Mansarovar Energy Ltda., en contra de la sentencia que avaló la consulta popular sobre actividades de hidrocarburos en el municipio de Cumaral, Meta.

⁵⁴¹ Rubiano, 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>.

⁵⁴² Galeano, J.P., Minería y Medio Ambiente en Colombia – la Nueva Regulación del 2010. Recuperado de: <https://bit.ly/2HkpvXY>.

En consecuencia, el estudio de la sentencia se centró en el análisis de la legalidad de las consultas populares que fueron objeto de acción en diferentes municipios en las que se pronunciaban si estaban de acuerdo o no de la llegada de proyectos de explotación y exploración de los recursos naturales y del ejercicio de actividades mineras. Dentro de las disposiciones de mayor relevancia en esta sentencia encontramos que la Corte Constitucional ordena, y exhorta al Gobierno nacional a que ponga “en práctica un procedimiento que permita la coordinación y concurrencia con las entidades territoriales para la definición y determinación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos”. Además, le solicita al Congreso que “defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia “nación-territorio”. Estas Disposiciones fueron posturas reiteradas en diferentes sentencias de la Corte Constitucional en decisiones anteriores con la diferencia de que en esta sentencia la Corte resolvió dejar sin competencia a los Municipios para realizar consultas populares sobre proyectos que modifiquen el uso del suelo.

Esta sentencia de Unificación resulta un punto de valoración importante comoquiera que estructura tópicos a desarrollar y legislar por parte del Congreso, dentro del marco de los principios establecidos, que referente al principio de coordinación, el cual parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Y relacionado a su vez con el principio de concurrencia el cual lleva intrínseco una serie de fines del Estado cuya realización requiere de la participación tanto de las autoridades a nivel nacional como las territoriales. Por último, el principio de subsidiariedad, desde una perspectiva positiva, implica que la intervención del Estado y la correspondiente atribución de competencias debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, siendo una expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa.

Resulta entonces un punto a concluir de la revisión de esta sentencia, que la improcedencia de las consultas populares, en las cuales señaló su carácter generalmente facultativo y excepcionalmente obligatorio, Las restricciones competenciales del pueblo en consulta popular y La prohibición de modificar la Constitución o de desconocer derechos constitucionales mediante el empleo de la consulta.

Y en la que termina exhortando al Congreso para que legisle sobre uno o varios mecanismos de participación ciudadana y la concurrencia entre la Nación y el territorio.

La Corte constitucional por su parte en la sentencia C-053 de 2019, soporta la demanda de inconstitucionalidad contra ley 136 de 1994 “ por medio de la cual se “dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”⁵⁴³, La demandante afirma que el artículo 33, de la ley 136 de 1994 vulnera artículos 105, 151, 152, 288 y 313.7 de la constitución política, este artículo 33 indica: “Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio”⁵⁴⁴.

De igual forma se advierte la trascendencia que soporta una ley orgánica, siendo esta la que organiza un aspecto funcional de la república en lo que respecta a materias constitucionales importantes ya que está según la constitución impone límites a la actividad legislativa ordinaria.

Así pues, la sala plena de la Corte Constitucional reiteró la decisión asumida en la sentencia SU-095 de 2018, en la que no se permite la realización de las consultas populares en los asuntos distintos a la competencia territorial, teniendo de presente temas que comprenda incidencia nacional o departamentales. En este sentido cabe señalar que la Corte Constitucional expone los límites entre las materias territoriales y las de competencia nacional en ello en marca el uso del subsuelo y la explotación

⁵⁴³ Gobierno Colombiano, Ley 136 de 1994, Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. D.O. No. No. 41.377 de 2 de junio de 1994

⁵⁴⁴ Véase artículo 33, de 136 de 1994.

de los recursos no renovables que es potestad del Estado, así las cosas, la Corte Constitucional mantiene en esta última línea que las consultas populares no son mecanismos idóneos para la prohibición de la actividad minera.

Finalmente la Corte Constitucional resuelve declarar la inexecutable del artículo 33 de la ley 136 de 1994, teniendo de presente el desconocimiento de la reserva de ley orgánica y en una ley ordinaria obligaba a los municipios a realizar consulta popular cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera entre otros, se dé una amenaza al uso del suelo, lo que contraría el artículo 105 y 152 de la Constitución Política de Colombia y en ese mismo orden de ideas como lo indica la Sentencia C-053 de 2019, bajo la cual se señala que según el artículo 31 literal c de la Ley Estatutaria 1757 de 2015 que dispone que las consultas populares son optativas para las autoridades territoriales.

Sostiene la Corte Constitucional en lo que respecta a las restricciones de la competencia del pueblo en la consulta popular, teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar consultas en asuntos ajenos a la competencia de la autoridad territorial o que ésta asuma asuntos de incidencia nacional o departamental.

4.2. Ausencia de la armonización legal de las competencias de la autoridad minera y ambiental en la definición de las áreas excluidas o restringidas de la minería en Colombia.

Que, expuesto el Contexto Jurisprudencial, vemos como análisis importante las disposiciones y los diferentes conflictos de competencia en la armonización legal de las autoridades ambientales sobre las áreas restringidas de la minería en Colombia, por lo que dentro de esta exposición se busca plasmar las distintas posturas que sirven de fundamento para explicar las diferentes tensiones descritas.

Desde el enfoque constitucional, en cuanto a la armonización de las competencias y de los poderes públicos encontramos su fundamento en el artículo 113 de la Constitución Política de 1991⁵⁴⁵ que expone organización de los poderes públicos y de las relaciones jurídicas entre ellos, por lo que este artículo exige una colaboración armónica de las diferentes ramas, tanto la Ejecutiva, legislativa y judicial. Pero no solo

⁵⁴⁵ Véase artículo 113, Constitución Política de Colombia.

de estos componentes sino también de los diferentes órganos o entidades del estado que, si bien no tienen estrictamente las mismas funciones o competencias, deben colaborar armónicamente para la realización de los fines descritos en la Carta Constitucional.

La colaboración armónica se convierte prácticamente en una exigencia cuando la concebimos como uno de los principios fundamentales en cuanto al modelo de organización política en la que partió del constituyente de 1991, y que expresado en Sentencia C- 534 de 1996 de la Honorable Corte Constitucional, busca ejercer el ejercicio y equilibrio de poderes que impidan un desbordamiento en el cumplimiento de las funciones asignadas o contrariamente a la concentración de estas⁵⁴⁶.

De allí que el artículo 6° de la ley 489 de 1998, establece el principio de coordinación bajo las siguientes premisas: “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 titulares⁵⁴⁷”

En consecuencia a el desarrollo de este principio vemos que en lo referente a la actividad minera se refleja poca armonización comoquiera que en el código de Minas, no se establece una coordinación armónica entre las autoridades ambientales y mineras que permitan autorizar el desarrollo de la actividad minera, por lo que en aplicación de este principio así como el de concurrencia son de rango constitucional y ampliados por la jurisprudencia constitucional por lo que se hace necesario la aplicación de estos principios en lo referente a la actividad minera, especialmente en la definición de las zonas excluidas o restringidas de la minería, pues el sector ha

⁵⁴⁶ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (16 de octubre de 1996) Sentencia C-534/1996 (MP Fabio Morón).

⁵⁴⁷ Véase artículo 6 de la Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, Medio de Publicación, Diario oficial 43.464.

sufrido las consecuencias devastadoras de la evidente desarticulación institucional frente a la delimitación de áreas compatibles con la minería.

Ahora bien la aplicación de este principio no solo parte desde el orden nacional sino también justamente va guiado a uso compenetrado con las entidades del orden territorial que ampliamente ha sido motivo de postura en la Corte Constitucional en la que expresa 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” ⁵⁴⁸ En la misma línea argumentativa, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-133 de 2017⁵⁴⁹.

Este campo práctico de la aplicación de los principios y de la coordinación armónica, dentro de los tanto puntos donde podemos ver su aplicabilidad encontramos que 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 Ambiental⁵⁵⁰.

Expresado lo anterior, podemos identificar que guiado por estos preceptos también resulta importante reseñar los factores que inciden en la regulación y otorgamiento por parte de las autoridades mineras que tienen incidencia en las tensiones señaladas, es así como la actividad minera está regulada por dos regímenes normativos principales, el minero y el ambiental. 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

⁵⁴⁸ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (8 de febrero de 2016) Sentencia C-035/2016. (MP Gloria Ortiz).

⁵⁴⁹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (28 de febrero de 2017) Sentencia SU-133/2017 (MP Luis Vargas).

⁵⁵⁰ Véase artículo 63 de la 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, medio de publicación, Diario Oficial N°41.146.

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; 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 debido a 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 Colombia⁵⁵¹.

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 ambiental. 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”⁵⁵².
- ii. Estudios 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 viabiliza o no la correspondiente licencia

⁵⁵¹ Macías, L., (2016) Las licencias ambientales para las actividades mineras: sus antecedentes y régimen actual. en Henao, J. Y García, M., (Eds.), *Minería y desarrollo- Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, p. 213 – 249.

⁵⁵² Ministerio de Minas y Energía, Glosario Técnico Minero, Bogotá, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2Hiky1U>. (Consulta: 20-05-2021)

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”⁵⁵³.

- iii. Licencia ambiental. 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”⁵⁵⁴.
- iv. Permisos para uso de los recursos naturales renovables, y (v) Guías ambientales. 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) y autorizaciones cuando sean exigibles legalmente.

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

⁵⁵³ Herrera, C., ¿Cómo entender la participación de las autoridades territoriales en los procesos de ordenamiento minero? En: Henao, J. y García, M. (Eds.), *Minería y desarrollo- Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, p. 213 – 249.

⁵⁵⁴ Rincón, J., 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. y García, M, *Minería y desarrollo- Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, p. 213 – 249.

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 mineros⁵⁵⁵, 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 de este. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el progreso social y económico conlleva indiscutiblemente la explotación racional 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 irreversible⁵⁵⁶.

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 Gonzales⁵⁵⁷:

⁵⁵⁵ Martínez, Op Cit, 2012, p. 64

⁵⁵⁶ Rincon, Op Cit, 2016, p. 269.

⁵⁵⁷ González, N., (2014) *La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Derecho.

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.

Las autoridades, por tanto, tienen una gran responsabilidad, pues son éstas quienes deben generar un ambiente de seguridad jurídica y certeza en los derechos y obligaciones.

En Colombia existen diferentes organismos que hacen parte de la obtención de un título minero para la explotación y explotación de los recursos, a) el primero de ellos en la Agencia Nacional de Minería (ANM), quien es la encargada de expedir mediante contratos de concesión, los títulos mineros para las etapas de exploración, construcción y montaje, y explotación, concesiones, esta se integra dentro un sistema que regula, coordina y salvaguarda el otorgamiento de títulos mineros; b) por otro lado se encuentra las autoridades ambientales de las cuales establece el decreto 2041/2014 corresponde a: 1- La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA); 2- las Corporaciones Autónomas regionales, 3- Los Municipios y áreas metropolitanas superiores a 1.000.000 habitantes teniendo de presente el artículo 66 de la ley 99 de 1993 y las demás autoridades ambientales creadas por la ley 768 de 2002.

- a) Con el Decreto 4134 de 2011 se creó la Agencia de minería (ANM), que tiene como objeto “El objeto de la Agencia Nacional de Minería, ANM, es 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, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Decreto 1073 DE 2015, Por la cual medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, D.O No. 49523 del 26 de mayo de 2015.

b) El decreto 2041 de 2014, reglamenta el título VIII de la ley de 1993 sobre las licencias ambientales, en este sentido se regulan algunas autoridades ambientales como:

1. La Autoridad Nacional de Licencia Ambiental (ANLA), que según el artículo 8 tiene por competencia “otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades, en lo que respecta al tema del sector minero lo siguiente:

“La explotación minera de: a) **Carbón**: Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a ochocientos mil (800.000) toneladas/año; b) **Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos**: Cuando la producción proyectada sea mayor o igual a seiscientos mil (600.000) toneladas/ año para las arcillas o mayor o igual a doscientos cincuenta mil (250.000) metros cúbicos/ año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos; c) **Minerales metálicos y piedras preciosas y semipreciosas**: Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea mayor o igual a dos millones (2.000.000) de toneladas/año; d) **Otros minerales y materiales**: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a un millón (1.000.000) toneladas/año”.

2. Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de desarrollo Sostenible, en su naturaleza autónoma e independiente tienen como competencia establecida mediante el artículo 9 del decreto 2041 de 2014 que indica:

“Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y las autoridades ambientales creadas mediante la **Ley 768 de 2002**, otorgarán o negarán la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades, que se ejecuten en el área de su jurisdicción(...) En el sector minero. La explotación minera de: a) **Carbón**: Cuando la explotación proyectada sea menor a ochocientos mil (800.000) toneladas/año; b) **Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos**: Cuando la producción proyectada de mineral

sea menor a seiscientos mil (600.000) toneladas/año para arcillas o menor a doscientos cincuenta mil (250.000) metros cúbicos/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos; c) **Minerales metálicos, piedras preciosas y semipreciosas:** Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea menor a dos millones (2.000.000) de toneladas/año; d) Otros minerales y materiales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a un millón (1.000.000) toneladas/año”⁵⁵⁹.

3- Por su parte otra autoridad que contempla el Decreto 2041 de 2014 son los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón (1.000.000) de habitantes. Las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002.

Ahora bien, las licencias ambientales como lo indica el artículo 3 del Decreto 2041 de 2014 son autorizaciones que otorgan la autoridad minera ambiental dentro de sus competencias para:

“La ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada”⁵⁶⁰.

Sin embargo, el decreto 2041 de 2014, deja claro que las corporaciones autónomas regionales, así como las demás autoridades ambientales que emiten permisos de concesión o autorizaciones ambientales no podrán otorgar permisos o concesiones cuando estos formen parte de un proyecto en cuya licencia ambiental sea de competencia privativa de la autoridad Nacional de licencia Ambiental (ANLA)⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Véase artículo 9, Decreto 2041 de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, D.O No. 49305. 15 de octubre de 2014.

⁵⁶⁰ Ídem. Véase artículo 3.

⁵⁶¹ Ídem. Véase, artículo 3.

Se presentan entonces tensiones entre estas autoridades y sus competencias a nivel nacional y territorial, pues se han otorgado permisos por parte de las Corporaciones Regionales Autónomas que terminan chocando con las conceptualizaciones de ANLA, por territorios de especial protección. La falta de armonización entre el código de mina y la demás normatividad vigente siendo la Corte Constitucional la que ha entrado a dirimir mediante sentencia los factores de concurrencia y coordinación entre los diferentes organismos.

Se ha considerado en algunas tensiones que se reflejan entre la Agencia Nacional de Minería (ANM) y La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), ya que tanto el código de minas como los decretos existente deja algunos vacíos, así pues la ANM se manifiesta como ente superior que regula y fomenta la explotación minera y la ANL como la autoridad responsable de la expedición de licencias para el cuidado y la protección del medio ambiente, esta normatividad deja muchas acciones al aspecto discrecional de los funcionarios un claro ejemplo de ello la minería artesanal, ya que las personas que efectúan esta labor no acatan las disposiciones medioambientales.

En esta concepción se encuentra lo que sucede entre el código de minas y los Planes de Ordenamiento territorial (POT), que es donde se regula la ocupación del uso del suelo. La grandes diferencias normativas, parten cuando las regulaciones que se plasman al interior de un código por ejemplo el Código de Minas en que se establecen concepciones muchas veces libres a los procesos de exploración y explotación minera, no condicen con los lineamientos establecidos por los Planes de Ordenamiento Territorial sobre determinadas áreas de protección o restringidas, es en este apartado donde vemos materializado las diferentes tensiones entre la falta de armonización en la estructuración de la norma y la poca unicidad en materia de zonas de especial protección⁵⁶².

En ese orden de ideas la cuestión está planteada sobre la concordancia que debe existir entre los entes Nacionales y territoriales la coherencia e importancia de los factores sociales y medioambientales que deben fundamentar los Planes de

⁵⁶² Vargas, E, (2004) “La política minera para el desarrollo sostenible”, *Boletín de ciencias de la tierra*, No 16, p. 121-134.

Ordenamiento Territorial y las concepciones establecidas en la normatividad minera, un ejemplo de esos vacíos se presentó en el Área metropolitana de del valle del Aburrá⁵⁶³ en su ordenamiento territorial, en dicho caso se realizó una explotación de arenas en unas zonas donde se encontraban víctimas del conflicto armado. En este sentido enfatizar sobre las competencias que tiene los organismo en el sector minero resulta relevante pues según el código de minas sería la Agencia Nacional de Minas (ANM) quien tiene competencias para controlar el uso del subsuelo , mientras que los POT reglamentan los aspectos de ocupación y usos del suelo y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a través de la Ley 99 de 1993 reglamenta la expedición de licencias ambientales, resulta un punto álgido de tensión bajo el entendido que existen varios casos de otorgamiento de permisos concesiones para exploración y explotación, en lugares donde el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) o en su defecto la legislación ambiental, establece precisamente como áreas de protección especial, y que en ese sentido tales posturas serían incompatibles aunando más en la falta de certeza y del principio de seguridad jurídica en los diferentes postulados mineros.

4.3. Inseguridad jurídica por fallos en torno a la explotación de recursos mineros emitidos por las altas cortes colombianas (Corte Constitucional –Consejo de Estado).

En este aparte se analizará el papel de las altas Cortes colombianas respecto de la actividad minera, la obligación de los actores dentro de esta actividad a partir de la obligatoriedad de los fallos emitidos por las Cortes Colombianas, los pronunciamientos frente a la consultas populares en los territorios indígenas y afrodescendientes que se han convertido en un factor determinante para la inversión extranjera, así con las tensiones derivadas de la autonomía de los entes territoriales y el poder de la nación como punto de eje en las discusiones jurisprudenciales frente a la actividad minera.

Ahora bien, este aparte revisará el alcance de la consulta previa y los derechos y garantías constitucionales frente a la democracia en el aspecto meramente constitucional. En ese sentido se observa el problema del alcance jurídico de dichos

⁵⁶³ Área Metropolitana del Valle de Aburrá, Plan de Ordenamiento y manejo de la cuenca del río Aburrá- Convenio de cooperación No 652 de 2005, 2007. En este se da un manejo inadecuado a la explotación de arenas.

procesos de consulta y la interpretación dada por la Corte Constitucional en vista de la ausencia de una legislación de índole estatutaria que regule los alcances de este tipo de instrumentos constitucionales en la actividad minera y la participación de la Nación y el territorio, que ha generado una inseguridad jurídica y falta de certeza en la aplicación de los criterios de coordinación emanados por la Corte Constitucional.

En el anterior subtema se indicó la distribución territorial lo que conlleva decir que de esta distribución depende en gran medida de la reclamación que adelantan los territorios para permitir la explotación de minerales, constitucionalmente se reconoce el derecho de las comunidades indígenas y afro descendientes y la importancia de proteger las riquezas de la Nación y el patrimonio cultural como se establece en el artículo 8 de la constitución Política de Colombia, así mismo los artículo 2, 7, 40 y 330 de la Constitución Política de Colombia desarrolla el marco constitucional del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales.

La Constitución Política de Colombia prescribe que los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y en ese sentido es inalienable, imprescriptibles e inembargables. Así pues, el artículo 330 de la Constitución establece que son los territorios indígenas gobernados por consejos que se regulan y se conforman de acuerdo a lo establecido en la constitución Política de Colombia y las leyes conforme a las siguientes funciones: 1- Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo; 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; 4. Percibir y distribuir sus recursos; 5. Velar por la preservación de los recursos naturales; 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional; 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ Véase el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia.

La Corte Constitucional es quien tiene la salvaguarda de la Constitución Política de 1991, vela por el cumplimiento de los tratados internacionales y vía bloque de constitucionalidad, para proteger los derechos fundamentales y en este caso de que denota total importancia por tratarse de comunidades étnicas, indígenas o tribales. Así como esta se ve en la obligación de pronunciarse frente a las diferentes demandas y tutelas que se allegan por el derecho de los Pueblos, en miras del control constitucional.

En este sentido, al establecerse como un espectro de vital importancia en los fallos jurisprudenciales, en ese orden de ideas, la Corte Constitucional establece que, consagrando el derecho fundamental a la consulta previa, esta tiene su fundamento en la defensa de los pueblos indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Emanado desde la concepción del Estado Social de Derecho, la participación se pondera como un valor fundamental en la que concurren diferentes defensas como con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares. Implica este derecho que ante cualquier actividad que ponga en riesgo todas aquellas situaciones de las comunidades indígenas y tribales deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, lo que les permita ejercer su voz y opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues ésta incide o incidirá claramente en sus vidas⁵⁶⁵.

Este derecho reconocido plenamente se orienta bajo el entendido constitucional que Colombia es una República democrática y pluralista como lo indica el artículo 1 de la constitución de 1991, en este se indica la protección de la diversidad étnica, la cultura como valores constitucionales superiores, y el reconocimiento de igual forma de la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios por ello como lo indica la Corte Constitucional⁵⁶⁶, “ Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales”.

⁵⁶⁵ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (15 de noviembre de 2018) Sentencia SU-123/2018. (MP Alberto Rojas).

⁵⁶⁶ Ibidem.

Particularmente la Corte Constitucional deja ver la importancia de la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que de una u otra forma puedan afectar sus derechos en relación con la explotación minera dicho esto la Corte constitucional hace referencia a la participación de la consulta previa en la Sentencia SU123/2018 “a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”⁵⁶⁷

En concordancia con los aspectos de la exploración y explotación de los recursos naturales en el subsuelo, y asimismo en sintonía con las normas que protegen la diversidad cultural y el medio ambiente en la Constitución, estos deben estar alineados con el nivel de protección que el Estado y la comunidad internacional exigen para preservar la integridad de las comunidades nativas y su existencia digna así como la diversidad étnica y cultural de Colombia, asimismo ser armonizados con el desarrollo económico del país, la protección de las riquezas naturales y la multiculturalidad del Estado-Nación⁵⁶⁸.

De la construcción teórica y práctica del derecho fundamental a la en relación con la salvaguarda del derecho a la tierra y a la consulta previa, territorio de las comunidades indígenas, se perciben varios problemas referidos a su aplicación Constitucional y a su vez se hará énfasis en dos. en los casos sometidos a estudio por parte de la Corte implementación práctica; de tales controversias, desde un punto de vista holístico donde se presenta un conflicto en la ambigüedad de conceptos y hasta qué punto mediante la consulta popular en este caso de las comunidades indígenas y tribales puede ejercer como un mecanismo eficiente para la prohibición de proyectos y actividades mineras así mismo estos realmente generen un punto de afectación o de impactos sobre tales comunidades. Siendo así se describen los puntos en discordia como objeto de debate y discusión sobre la resolución de estas tensiones constitucionales. Que nos permitan así determinar si la consulta previa tiene la

⁵⁶⁷Ídem.

⁵⁶⁸ Henao, J., y González, A., (2016) *Minería y Desarrollo Minería y Comunidades, Conflictos y Participación Ciudadana*, tomo IV, Universidad Externado de Colombia, p. ,333.

potencialidad de constituirse en veto respecto de los proyectos que se van a implementar en el respectivo territorio⁵⁶⁹.

Resulta de esta discusión un punto de tensión, comoquiera que tales actividades mineras en las que se derivan de una iniciativa en dónde está relacionada una empresa o una entidad estatal y se va a implementar un proyecto que altera las condiciones habituales de las comunidades, pues recaen en el territorio que han explotado o habitado de manera ancestral. En ese sentido la aplicación que se ha percibido de la reacción de las comunidades se ubica en una perspectiva de resistencia o de afectación sobre estos territorios. Estas diferencias se agudizan producto de la falta de concertación y diálogo permanente entre el Estado y las comunidades con miras a aprender de sus conocimientos ancestrales y experiencias en la naturaleza, pero también a partir del cual las entidades públicas correspondientes formulen políticas públicas encaminadas a obtener un mejoramiento en las condiciones de existencia de estas, y de revisar realmente el impacto de estos proyectos sobre tales territorios. Es por ello por lo que sirve de instrumento normativos ciertas bases jurisprudenciales de la Corte Constitucional donde se exponen tales circunstancias y sus ámbitos de aplicación y resolución en distintos casos⁵⁷⁰.

Casos como la sentencia T-769 de 2009 donde se demandó al Ministerio del Interior por considerar que la compañía Muriel Mining Corporation presentó un proyecto de contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de una mina “de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles”, sin tener en cuenta la población indígena habitante en esa zona, por lo que estos presentaron un amparo de tutela que fue contestada en segunda Instancia por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil quien en mayo de 2009, negó las pretensiones y revocó la sentencia del Tribunal administrativo. Una vez allega la revisión de esta decisión ante la Corte Constitucional, se ordena la revocatoria de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, resuelve así conceder la protección de los derechos al debido proceso; a la consulta previa con las comunidades autóctonas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales comunidades, al igual que a las riquezas naturales de la Nación y como consecuencia se ordena la suspensión

⁵⁶⁹ Ídem, p. 335.

⁵⁷⁰ Ídem, p.335.

de la actividad de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó⁵⁷¹.

La Corte Constitucional en este punto deja ver la importancia de la participación y los mecanismos que tienen los ciudadanos para materializarlo en este caso la consulta previa está esboza la constitución de estos instrumentos para preservar la integridad cultural:

“Constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”; por ello el Estado, por intermedio de sus diferentes autoridades competentes para cada asunto, tiene el deber de consultar previamente a los grupos étnicos, cada vez que vaya a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente; ha de tenerse en cuenta, así mismo, lo estatuido por los artículos 329 y 330 de la Constitución colombiana, sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas y el gobierno en esos territorios, reglamentado según los usos y costumbres de las respectivas comunidades, entre cuyas funciones está la aplicación de la normatividad sobre el uso del suelo, diseñar políticas, planes y programas de desarrollo económico y social, y velar por la preservación de los recursos naturales”⁵⁷².

De otro lado encontramos el caso de la mina Villonza, donde los habitantes del territorio señalan la vulneración al debido proceso y el derecho al trabajo, siendo vulnerados al ser consultados y sacados del territorio que venían explotando de manera artesanal, en sentencia T- 4561330, la Corte Constitucional erige sobre la necesidad de soportar medidas que ayuden a la efectividad de los derechos fundamentales de los accionantes, y en general de las comunidades indígenas y afrodescendientes que se dedican a la minería artesanal en la mina Villonza, ya que se estima bajo estos hechos que todas estas personas afectadas seguirán buscando

⁵⁷¹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de octubre de 2009) Sentencia T-769/2009. (MP Nilson Pinilla)

⁵⁷² Ibidem.

las formas de explotar de forma artesanal la mina, porque de ello depende en gran medida su sustento diario, siendo esta la actividad propia de su comunidad y la única que han realizado durante toda su vida, siendo importante asegurar las condiciones adecuadas de salud y seguridad, así como la explotación equilibrada del medio ambiente y de los recursos naturales.

La Corte Constitucional en revisión considera evidente “La falta de consulta previa a la comunidad indígena y afrodescendiente que se dedica a la explotación minera en la mina Villonza, de cuya pretermisión se derivaría el quebrantamiento de derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y sus comunidades”⁵⁷³, y en este sentido se observa la importancia de los procesos de consulta previa ya que la mina Villonza, ha venido siendo explotada artesanalmente por la comunidad indígena de Cártama y la comunidades afrodescendiente de ASOJOMAR, lo que constituye una actividad cultural y económica de las comunidades respaldada constitucionalmente.

En este caso en particular la Corte Constitucional ordena revocar las sentencias de primera y segunda instancia bajo las anteriores consideraciones entre otras expuestas dentro de la sentencia y concede dentro de esta misma sentencia el derecho a la consulta previa, así como establece las garantías, coordinación y alcance de esta.

Luego de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional estableció algunas líneas, pues considero que la comunidad indígena dejó de ser una realidad fáctica y legal como ella misma indica y pasó a ser para la Constitución Política de 1991 un sujeto de derechos fundamentales, en la sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional, estableció que respecto al desarrollo económico sostenible y la consulta los pueblos indígenas los siguiente:

“desarrollo económico sostenible”, puntualizó que el Constituyente a través del artículo 330 de la Carta protegió y condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, a que se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Así, la Sala afirmó que la

⁵⁷³ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (14 de octubre de 1993) Sentencia T-380/1993. (MP Eduardo Cifuentes).

explotación maderera, independientemente de la autorización estatal, atenta contra el ecosistema y agota los recursos primarios de la economía de subsistencia de las comunidades étnicas afeitándose su vínculo con el entorno y la naturaleza. Por ello, la Corte ordenó a la autoridad estatal demandada, la restauración de los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito e iniciar las acciones judiciales dirigidas a exigir las medidas de reparación de los daños sufridos por el resguardo indígena”⁵⁷⁴.

La Corte Constitucional ha expresado por un lado la libre determinación de las comunidades étnicas y que este derecho se hace efectivo mediante el “deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles. Con base en lo anterior, y citando lo considerado en las sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998, la Corte concluyó en esta ocasión que “por ser la consulta previa una forma de participación que realiza el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas e, incluso, su derecho a la supervivencia como grupo diferenciado, este mecanismo ha sido protegido por esta Corporación como un derecho fundamental”⁵⁷⁵.

Entonces la consulta previa es un derecho fundamental enmarcado dentro de la constitución que se convierte en obligatorio a la hora de realización de los trámites para cualquier tipo de explotación y uso del suelo en territorios ancestrales así cuando se pretenda tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser: a) Medidas administrativas como la expedición de una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales, y b) Medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos, se debe tener de presente la comunidad habitante ese territorio (Sentencia T-382 de 2006, citada en Rodríguez, 2012)⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (14 de octubre de 1993) Sentencia T-380/1993. (MP Eduardo Cifuentes).

⁵⁷⁵ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (29 de octubre de 2009) Sentencia T-769/2009. (MP Nilson Pinilla)

⁵⁷⁶Correa, D., (2018) “La consulta previa frente a la minería. Estudio de caso en los resguardos indígenas del noroccidente colombiano”, *Revista científica universidad de caldas*, vol. No. 46, p.147. Disponible en: DOI: 10.17151/luaz.2018.46.9

Lo anteriormente descrito podría considerarse el contenido inicial del derecho fundamental a la tierra y al territorio de las comunidades en el ámbito del régimen jurídico dispuesto en la Constitución, este derecho proviene de enunciados normativos del derecho internacional de los derechos humanos,⁵⁷⁷ y que se conjugan el bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, que habla sobre "Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes", y que en caso de Colombia fue incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 31 de 1967⁵⁷⁸.

El Convenio 169 de la OIT- entre los artículos 11 al 14 trata sobre: las tierras de las comunidades indígenas y grupos étnicos, y en ese sentido el reconocimiento a la propiedad, colectiva o individual, en favor de los miembros de la comunidad como lo dice HENAO, J. Y GONZALEZ., A.⁵⁷⁹, sobre inmuebles que históricamente han sido ocupados por estas comunidades, y de allí la importancia de lograr el consentimiento libre de la población que se pretenda trasladar de su territorio ancestral correlativa compensación en tierras de igual calidad, pero como siguen indicando los autores la salvedad se hace sobre lo que prevea la autoridad nacional en razón de la seguridad Nacional, la economía o la salud de la respectiva población.

Este Convenio se dedica a dar una explicación del aspecto cultural y la importancia que tiene la tierra sobre la colectividad, así como indica HENAO, J. Y GONZALEZ., A.⁵⁸⁰ dentro del Convenio 169 de la OIT, sobre el concepto del territorio a lo que alude lo siguiente: "lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera". En este punto es importante señalar que el artículo 1451 destaca las obligaciones del Estados de reconocer la tierra en los territorios tradicionalmente ocupados por las comunidades étnicas y en ese sentido su posesión propiedad, y la importancia de tomar medidas para

⁵⁷⁷ Henao, J., y González, A., *Minería y Desarrollo Minería y Comunidades, Conflictos y Participación Ciudadana*, Op. Cit., p. 333.

⁵⁷⁸ Ídem, p.335

⁵⁷⁹ Ídem.

⁵⁸⁰ Ibidem, p.336

determinar la tierra de las comunidades e instituir procedimientos adecuados a efectos de que las comunidades puedan reivindicar sus respectivos territorios⁵⁸¹.

De igual Forma en la Convención 169 de la OIT se alude al reconocimiento y la protección especial de los recursos naturales señalados en el artículo 15161 enmarcados en la obligación del Estado de protección y el deber de estos de realizar consultas previas para la realización de la actividad minera tendientes a determinar el daño o el interés que puede tener la comunidad en un determinado proyecto⁵⁸².

Ahora bien, en sentencia C-616 de junio 13 de 2001, deja ver que: “El legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del artículo 93 de la Constitución, uno de los cuales es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas, en este caso la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.”⁵⁸³

Ahora bien, en el entendido que la Corte Constitucional tiene de presente la afectación existentes la estructura social, espiritual y cultural así como también lo respectivo a la salud ocupacional y en este sentido la existencia un impacto sobre las fuentes que sustenta la comunidad ubicadas en los territorios que se pretende explotar, otras de las acepciones que expone la Corte Constitucional dentro de la sentencia SU123-18 tiene que ver con los oficios y la producción de la comunidad tal como reza en dicha sentencia :

“Sé imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o

⁵⁸¹ Ídem

⁵⁸² Ídem

⁵⁸³ Correa, D., “La consulta previa frente a la minería, Estudio de caso en los resguardos indígenas del noroccidente colombiano”, op. Cit. p 147.

*tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido*⁵⁸⁴.

Haciendo un estudio holístico, no solo el ámbito de protección nacional sino de los convenios y tratados internacionales, objeto de esto encontramos el Convenio de mayor relevancia emanado de la Organización Internacional del trabajo (OIT) en relación con la protección de los pueblos indígenas es el 169, "sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Este Convenio fue ratificado en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 21 de 199 y según la Sentencia C-864 de 2008, integra el bloque de constitucionalidad en nuestro país. Con respecto al derecho a la tierra y al territorio indígena, los enunciados comprendidos desde los artículos 13 al 19 del Convenio implican un avance en el reconocimiento de los derechos de la población en mención, encontrando una ampliación a esos derechos no solo desde el punto de vista de la constitución política sino de justamente el convenio de protección de los pueblos indígenas convenio 169 de la OIT. Es por esto por lo que cuando se habla de las tierras que ocupan; se necesita que los pueblos expresan su consentimiento frente a alteración a sus condiciones de vida; de igual manera, mantendrán el derecho al retorno a sus tierras tradicionales, y cuando esto sea imposible de realizar, la reubicación deberá efectuarse en un territorio con característica semejantes a las que tenían inicialmente, o se podrá indemnizar a la población⁵⁸⁵.

Es importante destacar la preponderancia que otorga el artículo 1781 del mentado Convenio en donde le impone a los Estados signatarios la obligación de respetar las modalidades de tradición y transmisión de los derechos sobre la tierra, así como el deber de consultar a los pueblos indígenas cuando esta se efectúe con métodos que no concuerdan con sus tradiciones. Finalmente, el artículo 1910 hace referencia a la debida inclusión de los pueblos indígenas en los respectivos planes agrarios de los

⁵⁸⁴ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (15 de noviembre de 2018) Sentencia SU-123/2018. (MP Alberto Rojas)..

⁵⁸⁵ Henao, J., y González, A., *Minería y Desarrollo Minería y Comunidades, Conflictos y Participación Ciudadana*, op. Cit., p. 336.

Estados parte. Así como garantizar que los pueblo cuenten con las condiciones y los medios necesarios para desarrollar sus tierras y no se vean desmejoradas sus garantías y mucho menos sus derechos⁵⁸⁶.

Estos procesos dejan un marco jurídico con vacíos que se prestan para la interpretación del Estado, así como de las altas cortes, puesto que la inexistencia de ley estatutaria que regule las condiciones de una consulta previa que proteja los derechos de las comunidades pero que de igual forma permita el desarrollo de la economía. En sentencia C-068 de 2013 se indica los siguientes preceptos por parte de Corte Constitucional:

“Para este Tribunal, no cabe duda de que el Gobierno Nacional está obligado a propiciar espacios efectivos y razonables de participación en los asuntos que afectan directamente a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo o el mismo se frustra por la decisión autónoma de dichos pueblos, no existe razón para frenar el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre con las regalías, y en las que se dispuso por el Constituyente obligaciones concretas de actuación con el fin de realizar precisos objetivos constitucionales. No sobra recordar que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que tampoco is comunidades tradicionales tienen un poder de veto (cursiva fuera de texto)”

Ahora bien dentro sentencia como la Sentencia-969 de 2014, recogen la situación desconfianza que se presenta entre las comunidades y los ejecutores pues no se contratan personas que generen empatía con las comunidades estas prácticas resulta del todo aceptada para las Corte Constitucional pues para esta “La confianza de la comunidad como un atributo subjetivo, no constituye por sí misma una garantía de imparcialidad, ni de que el asesor tiene el conocimiento técnico, ni los medios, para identificar los impactos de un proyecto, ni para evaluar las medidas de manejo propuestas”⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Ibidem.

⁵⁸⁷ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (15 de diciembre de 2014) Sentencia T-969/2014. (MP Gloria Ortiz).

En la Sentencia C-123 de 2014, se declara la constitucionalidad del artículo 37 de la ley 65 de 2001 código de minas, en este se indica la importancia de concretar con las autoridades territoriales para asuntos mineros, este acuerdo debe ser enmarcado dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, este hecho dio paso a que el Consejo de Estado “suspende la aplicación del decreto 0934 de 2013 que desarrolla dicha ley, y que expidiera el decreto 2691 de 2014 que establece un procedimiento especial para realizar las medidas de protección cuando se centra en la afectación de estos temas⁵⁸⁸”.

Por su parte al declarar la exequibilidad del Estado Unitario y en el privilegio de la Nación en la determinación de las políticas públicas:

El artículo 37 de la constitución la Corte Constitucional expresa sus fundamentos en la “(...)armonizar la forma unitaria del Estado colombiano y el privilegio de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de los recursos naturales con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, y los principios de coordinación y concurrencia que se deben acatar en el reparto de competencias entre la Nación y los municipios y distritos”⁵⁸⁹.

La rama de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes tribunales ha generado una negativa los para dar aval a las consultas populares sobre el tema minero, casos como los procesos de consulta del tribunal administrativo de Santander, donde en sentencia de 5 de septiembre de 2011 anuló una ordenanza de la Asamblea Departamental de Santander para realizar una consulta popular que en su momento fue convocada por el Gobernador en el 2011, fue declarada esta consulta inconstitucional por falta de claridad, por su parte en el año 2013, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró inconstitucional 5 convocatorias de consultas en los municipios de Támesis, Jardín, Urruaco, Caicedo y Cañasgordas, señalando en muchas de ellas vicios de forma, exceso de competencia, extralimitación de funciones,

⁵⁸⁸ Henao, J., y González, A., *Minería y Desarrollo Minería y Comunidades, Conflictos y Participación Ciudadana*, Op. Cit., p. 436.

⁵⁸⁹ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (15 de noviembre de 2018) Sentencia SU-123/2018. (MP Alberto Rojas).

como se observa los fundamentos dados son de origen formal o procesar relacionados con la neutralidad de las preguntas⁵⁹⁰.

Toda esta situación ha llevado a decir que los procesos de consulta previas adelantados materialmente son inconstitucionales, por encontrar falta de competencia en alcaldes y gobernadores para convocar dichas consultas en temas mineros, ello se refleja el principio constitucional que el subsuelo le pertenece a la Nación siendo un asunto de carácter nacional. Esta situación ha generado una inseguridad jurídica debido a los vacíos normativos y los constantes “choques de trenes” entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, así como también la falta de certeza en los procesos de consultas previas en el territorio.

En ese sentido y frente a las tensiones manifestadas entre las altas cortes, han sido varios puntos en discordia los presentados es por ello que uno de de los análisis y en concordancia con lo expuesto en los literales anteriores son las contradicciones que surgieron con la sentencia de la Honorable Corte Constitucional SU-095-18 , la cual se refirió a las consultas populares en las actividades mineras, esta dejó sin efectos las mencionadas consultas populares, estableciendo “la existencia de límites sobre las materias a decidir en una consulta popular territorial, específicamente lo referido a las competencias constitucionales nacionales sobre el uso del subsuelo y la explotación de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado, implica que este mecanismo de participación ciudadana no puede ser utilizado para prohibir actividades de extracción en un determinado municipio o distrito⁵⁹¹.”

El punto de análisis en cuestión entra a desarrollarse cuando dentro las consideraciones de esta sentencia controvierten en este caso un fallo anterior del Consejo de Estado en sentencia 2017-02389 de 05 de abril de 2018, fallo que estableció que las consultas populares eran un mecanismo vinculante de los territorios

⁵⁹⁰El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 30 de mayo de 2013, invalidó la consulta de Támesis, en el mismo año el 24 de julio, se invalidó la consulta de Cañasgorda, recientemente en el 2015, se negó por parte del tribunal Administrativo de Quindío y Antioquia la consulta de los municipios de Pijao y Pueblorrico en Henao, J., y González., A., *Minería y Desarrollo Minería y Comunidades, Conflictos y Participación Ciudadana*, Op. Cit., p. 452.

⁵⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia SU 095/2018, 11 de octubre de 2018.

para decidir sobre si permitir o no la realización de actividades extractivas en su respectivo municipio⁵⁹².

Es preciso aclarar que antes tale disposiciones y al ser un fallo vinculante por parte de la Corte Constitucional, al Consejo de Estado señaló que acataba el fallo, y en auto de 19 de octubre de 2018, en virtud de lo señalado fue suspendida la consulta popular que se adelantaba en San Bernardo, Cundinamarca, que estaba dispuesta el 21 de octubre de 2018. Es un ejemplo puntual de los escenarios de inseguridad jurídica dentro del contexto de los fallos que generan contradicciones en las altas cortes y de cierta manera genera una inestabilidad en cuanto a el contexto de las actividades y regulaciones mineras.

No es menos importante dejar en claridad que si bien a través de la sentencia SU-095 del 2018, habla de las consultas populares en las actividades mineras no quiere decir que exista un desconocimiento o se le reste validez a los mecanismos de participación comoquiera que en la misma sentencia expresa que “la Constitución garantiza a todos los ciudadanos el derecho de participar en la toma de decisiones que los afecten, cuando en su territorio se adelanten actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en aras de proteger sus intereses ambientales, sociales y económicos.” Y en virtud de esta disposición constitucional, corresponde al Congreso de la República definir los mecanismos de participación ciudadana y de coordinación nación-territorio, para que de esta forma se garantice el debido proceso y de participación a las partes directamente afectadas⁵⁹³.

El Consejo de Estado había mantenido una postura progresista en cuanto a la autonomía de los municipios frente a la exploración y explotación minera, como lo deja ver en el fallo 30 de mayo 2017 de la Sección Cuarta, esta corporación esta ,ocasión negó el amparo de tutela interpuesto por la empresa Mosatovar Energy Colombia Ltda., que deja sin efecto jurídico la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Meta que pretendía desvirtuar la consulta popular realizada por el pueblo, así el Consejo de Estado estableció que la decisión del pueblo era definitiva y de carácter

⁵⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, Sentencia de 5 de abril de 2018, Radicado: 11001-03-15-000-2017-02389-01

⁵⁹³ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (11 de octubre de 2018) Sentencia SU-095/2018 (MP Cristina Pardo)

obligatoria, en ese sentido las consecuencias políticas y jurídicas de esta sentencia designaban el respeto por las autoridades. Por otro lado en el fallo de 25 de octubre de dos mil diecisiete 2017, el Consejo de Estado establece la importancia de la autonomía bajo los principios constitucionales y ello menciona que “La Constitución Política en el artículo 288 establece los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, los cuales rigen las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, a fin de garantizar armonía entre las competencias atribuidas a los distintos niveles veinticinco”⁵⁹⁴, así la sala pone de manifiesto en el mismo de fallo de 25 de octubre de 2017 que las decisiones adoptadas por el pueblo son definitivas “en cuanto pone fin al proceso de consulta popular, lo que no supone la imposibilidad de que las autoridades nacionales y territoriales puedan realizar un ejercicio de concertación ex post que permita la construcción de una política minera e hidrocarburífera sostenible, conforme a los principios que consagra el artículo 288 superior. Además, es obligatoria, porque exige al gobernante incorporar al ordenamiento jurídico, mediante una ley, reglamento o acto administrativo de contenido particular y concreto, si es del caso, como pasa a explicarse”⁵⁹⁵.

Ahora bien, esta parte El Consejo de Estado concibe que la competencia de los municipios respecto de las consultas populares se encuentra sujetas a la constitución y la norma, según esto en la sentencia del 25 de octubre de 2015 se deja de manifiesto que los municipios tienen la competencia para adelantar consultas populares respecto de los proyectos mineros.

En el 2018, el magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en la sección Cuarta niega una acción de tutela, para dejar sin efecto el fallo del Tribunal administrativo de Santander, esta acción cuyo demandante es el Ministerio de Minas y Energía, se declara la constitucionalidad de la pregunta en la consulta popular que fue aprobada por el Consejo Municipal⁵⁹⁶. En esta sentencia el Consejo ratifica la competencia que tiene las autoridades locales para regular el uso del suelo en sus territorios y en ese mismo sentido la facultad de restringir la minería, El consejo de Estado en reiteradas

⁵⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 25 de octubre de 2017, Radicado: 11001-03-15-000-2017-02516-00.

⁵⁹⁵ Idem.

⁵⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, Sentencia de 5 de abril de 2018, Radicado: 11001-03-15-000-2017-02389-01

ocasiones ha pronunciado sobre la fuerza vinculante de las consultas populares por lo cual señala que: “la consulta popular son una manifestación de la voluntad de la ciudadanía, tiene fuerza vinculante respecto de las autoridades locales, esto es, alcaldes y concejos municipales.

Si dichas autoridades no acatan de manera obligatoria lo dispuesto por la ciudadanía, estarían violando la voluntad popular y el derecho fundamental a la participación ciudadana que informa y rige el ejercicio de las competencias locales”.⁵⁹⁷ Así el Consejo de Estado señala que las competencias territoriales para regular el uso del suelo y en ese sentido las consultas populares no pueden ser limitadas por el gobierno nacional sin perjuicio de lo que se determine por política general mediante la legislación vigente en estos temas de participación ciudadana. Es menester mencionar que aun cuando el estado sea propietario del suelo y de los recursos no renovables la extracción de estos recursos afecta a los territorios y en este sentido los municipios entrar a ser competentes para organizarse territorios.

Cabe aclarar que en el artículo 332 y 334 de la constitución política de Colombia el Estado tiene la propiedad del subsuelo no se refiere de forma expresa a la Nación como lo indica el Consejo de Estado en la sentencia 05 de abril de 2018. Sala de lo Contencioso Administrativo y sentencia del 9 de agosto de 2018, es por ello por lo que esta Corporación orienta:

“la propiedad sobre los recursos del subsuelo y la facultad de decidir sobre su explotación debe entenderse que tanto los órganos del nivel central como las demás entidades territoriales tienen competencia en la materia. Esas disposiciones no privilegien la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de los recursos naturales; todo lo contrario, al referirse al Estado, el constituyente incluyó tanto a la Nación como al conjunto de las entidades territoriales, quienes deberán adoptar de manera concertada las decisiones sobre la materia” ⁵⁹⁸.

Entre tanto sigue manifestando el Consejo de Estado la línea que:

⁵⁹⁷ Ídem

⁵⁹⁸ Ídem

“el artículo 317 define el concepto de autoridad minera o concedente, entendiendo por tal al Ministerio de Minas y Energía o en su defecto a la autoridad nacional que tenga a su cargo asuntos como la administración de los recursos mineros, la promoción de los aspectos atinentes a la industria minera, entre otros. Ahora bien, la Sala entiende que para los casos en los cuales se asignan competencias a la autoridad minera, las mismas deberán cumplirse teniendo en consideración los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad según las reglas que ya han sido reseñadas, pues estos principios operan en doble vía, bajo la idea explícita del constituyente de que es el Estado colombiano, no la Nación, la propietaria del subsuelo”⁵⁹⁹.

Según se estipula no se puede entonces hablar de una competencia exclusiva, eso explica que las licencias que son dadas para las exploración y explotación deben concordar con las consultas de los planes y normas de ordenamiento territorial de igual forma debe tener en cuenta las normas sobre el patrimonio ecológico y cultural que se expida en los municipios.

Ahora en cuanto a los principios de coordinación y concurrencia la autoridad minera no puede desconocer dicha normatividad cuando se determina las zonas de reserva, como es bien sabido el Código de Minas atribuye a la autoridad minera alguna competencia, también se le otorgan competencias a las autoridades territoriales que permiten respetar las obligaciones constitucionales de dichas competencias asignadas constitucionalmente a los entes territoriales municipios y distritos.

En la sentencia de 15 de agosto de 2018, el Consejo de Estado plantea la misma línea este indica la coordinación y concurrencia que debe coexistir entre la Nación y el territorio por considerar que la aún que el estado sea propietario del suelo debe darse estos principios bajo acuerdos con el territorio, siendo importante revisar que si los habitantes de un territorio consideran que están siendo afectados por la actividad minera, el uso del suelo y el medio ambiente estos puede recurrir a los mecanismos

⁵⁹⁹ Ibidem

pertinentes para la salvaguarda de sus derechos, las autoridades territoriales pueden entonces entrar a regular este uso del suelo y proteger los territorios⁶⁰⁰.

Efecto finalmente el Consejo de Estado se pronuncia sobre la autonomía territorial como también sobre las áreas de especial protección constitucional como lo refleja en la sentencia 14 de marzo de 2019 en la cual la alta Corte deja ver que en efecto las autoridades mineras pueden conceder títulos esta no debe desatender las áreas restringidas y las reservas forestales señalando lo siguiente:

“La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal”⁶⁰¹

En esta última parte el Consejo de Estado ampara los derechos que tiene los territorios al interés colectivo al goce al medio ambiente, bajo la existencia de un equilibrio ecológico, que mejore el “manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, así como la protección de áreas de especial importancia ecológica, consagrados en los literales a) y c) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998”⁶⁰²

⁶⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, Sentencia del 15 de agosto de 2018, Radicado: 11001-03-15-000-2018-00669-00

⁶⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, Sentencia del 14 de marzo de 2019, Radicado 17001-23-00-000-2011-00337-01

⁶⁰² Idem

CAPITULO V.- ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPLOTACIÓN MINERA EN COLOMBIA.

5.1. La modificación de la distribución de regalías

Puede indicarse que las finanzas públicas, a pesar de la descentralización fiscal, dónde las funciones de provisión y financiamiento de servicios sociales de educación y salud pública e infraestructura de servicios básicos de agua potable y saneamiento, sin embargo se mantienen índices de desigualdad en la distribución de recursos, se refleja la dependencia económica al gobierno central que tiene la mayor cantidad de impuestos y recaudo, pese a los esfuerzos de algunas entidades territoriales en la generación de ingresos corrientes de libre destinación, los cuales son mayores en los distritos especiales y departamentos de mayor categoría.

Por lo que pese a la descentralización que ha sido positiva y ha permitido mayor autonomía de las entidades territoriales, no ha llegado a su nivel ideal y tiene problemas de distribución de recursos en varias entidades territoriales dónde por diferentes factores como las modificaciones de talento humano esencial en las oficinas de hacienda, se afectan procesos de recaudación de impuestos, así como las malas prácticas de algunos gobernantes en prácticas de corrupción, quienes "logran cooptar las rentas hacia destinos distintos al bienestar de la población o la promoción del crecimiento económico y productivo de los territorios"⁶⁰³, lo cual afecta significativamente los presupuestos y finanzas públicas territoriales, lo cual debe llevar a pensar en reformas estructurales.

En países como Colombia donde la mayoría de recursos depende de la extracción de recursos naturales, generan un gran beneficio las regalías tanto para la Nación como para los entes territoriales, representando un ingreso para atender los temas de carácter social y los fines estatales, habida consideración de la relevancia de los ingresos derivados de la minería, la cual requiere de la armonización de políticas locales y de ordenamiento territorial para el crecimiento económico local y nacional,

⁶⁰³ Botero, M., Hofman, J., Hernandez, D., Pico, M, (2015). Regalías y desequilibrios territoriales en Colombia: una brecha que no se cierra. Universidad del Rosario. Centro de Estudios Políticos e Internacionales. p. 21.

permitiendo “dinamizar la economía a través del apoyo a proyectos que puedan mejorar la productividad, el desarrollo”⁶⁰⁴

Ahora bien estas regalías son necesarias para el sostenimiento e inversión pública en el Estado, como fondos de la Nación destinado a dirigir la promoción de la minería, la preservación del ambiente y el financiamiento de proyectos regionales y de inversión, que en últimas estos proyectos se encuentra a cargo de las entidades territoriales, las cuales al reconocerse su derecho a obtener recursos derivados de regalías se permite su posibilidad de generar insumos para su sostenimiento y cumplir su objeto misional, lo cual sin duda da lugar a que los mismos territorios tengan prioridad en la asignación de recursos para su desarrollo y mitigar de una u otra forma los impactos que genera la extracción de recursos naturales.

En Colombia, los principales cambios en las finanzas públicas territoriales se han derivado con cambio sustancial desde la Constitución de 1991 en la asignación de recursos a través de la descentralización administrativa a las entidades territoriales, en principio se adoptó la asignación por el situado fiscal y las regalías que se otorgaban a los municipios dónde se realizaban procesos de transporte extracción de minerales. También se generó el cambio del término situado fiscal a Sistema General de Participaciones con la característica de ser ingresos inembargables y con destinación específica en salud educación, agua potable y saneamiento básico.

Sin embargo, a raíz de escándalos de corrupción, y bajo la concepción de concentración de los recursos en pocas entidades territoriales se fue gestando la idea de reformas al sistema de regalías, que derivó en la iniciativa del gobierno nacional presentará al congreso de la República una propuesta de modificación de ese sistema de regalías, lo cual conllevó a la presentación del “Acto Legislativo 05 de 2011”⁶⁰⁵ que modificó los artículos 360 y 361 de la Constitución Política de Colombia, en la distribución de los recursos de regalías, los cuales “son una fuente importante de financiación para el desarrollo territorial que se deben administrar y gerenciar

⁶⁰⁴ Mejía, Op. Cit., p. 14

⁶⁰⁵ Colombia. Congreso de la república. Acto Legislativo 05 de 2011 [Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones]

siguiendo los principios de transparencia, eficiencia, impacto, equidad y sostenibilidad”⁶⁰⁶, para el financiamiento de proyectos de desarrollo local, rural, inversión social, generación de ahorro público, aumentar competitividad regional y de la economía, inversiones en ciencia y tecnología, para lo cual se genera un sistema equitativo en distribución de recursos en igualdad de condiciones, incluyendo los municipios en los cuales se genera la explotación de recursos naturales no renovables.

A lo largo de la historia de Colombia se ha demostrado que las poblaciones que tienen los yacimientos de petróleo, así como de extracción de recursos naturales, fueron las más perjudicadas en afectaciones ambientales y por los mismos gobernantes, muchos de los cuales fueron objeto de sanciones fiscales y penales por corrupción, tal como lo menciona Mejía (2017) al indicar que en muchos lugares estos recursos en vez de ser un beneficio, terminó siendo una maldición que logró fue aumentar la miseria de las comunidades, en beneficio de unos pocos; lo que generó el cambio de las reglas de juego les permitió que perdieran directamente estos entes territoriales, con un sinnúmero de necesidades básicas insatisfechas dichos recursos, los cuales en principio buscaron sopesar el gran daño ambiental que padecen; a su vez se debe tener en cuenta que hay recursos que se destinan a otros menesteres de los inicialmente programados por la falta de proyectos de entidades territoriales, lo cual “fomentó la corrupción con enormes gastos en infraestructura pública sin mayor uso alguno. Esto entorpeció el desarrollo de las ciudades y su planeación urbana”⁶⁰⁷, sobre todo municipios de cuarta, quinta y sexta categoría que no presentan proyectos o si los presentan no logran cumplir los parámetros establecidos por el Departamento Nacional de Planeación, “tal propósito ha sucumbido ante un diseño institucional que puso la mayoría de los recursos en cabeza de las gobernaciones, por lo cual no hay en realidad un fondo al que se pudiera acceder para apalancar procesos de integración regional”⁶⁰⁸, lo cual refleja una precarizado la situación de estos municipios

⁶⁰⁶ Mejía, J. (2017), Las regalías en Colombia, una fuente de equidad y progreso. Universidad del Rosario, p. 3. Disponible en <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/17796/MejiaSalazar-JuanManuel-2017.pdf?sequence=1>

⁶⁰⁷ *Ibíd.*, p. 13

⁶⁰⁸ Contraloría General de la República. Los OCAD y la gestión por proyectos. Evaluación del Sistema General de Regalía. Diciembre de 2017, p. 10

que dependen en gran medida de los aportes de transferencia y claro aumento significativo del gasto, y por ende con finanzas públicas territoriales fue decreciente.

Con base a ello, esto debe ser objeto de modificación en la asignación de recursos por parte del Estado a través del sistema general de regalías, pues se debe reconocer que el Estado debe generar en forma prioritaria a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, fomentando la mitigación y prevención del impacto medioambiental generado en la búsqueda de lograr tres equilibrios: económico, social, y ambiental, entonces busca legitimar el desarrollo de la actividad minera, como también se promueve el fomento de la responsabilidad social, laboral y medioambiental pero a la vez se debe propender porque el crecimiento sea sostenido y sustentable.

En este orden de ideas, debe ser objeto de modificación la Constitución Política de Colombia en el artículo 361, lo cual se sugiere que exista una asignación preferente a los municipios donde se realice la extracción de recursos naturales, por cuanto estos son los más afectados, habida cuenta el impacto que estos territorios padecen.

Es por ello por lo que se propone el fomento del desarrollo territorial como eje central de satisfacción de necesidades de la población, en el interés general, por lo cual el Estado debe garantizar estos derechos colectivos como el espacio público, medio ambiente, infraestructura pública, atender cambios uso del uso y adecuarlo a las nuevas necesidades del territorio. En la distribución de cargas implica la aplicación del principio de igualdad de los ciudadanos en obtener beneficios y también aportar al desarrollo de sus territorios con base a las reglas fijadas por las autoridades municipales y sus coadministradores como son los consejos municipales y/o distritales, lo cual “exige que el Gobierno Nacional, en coordinación con las entidades territoriales, avance en la implementación de estrategias que permitan mejores resultados en el uso de estos recursos”.⁶⁰⁹

⁶⁰⁹ Mejía, Op. Cit, p. 3

Para ello se propone la modificación a través de un mecanismo de modificación de la Constitución Política de Colombia, lo cual, siguiendo con la línea de acción en los últimos años, a través de proyecto de acto legislativo el artículo 361 de la Constitución Política de Colombia así:

“Artículo 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, en especial donde se realicen explotaciones de recursos naturales no renovables, al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho preferencial del 50% del total de recursos por regalías, así como a ejecutar directamente estos recursos.”

En efecto, se sugiere que el 50% de recursos no debe ser destinado a la nación sino a los entes territoriales en los cuales se hacen la extracción de recursos minerales, por cuanto muchos proyectos no se presentan y estos recursos no se utilización para su finalidad, lo cual refleja que “el modelo de buen gobierno ha hecho crisis, pues recursos significativos se han invertido en proyectos que no apuntan al cumplimiento de los objetivos de política de las regalías”.⁶¹⁰

Esto sin óbice a no dejar de pensar en que los entes territoriales deben esforzarse para un mejor potencial de recaudo tributario, pues en muchos municipios se recauda menos de su capacidad municipal y depende mucho de las transferencias, “lo que para los gobiernos subnacionales es una limitante para asumir las competencias

⁶¹⁰ Contraloría General de la República, Op. Cit, p. 10

asignadas y atender las necesidades que demanden sus ciudadanos”⁶¹¹ lo cual genera la situación de pereza fiscal que impide la materialización de proyectos para la atención de necesidades básicas no cubiertas a través del sistema de transferencias de recursos de destinación específicas del sistema general de participaciones,

5.2. Fortalecimiento del Control Fiscal de los recursos procedentes de las Regalías

Habida cuenta de la última reforma al Control fiscal en Colombia a través del “Acto legislativo 04 de 2019”⁶¹² que le brindó un fortalecimiento al control fiscal a nivel nacional, en especial a la Contraloría General de la República, permitiendo la modificación de los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución Política de Colombia; a su vez se expidió el “Decreto 403 de 2020”⁶¹³ por parte de la Presidencia de la República, permitiendo el control preventivo y concomitante de manera excepcional, sin implicar la coadministración, permitiendo seguimiento permanente en tiempo real de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, a través de herramientas tecnológicas derivadas de la inteligencia artificial como el big data, énfasis en la participación activa del control social y con la articulación del control interno; así como el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales.

Es así como el artículo 60 del Decreto 403 de 2020, propicia la dimensión preventiva de ambos tipos de control y su integración efectiva, entre otros, mediante la realización de audiencias públicas, jornadas especiales de recepción de denuncias, espacios virtuales de interacción a fin de tener de primera mano información sobre la

⁶¹¹ Bonet, J., Pérez, G; Ayala, J. (2014) Contexto histórico y evolución del SGP. Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER), Banco de la República, p. 50

⁶¹² Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 04 de 18 de septiembre de 2019 [Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal]

⁶¹³ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 403 de 16 de marzo de 2020 [Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal]

contratación pública y un mayor acercamiento con la ciudadanía, que la entidad busque a la ciudadanía y permita que éste con todas las medidas de reserva pueda ejercer su derecho, pues también se permite la presentación de solicitudes o denuncia por anónimo, lo cual permite que se puedan expresar.

En efecto, con las herramientas dispuestas al control fiscal se permiten mejores evaluaciones y protección al recurso público en tiempo real, lo cual sin duda permitirá obtener mejores resultados en la vigilancia y control por parte de los organismos control, así como de la participación efectiva de las comunidades asentadas en dichos territorios, fortaleciendo sus capacidades, promoviendo la generación de espacios de concertación, que se permite la participación efectiva en planes de desarrollo territorial, así como en proyectos de las mismas empresas que explotan los recursos a través de sus políticas de desarrollo empresarial.

En este sentido se parte de la concepción que una vez establecida la modificación que se plantea al sistema nacional de regalías donde la mayor parte de los recursos en cerca un 50% a municipios donde se generan las extracciones de recursos naturales, por este concepto se destine a estos, se deben establecer criterios de focalización de investigación a través de grupos especiales de Reacción Inmediata por parte de la Contraloría General de la República, con herramientas que ya tiene como la “Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata (DIARI)”⁶¹⁴ en las cuales se mantenga una concertación y acompañamiento con la ciudadanía, haciendo “audiencias públicas y mesas de trabajo con los sectores involucrados, las cuales pueden hacerse en forma virtual”⁶¹⁵, así como las autoridades locales del municipio a fin de priorizar necesidades y estructuración de políticas públicas, necesarias para la materialización de derechos y satisfacción de necesidades básicas insatisfechas, con base al reforzamiento de las estructuras políticas y afianzamiento de la institucionalidad, los cuales se refuerzan en la medida en que se permite una mayor participación comunitaria en la participación, gestión, adopción, desarrollo e implementación de

⁶¹⁴ Es uno de los principales cuerpos de apoyo al Sistema Nacional de Control Fiscal. Representa el uso eficiente de la tecnología en el ejercicio de vigilancia y control fiscal.

⁶¹⁵ El control fiscal plantea la estrategia de participación por medios electrónicos, reconociendo en la ciudadanía un aliado estratégico en el desarrollo institucional, desde la perspectiva de sus necesidades, como base para el ejercicio de los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

programas, proyectos y políticas públicas para la satisfacción de necesidades colectivas.

De esta manera con el apoyo del control fiscal se puede generar un mejor seguimiento y control de los recursos, auspiciado además con los “sistemas de control interno”⁶¹⁶ de los entes territoriales, instituido en las entidades del Estado como herramienta de gestión para el buen desempeño institucional y logro de valor público, el cual se ha visto afectado por las frecuentes las noticias de daños fiscales y la mala gestión de los administradores de turno, hecho que crea descontento ciudadano pero que de forma directa nos lleva a no creer en las instituciones públicas, por lo que se requiere “articular la institucionalidad local, con comunidades activas, sector empresarial, academia, etc., en procura de consensuar un horizonte de futuro que se materialice en apuestas de desarrollo integral, bajo enfoques más sistémicos”.⁶¹⁷

Con base a ello, es necesaria la estructuración de las políticas públicas que requieren de recursos y fuentes de financiación para atender integralmente cada problemática que se presente y se generen alternativas de solución viables, claro está con verificación y seguimiento en tiempo real a dichos recursos, fomentando la participación ciudadana y con el fortalecimiento del sistema de control interno.

5.3. Modificaciones en los mecanismos de participación ciudadana sobre la explotación de recursos mineros

En importante como un punto de partida en el estudio de los mecanismo de participación ciudadana, entender que estos han tenido una gran relevancia en los procesos de participación en asuntos mineros, en ese sentido el abordaje inicia estableciendo un concepto, en el que se entiende la participación ciudadana, definida como la posibilidad de los ciudadanos de articular intereses particulares y colectivos con el objetivo de influir en la toma de decisiones que los afectan es un aspecto determinante en la profundización de los procesos de democratización, que requiere

⁶¹⁶ De acuerdo con el Decreto 2145 de 1999 es el conjunto de instancias de articulación y participación, competencias y sistemas de control Contraloría General de la República 18 interno, adoptados en ejercicio de la función administrativa por los organismos y entidades del Estado en todos sus órdenes, que, de manera armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, fortalecen el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado.

⁶¹⁷ Colombia. Contraloría General de la República, Op. Cit., p. 11

tanto de la voluntad de los gobiernos como de la existencia de ciudadanos con el compromiso con lo público.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, Colombia se define como una República regida por una democracia participativa y establece como deber del Estado el facilitar la participación de todos sus ciudadanos en las decisiones que los afectan en su vida económica, política, administrativa y cultural y para tal efecto se crean mecanismos de participación: Plebiscito, Referendo, Cabildo abierto, Iniciativa popular legislativa o normativa, Revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores y Consulta popular. De igual manera, la legislación ha creado instancias, figuras, espacios y lineamientos de participación para que las comunidades puedan acceder a la información e intervenir en las decisiones⁶¹⁸.

En ese sentido y entendiendo la importancia de los mecanismos de participación, encontramos claros ejemplos en los cuales tales mecanismos han sido trascendentales en procesos históricos en Colombia, en este caso el de Santurbán es un complejo de páramos, ecosistema único en el mundo, localizado entre los departamentos de Santander y Norte de Santander, al oriente de Colombia cerca de la frontera con Venezuela, que está compuesto por una extensa y única biodiversidad en especies de fauna y flora. La empresa multinacional EcoOro, antes Greystar Resources Ltda., presentó en 2008 por primera vez un proyecto de megaminería de oro, por medio de un proyecto llamado Angostura, luego de haber solicitado y obtenido seis títulos mineros sobre la zona del Páramo de Santurbán⁶¹⁹.

Además de sus valiosos ecosistemas, esta zona produce la oferta hídrica para alrededor de 1,2 millones de habitantes de los municipios aledaños, razón por la que ha sido considerada clave para el desarrollo de los municipios destinatarios del agua y sitio estratégico de reserva natural. Sumado a las particularidades del ecosistema, el páramo es fuente de las actividades agrícolas, que constituyen la base económica fundamental de quienes lo habitan (ANLA, Resolución 1015 de 2011).

⁶¹⁸ Mojica, M. (2019) Mecanismos de participación ciudadana en relación con las actividades extractivas. caso extracción de hidrocarburos en el municipio de San Bernardo, Universidad Javeriana, p.3.

⁶¹⁹ Muñoz, L. (2016) Derechos de Acceso en Asuntos Ambientales en Colombia, Naciones Unidas, P, 15.

“Las comunidades locales conformadas por líderes sociales, campesinos, representantes de los gremios y ONGs nacionales e internacionales, implementaron varios mecanismos de participación ciudadana ambiental en el proceso de licenciamiento ambiental y luego de su masiva intervención y del uso de los medios de comunicación y de las redes sociales con el objetivo de proteger el páramo y garantizar el derecho al agua, la autoridad ambiental negó la licencia ambiental en los términos en que fue planteado el proyecto (ANLA, Resolución 1015 de 2011). Dentro del proceso de licenciamiento ambiental del proyecto Angostura se utilizó el mecanismo de participación ambiental de audiencia pública en dos ocasiones a solicitud de interesados. De otra parte, también se implementó el mecanismo de tercero interviniente en los procesos de licenciamiento ambiental a través de siete solicitudes de personas naturales y jurídicas que fueron aceptadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible”⁶²⁰.

Cabe resaltar que el Código Nacional de Minas, en su artículo 34, señala que no pueden realizarse trabajos mineros en zonas declaradas y delimitadas como zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales. Es por ello que, una vez realizado el proceso de licenciamiento, en 2013, la autoridad ambiental regional declaró 11.700 ha del páramo de Santurbán, “Parque Natural Regional” lo cual le otorgó a esta área una especial protección adicional. De igual manera, en abril de 2014 el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Instituto de Investigación científica Alexander Von Humboldt impulsaron y realizaron la delimitación de la totalidad del páramo señalando que en 44.000 ha del ecosistema no se podrán realizar actividades mineras⁶²¹.

La consulta popular es un mecanismo de participación que fue tradicionalmente concebido para escenarios políticos. La experiencia de Colombia, no obstante, ha demostrado que es posible utilizar mecanismos de diferente tipo en proyectos de explotación de recursos naturales y cabe destacar la utilización de estos mecanismos para establecer la importancia de tales mecanismos. De acuerdo con información de

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ Ibidem

la Registraduría Nacional de Colombia, desde 2013 se han propuesto cuatro consultas populares sobre explotación de recursos naturales, de las cuales la primera en el departamento de Casanare, municipio de Monterrey, fue suspendida por el Consejo de Estado, la segunda en el departamento de Casanare, municipio de Tauramena, y la tercera en el departamento del Tolima, municipio de Piedras fueron realizadas; y la cuarta, también en el departamento de Tolima, se encuentra suspendida por el Consejo de Estado. Las dos primeras consultas en Casanare fueron sobre hidrocarburos y las dos del Tolima sobre minería relacionadas con el caso del proyecto minero La Colosa⁶²².

Según el Convenio 169 de la OIT, el Estado colombiano tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados y en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Dichas consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁶²³. En Colombia, el artículo 330 de la Constitución Política de 1991⁶²⁴ señala que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe efectuar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades indígenas.

El resultado de tales mecanismos sobre los asuntos concernientes a esta explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. Desde 1997, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido amplia y extensa al determinar los estándares sobre los cuales se debe realizar la consulta previa y las características de esta. En la sentencia hito de unificación número 039 de 1997 determinó que “la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarles directamente”.

⁶²² Ibid.

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ Véase el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia.

Mediante este mecanismo se busca llegar a un acuerdo, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades. Una muestra de mecanismos judiciales aplicados a procesos de extracción de minerales se observa en la acción de nulidad interpuesta en contra del Decreto 2691 de 2014³⁰, por medio del cual “se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales 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, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera” que fue demandado por varios actores nacionales ante el Consejo de Estado⁶²⁵.

Estableciéndose un análisis general de lo desarrollado, se puede establecer entonces que ha sido de manera reiterada y de amplio desarrollo sobre las zonas de especial protección por parte de la Jurisprudencia Colombia, como es el caso de la Corte Constitucional en la sentencia C-035 de 2016 mediante la cual se reiteró la prohibición de hacer minería en los páramos y, además, se hizo énfasis en la posibilidad de decisión de autoridades locales respecto a las actividades económicas que se realizan en sus territorios. En dicho fallo se afirmó que “la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional de reglamentar los usos del suelo, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad⁶²⁶”.

Por otra parte, y analizando los mecanismos desarrollados por el estado en las diferentes herramientas de participación, encontramos que en Colombia a través de la implementación del modelo integrado de planeación y gestión (MIPG) el cual está centrado en las personas y los procesos, se busca la materialización de derechos a las partes interesadas de las entidades públicas, se le da una especial importancia al Talento humano y no es para menos, ya que son los servidores quienes dentro del

⁶²⁵ Op. Cit, p 19.

⁶²⁶ Corte Constitucional, Sala plena de la Corte Constitucional (8 de febrero de 2016) Sentencia C-035/2016. (MP Gloria Ortiz).

contexto de la normatividad vigente deben impulsar la gestión pública hacia estándares de calidad y buen servicio.

Sin embargo, la experiencia ha mostrado que precisamente es en este elemento de donde emanan las situaciones que afectan la buena marcha institucional, algunas veces por omisiones, descuidos y en un gran porcentaje por conductas a todas luces dolosas o culposas que se convierten en los focos de corrupción que se pretenden combatir con la adopción de medidas encaminadas a que ese talento humano obre con honestidad, respeto, y compromiso institucional entre otros valores.

Estos procesos de evaluación que se realizan buscan dar aplicación a los principios del Control Interno como son la Autocontrol⁶²⁷, autogestión⁶²⁸ y autorregulación⁶²⁹.

Para tales efectos las propias entidades de Estado diligencian esta herramienta de evaluación y posteriormente el Ente Nacional (DAFP) emite su pronunciamiento sobre el grado de implementación de las diferentes herramientas que se deben estructurar a efectos de hacer una gestión institucional confiable, veraz, oportuna y ante todo de resultados.

Igualmente se ha observado la falta de conocimiento del ciudadano común sobre la manera de hacer parte de la vigilancia de los recursos públicos, hasta el punto de que poco o nada se estima su utilidad, a lo cual Ricaurte (2015) manifiesta que, frente a los Sistemas de Control Interno, los ciudadanos en general no tienen conocimiento de su funcionamiento, de su gestión y de sus resultados. Es una herramienta, que desde la óptica del ciudadano es ajena a sus necesidades, que el conocimiento se limita al que tienen los funcionarios de las entidades públicas, y al que tienen los entes de control.

⁶²⁷ Busca que los servidores públicos tengamos la capacidad de detectar las desviaciones de nuestro quehacer diario y tomar por iniciativa propia, los correctivos necesarios para lograr el cumplimiento de nuestras metas individuales. DAFP

⁶²⁸ Capacidad de toda organización pública para interpretar, coordinar, aplicar y evaluar de manera efectiva, eficiente y eficaz la función administrativa que le ha sido asignada por la Constitución, la ley y sus reglamentos. DAFP

⁶²⁹ Capacidad de cada una de las organizaciones para desarrollar y aplicar en su interior métodos, normas y procedimientos que permitan el desarrollo, implementación y fortalecimiento incremental del Sistema de Control Interno, en concordancia con la normatividad vigente. DAFP

En este orden de ideas, en la medida en que la ciudadanía cuente con el conocimiento de su papel en la vigilancia de recursos pública, pues “la participación de la sociedad civil organizada en la identificación de prioridades y la definición de proyectos, a través por ejemplo de la convocatoria de Comités Consultivos, que se han convertido en un formalismo más en esa larga lista de chequeo que se deben cumplir para aprobar los proyectos”⁶³⁰, así como el fortalecimiento de las entidades de control fiscal, con personal capacitado, con infraestructura adecuada, incluidas herramientas tecnológicas, se permitirá un mejor seguimiento y control a los recursos públicos, afianzando el sistema democrático que exige de materialización de garantías a la ciudadanía como eje central de cualquier sistema público.

Ahora bien, a través de la consolidación de procesos equitativos, se pueden lograr mejores prácticas institucionales y por ende de satisfacción de necesidades colectivas, estas medidas equitativas que generan confianza institucional en el ámbito de la ciudadanía donde las democracias tienen problemas. Por supuesto que, si la ciudadanía cuenta con protección social, económica, oportunidades reales de crecimiento y ahorro, se generaría una mayor confianza institucional y de credibilidad del sistema de gobierno democrático, rompiéndose las ideas de separación entre la igualdad y universalidad de los seres humanos frente a las desigualdades económicas en cuanto a las riquezas y oportunidades.

Ahora el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana permite el reconocimiento efectivo de derechos, estos mecanismos en Colombia son el voto, el plebiscito, el referendo, consulta popular, cabildo abierto, acción de tutela, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato, con base a lo señalado en el artículo 103 de la Constitución Colombiana; permitiendo “un alto sentido de comunidad los miembros aportan sus conocimientos y habilidades a favor del desarrollo comunitario, con lo que se podría indicar que el liderazgo de la comunidad sería un componente adicional del capital social”⁶³¹

⁶³⁰ Colombia. Contraloría General de la República, Op. Cit., p. 11

⁶³¹ Rojas, R. (2013) El liderazgo comunitario y su importancia en la intervención comunitaria. *Psicol. Am. Lat.* no.25, p. 5

Estos mecanismos permiten el fomento de la participación de las comunidades, por lo que siendo aplicable la exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura.

Sin embargo, en materia de participación, “el papel de la sociedad civil es muy limitado en el control del gasto. Faltan canales de comunicación sistemáticos y transparentes desde las alcaldías y gobernaciones hacia la ciudadanía, y el desconocimiento sobre la utilización de los recursos profundiza la falta de confianza sobre las administraciones locales”.⁶³² Esto permite señalar que se requieren de mejores procesos de comunicación e interrelación con las comunidades, lo cual debe ser fomentado por los entes territoriales y el Departamento Nacional de Planeación.

Sin embargo, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencias referenciadas en el desarrollo de esta investigación para resolver las tensiones jurídicas entre los derechos de la población y la empresa privada, así como con el gobierno por la falta de políticas para dar solución a las problemáticas medioambientales y económicas, así como la ausencia de una legislación de índole estatutaria que regule los alcances de este tipo de instrumentos constitucionales en la actividad minera y la participación de la Nación y el territorio, que ha generado una inseguridad jurídica y falta de certeza en la aplicación de los criterios de coordinación emanados por la Corte Constitucional, se requiere de la generación de una estructura jurídica sólida, promovida por algún actor político (Congresistas, concejales, diputados, autoridad local), a través de iniciativa legislativa, o social (ciudadanía) a través de mecanismo de participación ciudadana como referendo o plebiscito, que establezca precisamente el procedimiento para la exploración y explotación de recursos naturales, deslindeando del mismo a las acciones constitucionales como la acción de tutela y la consulta popular (previa), las cuales han sido recurrentes por su inmediatez e importancia para resolver conflictos jurídicos que se desprenden de la

⁶³² Contraloría General de la República, Op. Cit, p. 135

actividad minera y de la cual ya se ha visto que no son el medio eficaz en este tipo de actividades.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión y haciendo un análisis general de lo expresado en cada uno de los apartes de la investigación, se puede evidenciar como primer punto que los modelos mineros en el derecho comparado europeo, son dispares según los países en los que se encuentre, sin embargo, entre ellos comparten una serie de criterios y modelos que están diseñados por la Unión Europea dentro de los cuales cada uno tiene sus particularidades y rasgos de acuerdo al contexto. Es decir, dentro de este marco, donde existe una comunidad europea y existan unas regulaciones supranacionales permiten que de cierta manera haya una identidad entre la explotación de los recursos minerales. Además de estas determinaciones, existen unas garantías regulatorias en la protección del medio ambiente, por lo que, en aras de esa protección, las normas en su mayoría buscan la disminución de los impactos propios de la actividad extractiva.

Por ello se propuso como primer capítulo el estudio del derecho comparado sobre el tema, como repuesta al objetivo específico planteado en la investigación, a lo cual se pudieron conocer las diversas normativas que regulan el tema minero en diferentes Estados de Europa y América. Se dejó establecido que en la Unión europea se muestran las preocupaciones en la titularidad de la propiedad del suelo, los problemas medioambientales y las condiciones laborales generadas por la minería. Es así como la propiedad es muy importante para los Estados europeos, basado en la concepción de interés general de la colectividad, unos con mayor intervención del Estado y otros con nula o poca intervención tal como ocurre en Alemania no hay ordenación de la minería por parte del Estado, en el cual tiene un mero derecho real limitado; de igual forma Gran Bretaña e Irlanda donde los yacimientos mineros es reservada para el propietario, también en países como Estados Unidos, Sudáfrica, Canadá donde se reconoce el tema de accesión vigente.

Qué propio de las características expresadas, se denota que dentro de la regulación de cada modelo europeo existen una serie de normas jurídicas que le dan su propia naturaleza, este caso partiendo de la titularización minera donde dependiendo de tales parámetros puedes varias el concepto de propiedad o las disposiciones que se tienen sobre el uso del suelo, asimismo la capacidad o facultad del estado en la intervención

de las actividades extractivistas comoquiera que de acuerdo a esto, puede resultar que en determinados contextos la intervención del Estado sea casi que regulatoria o mediadora frente a los procesos mineros, como en otros en los cuales la intervención del Estado juega un papel importante en la estructura y desarrollo de esta actividad.

Por otra parte, además de los conceptos inherentes a los procesos de titularización minera vemos que además de tales diseños frente a los modelos existen una serie de conflictos en materia ambiental y laboral.

En relación con la problemática ambiental en la Unión Europea tiene una gran preocupación por el tema medio ambiental por la realización de actividades mineras, debido al impacto que tiene este componente en el desarrollo territorial, lo cual es objeto de interés en la unión europea. Que la amplia preocupación ambiental también tiene su origen en la búsqueda de un mejor aprovechamiento de los recursos minerales y generar una amplia eficiencia en los procesos de conservación y cuidado ambiental. Producto de esto vemos cómo a través de acuerdos o alianzas los países han encontrado un punto de unidad en aunar esfuerzos en aras de esa protección, ejemplificados en casos como el de Horizonte 2020, o Pacto Verde Europeo, basados en estrategias y procesos de transformación para la sostenibilidad ambiental.

Asimismo, la efectivización y mitigación de los impactos no solo son vistos desde este aspecto ambiental, sino también desde la órbita laboral en las cuales es claro que las condiciones de trabajo frente a las actividades mineras son completamente extremadas y en la mayoría de los casos siempre al límite de la vida comoquiera que siempre existe la exposición al riesgo.

De igual manera, frente a la preocupación de la salud de los trabajadores en la Unión Europea, en la cual muchos trabajadores se rehúsan a nuevas tecnologías para mitigar efectos del impacto ambiental, a lo cual existen normas en la unión europea para dar mejor protección a la salud de los trabajadores mineros, lo cual genera un mejor tratamiento de riesgos; además es importante el programa Horizonte 2020 el cual permite la articulación para brindar mejores índices de eficiencia y aprovechamiento de recursos naturales, sumado a la adopción del Pacto Verde Europeo.

Todo ello ha permitido que la Unión europea sea un modelo de ordenación territorial, en el cual han entendido la importancia de los instrumentos de gestión como base fundamental del desarrollo, donde países como España cuentan con autonomía territorial de sus entes territoriales como municipios, comunidades autónomas y provincias. A lo cual también es un modelo eficiente de ordenación del territorio Francia, donde se fomenta la autonomía territorial; de igual forma en Alemania donde las regiones cuentan con competencias amplias. Así como en Suiza donde el Estado Social, el federalismo y la democracia participativa son vitales para el desarrollo del país.

Con relación a las políticas derivadas de las actividades mineras, la Unión Europea permite la obtención de diferentes incentivos para el desarrollo de nuevos yacimientos, claro está con la adopción e implementación de políticas para la protección ambiental, contando para ello con un comité en el parlamento europeo para ello.

Por otra parte, y con el análisis de los modelos latinoamericanos, los cuales representan otra cultura y otras particularidades totalmente diferentes, entendiendo que en este contexto no existe una unidad frente a esta actividad, y que dentro de las regulaciones existen incidencias de tipo política, administrativa territorial o Constitucional y que con base en ese régimen se desarrolla el marco de acción de cada Estado frente a la explotación,

Por eso es preciso entender que las dinámicas de los modelos europeos son totalmente diferentes a la de los modelos latinoamericanos, además por contar con tipos de recursos mineros totalmente diferente y por idiosincrasia propia o estructura cultural de los modelos latinoamericanos, sumado a las conflictividades que estos presentan, que de cierta forma termina en tensiones entre los territorios con la Nación.

No solo estos apartados son suficientes para establecer esa diferenciación, pues además un punto importante parte de la calidad de las personas así encontramos que dentro de los modelos latinoamericanos, existen comunidades de todo tipo, con cultura diferente y bajo marco de normas incluso particulares frente a los estados pertenecientes, sean comunidades indígenas, raizales o negritudes eso genera impacto importante en las dinámicas mineras comoquiera que estas zonas en muchas ocasiones representan resguardos o zonas de especial protección por lo que tienen un tratamiento constitucional diferente, y que varios pronunciamientos van encaminados a la protección de estas zonas los cuales han sido motivo de controversia entre las altas cortes en este caso particular de Colombia. Además de lo expuesto, estas condiciones imposibilitan una política global bajo el entendido que cada comunidad goza de sus propias costumbres, de su propia idiosincrasia y autonomía, en donde la mayoría de los países de Latinoamérica convergen en tener conflictos sociales muy profundos, donde los índices de pobreza son muy elevados y la satisfacción de las necesidades básicas es reducido para la población, y esto marca una clara diferenciación.

indicar que en América latina se mantiene la cultura extractiva con efectos en la economía nacional de los países, es el Estado como el dueño de los recursos minerales, que a su vez concede a entes privados la exploración y la explotación mediante la constitución de un título jurídico que otorga derechos para explorar y explotar, siendo claro que la actividad minera impacta en la economía local, así como en los factores ambientales y sociales lo que hace importante un trabajo articulado entre la Nación, el territorio y las comunidades. Las políticas locales y de ordenamiento territorial requieren una armonización para el desarrollo de la minería en la búsqueda de un mejor beneficio para el medioambiente y la economía a nivel local y nacional.

En relación con los principios a los cuales las entidades territoriales en Colombia deben ceñirse para la exploración y explotación de los recursos mineros, se tiene que en Colombia se estableció el Estado unitario donde la estructura de poder se establece en autoridades nacionales, pero también donde existen factores que permiten generar alternativas a las entidades territoriales como la descentralización político-administrativa en esas entidades territoriales. Sin embargo, se estableció que la fuente más importante de recursos públicos la ostenta el poder central, el cual planea y fija

las directrices para que los entes territoriales planeen su desarrollo, de igual forma cuenta con la mayor fuente de recursos en gravámenes nacionales en impuestos como el IVA, la renta, dejando en los territorios con pocas alternativas de generación de recursos propios. Así también con la reforma al sistema de regalías el cual extendió los recursos de regalías en el territorio nacional a través de presentación de proyectos ante autoridades nacionales, las cuales piensan el territorio local desde escritorios, lo cual afecta la gobernanza en los territorios.

En efecto, en el desarrollo de la investigación se pudo evidenciar que no se han cumplido los propósitos por los cuales se realizó la modificación a dicho sistema de regalías, al contrario se han presentado múltiples inconvenientes para las administraciones locales, las cuales no presentan o si lo hacen sus proyectos son devueltos por diversos motivos, todo refleja la crisis de los territorios y la falta de legitimidad de los mismos en sus ciudadanos, quienes por esa ineficaz gobernanza no creen en el Estado.

De igual forma, en Colombia existe una tensión latente entre el principio unitario, relativo a la forma de organización del Estado Colombiano, y el principio de autonomía propio de sus entidades territoriales frente a la actividad minera, pues los entes territoriales están limitados en las decisiones, lo cual muchas veces sus autoridades locales se suman al clamor ciudadano en las consultas populares, por cuanto con la supuesta democratización del sistema de regalías, los recursos pasan al poder central y este hace la distribución con base a proyectos que se le presenten, lo cual sin duda refleja la pérdida de autonomía territorial de los entes territoriales por las actividades mineras., lo cual se puede indicar que está afectada la autonomía y descentralización administrativa propia de las entidades territoriales en la intervención del Estado para la exploración y explotación de recursos mineros respecto de las personas y el territorio. Por lo que se enfatiza en la investigación en la fijación de parámetros en la exploración y explotación de los recursos mineros, delimitando los alcances o el nivel de participación de las entidades territoriales en el desempeño de actividades en dicho sector.

Precisamente esto permite proponer una mejor gobernanza en los territorios y cambios estructurales, lo cual juega un papel determinante en la minera, lo que merece precisamente la generación de factores ambientales y sociales lo que hace importante un trabajo articulado entre la Nación, el territorio y las comunidades. Es por ello que se hace necesario la armonización política locales y de ordenamiento territorial, para el desarrollo de la minería en la búsqueda de un mejor beneficio para el medioambiente y la economía a nivel local y nacional.

A su vez, las políticas públicas que garantizan la exploración y explotación de minerales varían en los diferentes países de Latinoamérica o en algunos casos se carece de una política eficiente o se encuentran en construcción, por lo que la falta de políticas públicas para unificación de criterios para procesos mineros. Dentro de estos lineamientos de política, las inversiones y operaciones quedan a cargo de la empresa privada. Están a cargo del Estado, los roles concedente, normativo y promotor.

Se deja claro que el Estado debe fomentar la mitigación y prevención del impacto medioambiental generado en la búsqueda de lograr tres equilibrios: económico, social, y ambiental, se entonces busca legitimar el desarrollo de la actividad minera, como también se promueve el fomento de la responsabilidad social, laboral y medioambiental pero a la vez se debe propender porque el crecimiento sea sostenido y sustentable, pues la administración de la propiedad del subsuelo y sus recursos no puede encauzarse desde una simple perspectiva de eficiencia financiera, sino que debe propender por la sostenibilidad de los recursos naturales y los ecosistemas de los que hacen parte.

Si a estas actividades le sumamos la problemática de la actividad minera ilegal se ven marcadas unas graves consecuencias de tipo ambiental por la poca protección o regularización antes determinados procesos, siendo una falencia que se identificó incluso en Latinoamérica, donde la falta de regulación de las actividades mineras, tal como lo tienen los países europeos, afecta la articulación de los proyectos extractivos con el medio ambiente.

De esta situación extractiva se han generado conflictos con sectores sociales presentándose situaciones de hecho, lo cual permite indagar sobre las consultas públicas. Por lo que la exploración y explotación de los recursos naturales en estos

territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Se exige el despliegue de propuestas que permitan conciliar el modelo económico capitalista con los intereses de las comunidades que se dedican a la explotación minera artesanal.

Ahora bien, los recursos minerales son fundamentales no solo para el desarrollo de la sociedad humana sino para el avance socioeconómico del país y los entes territoriales, motivo por lo cual, se hace necesario trabajar con los entes territoriales en la autonomía de la descentralización. Teniendo en cuenta que los entes territoriales son propietarios del subsuelo y pueden impedir las actividades mineras.

Por ello, debe priorizarse en el contexto de la intervención de la economía y protección ambiental el tema de las reservas mineras, la reglamentación de la minería ilegal e incluso, para la socialización de iniciativas donde se incluyan a las comunidades como socios de proyectos mineros en el reconocimiento de derechos de ciudadanía, habida cuenta que son los municipios donde se extraen los recursos naturales los que más impacto ambiental reciben de dichas actividades.

Todo ello de la mano de una efectiva participación ciudadana, quien en el marco del sistema de gestión de calidad puede ejercer en debida forma su labor, pues de la participación efectiva de las comunidades asentadas en dichos territorios, se permite el fortalecimiento de sus capacidades, promoviendo la generación de espacios de concertación.

De igual forma se requiere de herramientas que permitan la mejor articulación y colaboración institucional que permita resolver las tensiones entre los intereses del nivel central del Estado y las entidades territoriales locales sobre las que recaen las consecuencias ambientales, sociales y culturales de la extracción.

Es necesario desarrollar el debate sobre el impacto que ha tenido la modificación del sistema nacional de regalías, pues ya hay evidencia que ha sido enfática en determinar que la misma no ha cumplido su finalidad, a lo cual debe permitirse el análisis para su modificación tal como se propone en esta investigación de destinar el

50% de dichos recursos a los municipios donde se generan dichas extracciones, claro está con la generación de mecanismos eficaces y eficientes de verificación y control de los mismos, con articulación institucional de gobernantes y claro de órganos de control, con grupos especializados para esa finalidad.

A su vez, las políticas públicas que garantizan la exploración y explotación de minerales varían en los diferentes países de Latinoamérica o en algunos casos carece de una política eficiente o se encuentran en construcción, por lo que la falta de políticas públicas para unificación de criterios para procesos mineros. Dentro de estos lineamientos de política, las inversiones y operaciones quedan a cargo de la empresa privada. Están a cargo del Estado, los roles concedente, normativo y promotor.

Ahora bien, los recursos minerales son fundamentales no solo para el desarrollo de la sociedad humana sino para el avance socioeconómico del país y los entes territoriales, motivo por lo cual, se hace necesario trabajar con los entes territoriales en la autonomía de la descentralización. Teniendo en cuenta que los entes territoriales son propietarios del subsuelo y pueden impedir las actividades mineras.

Por ello, debe priorizarse en el contexto de la intervención de la economía y protección ambiental el tema de las reservas mineras, la reglamentación de la minería ilegal e incluso, para la socialización de iniciativas donde se incluyan a las comunidades como socios de proyectos mineros en el reconocimiento de derechos de ciudadanía, habida cuenta que son los municipios donde se extraen los recursos naturales los que más impacto ambiental reciben de dichas actividades.

Por lo que se propone como alternativas de mejoramiento para ello, la modificación al sistema nacional de regalías, permitiendo que una mayor cantidad de recursos se priorice a proyectos a realizar en dichos territorios, pues este recurso exógeno de las entidades territoriales merece análisis aparte, dada la importancia no solo de su conceptualización sino de su contenido y alcance.

De igual manera, la libertad para definirla en la toma de decisiones sobre criterios de distribución destinados al desarrollo regional y los mecanismos de vigilancia y control. propuesta ésta que se base en la finalidad de las regalías en dirigir la promoción de la minería, la preservación del ambiente y el financiamiento de proyectos regionales y de inversión, que en últimas estos proyectos se encuentra a cargo de las entidades

territoriales, pues si bien estas entidades territoriales se les reconoció el derecho para la obtención de recursos derivados de regalías no es menos cierto que el impacto que generan dichas explotaciones se da en los territorios donde se realizan dichas actividades, lo cual sin duda da lugar a que los mismos territorios tengan prioridad en la asignación de recursos para su desarrollo y mitigar de una u otra forma los impactos que genera la extracción de recursos naturales.

Esto debe ser objeto de modificación en la asignación de recursos por parte del Estado a través del sistema general de regalías.

En este sentido, también se requiere un mayor control en los recursos de regalías destinados para los entes territoriales donde se extraen recursos naturales y asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas, a través de las herramientas que tiene el ente de control fiscal nacional a raíz de la expedición del acto legislativo 04 de 2019 y el Decreto 403 de 2020 que fortaleció a la institución y permite ejercer un mayor control fiscal preventivo, concomitante, posterior y selectivo a los recursos nacionales y territoriales, con herramientas tecnológicas derivadas de la inteligencia artificial como el big data que permite el cruce de información en tiempo real para la correcta inversión de recursos públicos. A su vez no menos importante el fortalecimiento de los sistemas de investigación disciplinaria y penal, así como medidas como acción de repetición al cual debe ser utilizado y mejorado para evitar la pérdida de recursos públicos.

Todo ello de la mano de una efectiva participación ciudadana, quien en el marco del sistema de gestión de calidad puede ejercer en debida forma su labor, pues de la participación efectiva de las comunidades asentadas en dichos territorios, se permite el fortalecimiento de sus capacidades, promoviendo la generación de espacios de concertación.

De igual forma se requiere de herramientas que permitan la mejor articulación y colaboración institucional que permita resolver las tensiones entre los intereses del nivel central del Estado y las entidades territoriales locales sobre las que recaen las consecuencias ambientales, sociales y culturales de la extracción.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD LICERAS, José María., “El Principio de la Autonomía Local en la doctrina y del tribunal constitucional”, *En Revista de Derecho Administrativo*, No 8, Universidad Europea de Madrid, 1998.

ABUYA, W.O. “Mining conflicts and Corporate Social Responsibility: Titanium mining in Kwale, Kenya., *The Extractive Industries and Society*”, *Intechopen* , 2018 , p. 9. DOI: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.77373>

ARAUJO RENTERÍA, Jaime., *Teoría de la Constitución*, 1ª Ed, Editorial Eco Ediciones, Sabraudel, Santafé de Bogotá, 1996.

ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, Santiago, *Extractivismo, modo de vida imperial y violencia*, revista PAPELES de relaciones eco sociales y cambio global, N° 143 2018.

BASTOS, S. y DE LEÓN, Q, “Guatemala: construyendo el desarrollo propio en un neoliberalismo de posguerra”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, no. 10, vol 19, p. 52-79, 2015. Recuperado el 17 de septiembre de 2015, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90638786004>

BELTRÁN, BELTRÁN, Lina., “El patrimonio y los paisajes culturales, nuevos desafíos en su definición y manejo”, Vol. 22. No. 1, *Revista de Estudios sobre Patrimonio Cultural- Journal of Cultural Heritage Studies*, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

BOLÍVAR, SIMÓN EN CASA EDITORIAL RED EDICIONES SA, *Compilación - Reflexiones Políticas*, Red ediciones SA, 2010, Bogotá.

BONET, Jaime, GUZMÁN FINOL, Karelys, URREGO, Joaquín, VILLA, Juan Miguel, *Efectos del nuevo Sistema General de Regalías sobre el desempeño fiscal municipal: un análisis dosis-respuesta*, Cartagena, Banco de la República-Centro de Estudios Económicos, Bogotá, 2014.

BONET, Jaime, PÉREZ, Gerson, AYALA, Jhorland., *Contexto histórico y evolución del SGP.*, Banco de la República- Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER), Bogotá, 2014.

BONNEMAISON, Joël., "Voyage autor du territoire", L'Espace Graphique, 1981. Disponible en: http://www.persee.fr/doc/spgeo_0046-2497_1981_num_10_4_3673

BOTERO, María; HOFMAN, Juana; HERNÁNDEZ, Daniel; PICO, María. Regalías y desequilibrios territoriales en Colombia: una brecha que no se cierra. Universidad del Rosario. Centro de Estudios Políticos e Internacionales. Bogotá D.C, 2015.

BRODER. Albert, PÉREZ. Miguel, SÁNCHEZ. Alejandro, MARCHÁN. Carmen (eds.), *La inversión extranjera en la minería española*, Madrid: Instituto Geológico y Minero de España, 2014.

CAMOU, Antonio, *Los desafíos de la Gobernabilidad. (Estudio preliminar y compilación)*, Plaza y Valdés S.A., México, 2001.

CAMPAÑA, Simón Farith. (2013). "Derechos de la Naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?". *Iuris Dictio* vol. 15, pp. 9-38. Citado por Martínez Dalmau, Rubén. En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*.

CÁRDENAS, M., *La Minería en Colombia: Impacto socioeconómico y fiscal*. Cuadernos Fedesarrollo, 25, Colombia, 2008.

CHACÓN, R., El caso Yanacochoa: Crónica de la lucha frente a una contaminación minera inevitable. *Ecología Política*, no 26, 2003.

CORREA, Diana, "La consulta previa frente a la minería. Estudio de caso en los resguardos indígenas del noroccidente colombiano", *Revista científica universidad de caldas*, vol. No. 46, p.147. Disponible en: DOI: 10.17151/luaz.2018.46.9

COLÓN RÍOS. Joel I. *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo*

democrático. 2019.

CIFUENTES, Germán., Desarrollo Constitucional, Legal y Jurisprudencial del Principio de Rigor Subsidiario, Revista Jurídicas CUC, No 9, Vol 1, 2013, P. 345-384.

CISNEROS, Paúl, Política minera y sociedad civil en América Latina, Paúl Cisneros, editor, 1.ª ed. Quito: Editorial IAEN, 2016.

DAMMERT LIRA, Alfredo, Molinelli Aristondo, Fiorella, *Panorama de la Minería en el Perú*, OSINERGMIN, 2007

DE CÓRDOBA FERNÁNDEZ, Manuel Benabent, *La ordenación del territorio en España: evolución del concepto y de su práctica en el siglo XX*, Universidad de Sevilla, 2006.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *la minería sin control- Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos*, Imprenta Nacional de Colombia, Defensoría del pueblo, Bogotá, 2015, p.22. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMinerla2016.pdf> (consulta: 21-09-2020)

DEL PILAR BUENO, María., La política minera en la argentina y el modelo extractivista, Foro Internacional 215, LIV, 2014, p. 106-130.

DEL TRIUNFO ÁLVAREZ, Carlos., tesis doctoral Decadencia y extinción del modelo industrial minero en España: evaluación del empleo del sector en la cuenca minera asturiana, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2016. Disponible en: <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=Nrh47XxNuSs%3D> (consulta: 05-03-2020)

División de Programas de la Unión Europea del CDTI en colaboración con el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) y la Oficina Europea (FECYT-MINECO), *Guía del participante Horizonte 2020*, Madrid: Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial, 2014, p. 20

DURAN RUIZ, Francisco Javier., *la regulación de la minería en la unión europea y su compatibilidad con la normativa medioambiental comunitaria: el caso de España*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2012.

ESCUADERO. Antonio., Leyes mineras y grupos de presión. “El coste de oportunidad de la política fiscal en la minería española”, *Revista de Economía Aplicada*, Número 3, vol. 1, 1993, pp. 75 a 94.

Elaborado por expertos nacionales e internacionales bajo el marco conceptual IPBES, *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país*, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, 2019, p. 20. Disponible en <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/2-diagnostico-actividad-minera-y-explotacin-ilicita-expertos.pdf>

FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza., “Sistemas de dominio originario de los yacimientos domain systems originating in the fields Millitza”, *Vox Juris*, Vol. 30,2015, p. 43-153.

FRAGA, Gabino., *Derecho administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2002, p.85.

FERNÁNDEZ ESPINAR Y LOPEZ. L, “El régimen jurídico de la minería y la adhesión de España a las comunidades europeas”, *Revista de Instituciones Europeas*, No.14, Vol. 1, 1987, pp. 139-164.

FERNÁNDEZ, Raúl Llasag. Capítulo: Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la constitución. *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos* P. 77-78.

FEINBERG, Joel. *Rights, justice, and the bounds of liberty*. Princeton: Princeton University Press. 1990. Citado de *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Estupiñán, Storini, Martínez Dalmau. Carvalho Dantas. 2019.

FIERRO MORALES, Julio, *Políticas mineras en Colombia*, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos – ILSA, Digiprint Editores EU, Bogotá, 2012.

GARCÍA PACHÓN, María Del Pilar., *Derecho sancionatorio ambiental*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2013.

GARCÍA PACHÓN, María Del Pilar., *minería, energía y medio ambiente*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2014.

GEIGER, Pedro, “Desterritorialización y especialización: Territorio, globalización y fragmentación, En: Seminario Internacional Territorio: Globalización y Fragmentación”, Editora Hucitec, Sao Paulo, 1996.

GHERSI. Enrique., *Conferencia ¿Quién es el dueño del subsuelo? Conferencia dictada en Auditorio Milton Friedman*, Universidad Francisco Marroquín, 2007. Disponible en: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-10-%C2%BFquien-es-el-dueno-del-subsuelo/> (consulta: 05-05-2021)

GIARRACA, Norma, “Territorios en disputa: los bienes naturales en el centro de la escena”. *Realidad Económica*, No. 217,2006.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, YENNY MARCELA. *Garantías constitucionales de la autonomía territorial en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2012. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/6362/1/699793.2012.pdf>

GUDYNAS, Eduardo, *El nuevo Extractivismo progresista en américa del sur*, en Alberto Acosta, François Houtart, Henry Ramírez Soler, Joan Martínez Alier, Luis Macas, *Colonialismo del Siglo XXI-Colonialismos del siglo XXI: Negocios extractivos y defensa del territorio en América*, Ica editorial, Barcelona, 2011.

GUTIÉRREZ GUARDIA, Carlos Armando, “La propiedad minera”, *Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG*, Vol. 13, No. 25, 20210, pp. 42-48

GUIZA SUAREZ, Leonardo, RODRÍGUEZ BARAJAS, Cristhian, “El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera”, *Vniversitas*, No. 132, 2015, P. 335-336.

HENAO, Juan Carlos, DÍAZ ÁNGEL, Sebastián, ARIAS RESTREPO, Jaime, *Historia y gobierno del territorio minero*, Tomo V, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

HENAO, Juan Carlos y GONZÁLEZ, Ana. Carolina., *Minería y Desarrollo Minería y Comunidades, Conflictos y Participación Ciudadana*, tomo IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

HEIN BRÖTZ, Susanne Friess, *La Minería en los Países en Desarrollo - Desafíos y Propuestas de Acción -*, Trad: Patow Derteano, Sandra y Biurrún, Estela, Misereor, Aachen, 2011.

HERNÁNDEZ, L., “Génesis del Sistema General de Regalías (Primera parte)”, *Letras Jurídicas*, Vol. 18, No. 1, 2013.

HUBER, L. y DE ECHAVE, J., *Minería y conflicto social*, IEP Ediciones, Lima, 2014. Disponible en: <https://elibro.net/es/ereader/unilibre/79419?page=9>.

JAMES. R., Amstrong y RAJI. Menon, *MINAS Y CANTERAS*, Madrid : Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), 2012.

LARACH DEL CASTILLO, Catalina Ana, “Organización territorial en España y en Colombia. Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo”. Santiago Muñoz Machado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No 10, Bogotá, 2013, p. 163-179.

LEGOUX. Pierre, "Legislaciones mineras de los Estados miembros de la comunidad económica europea", trad, FERNÁNDEZ. Luis Carlos, *Revista de Administración Pública*, No. 113., 1987, pp. 367-398.

LLADO DE LAS CALLEJAS, Carlos, Europe 2020 Strategy, European Commission (2016). Disponible en (solicita autorización): https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_en

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, La Naturaleza como sujeto de derechos en el Constitucionalismo democrático, Universidad Libre, Bogotá D.C, 2019, Pág. 33.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009, pág. 267.

MARTÍNEZ ESPINOZA, Manuel Ignacio, "El Extractivismo minero en América Latina: planteamientos, paralelismos y presunciones desde el caso de Guatemala", *Flacso*, No 27, Vol. 53, México, 2019. Disponible en: DOI: 10.18504/pi2753-001-2019

MARTÍNEZ ALIER, Joan, "LOS CONFLICTOS ECOLÓGICO-DISTRIBUTIVOS Y LOS INDICADORES DE SUSTENTABILIDAD", *POLIS REVISTA UNIVERSIDAD BOLIVARIANA DE CHILE*, NO. 5, VOL. 13, 2006, P:1-12.

MEJÍA, Juan. Las regalías en Colombia, una fuente de equidad y progreso. Universidad del Rosario, 2017, p. 3. Disponible en <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/17796/MejiaSalazar-JuanManuel-2017.pdf?sequence=1>

MENDOZA PALOMINO, Álvaro, *Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991*, 1° Edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1992.

MESA DÍAZ, Carlos Augusto, REMOLINA PULIDO, Juan Pablo, PÉREZ RODRÍGUEZ, Adyle Catherine, IGUA PÉREZ, Diana Milena. *Descentralización y entidades territoriales -Procuraduría delegada para la Descentralización de las Entidades Territoriales.*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2011.

Miembros del Consejo Asesor del Programa Tecnologías de los Recursos Primas del BMBF, Trad. Barrenechea, Carlos R., “Materias primas económicamente estratégicas para Alemania como emplazamiento de la Alta Tecnología”, Ministerio federal de Educación e Investigación, Alemania, 2012.

MÍNGUEZ, Raúl, RETAMOSA, Elia y VALERO, Manuel, *Panorama minero 2017 suplemento, Análisis del impacto de la industria extractiva en el conjunto de la economía española*, Instituto Geológico y Minero de España (IGME), Madrid, 2017. Disponible en: <http://www.igme.es/PanoramaMinero/PMLin.htm>

MOJICA PINZÓN, María, Mecanismos de participación ciudadana en relación con las actividades extractivas. caso extracción de hidrocarburos en el municipio de san bernardo, Universidad Javeriana, Julio 2019, p, 3.

MOTTA, R., “perspectiva del Extractivismo aurífero ilegal en la escena del posconflicto en el departamento del chocó”, *Pensamiento Republicano.*, Nº 6., 2017, p. 89-108. DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Pen.Repub.2017.n6.a21>

MOLINA, J., “El dominio minero en Colombia la propiedad minera del Estado”, *Revista de la Universidad Nacional*, No.1992, p, 117-120.

MOLINA MARTÍNEZ, Miguel., Legislación minera colonial en tiempos de Felipe II en el XIII Coloquio de Historia Canario-americana, Editorial Cabildo Insular de Gran Canaria, España, 2000.

MONTOYA, Milton., Anuario iberoamericano de derecho minero: fundamentos jurídicos del sector minero en Iberoamérica, Universidad externado, Bogotá 2020, p. 13.

MUÑOZ ÁVILA, Lina. Derechos de Acceso en Asuntos Ambientales en Colombia, Naciones Unidas, diciembre de 2016. Pág. 15.

ORTIZ RODRÍGUEZ, Alexa, Catherine., Manuela de derecho minero, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

PEÑA, E. y PEÑA, G., *El Derecho de Bienes*, Legis, 2ª ed, Bogotá, 2006.

PESÁNEZ BENÍTEZ, Johana. Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos. En Quito, Ecuador. 2011. Pág. Vii.

PIELOW, Christian, “CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL DERECHO MINERO ALEMÁN”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, No 1 ,2003, pp. 201.216.

PIMIENTO, J., *Derecho Administrativo de Bienes –Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2015.

PIMIENTO, J. *La propiedad del subsuelo en el Derecho colombiano. Aportes para un concepto. En: Minería y Desarrollo- Aspectos jurídicos de la actividad minera*, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 1ª ed., Bogotá, 2016.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Martha Areli y ROBLERO MORALES, Marín., Religiosidad mame en resistencia frente a la minería, *Letras Verdes Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, N.º 26, 2019, p., 153-172, <https://doi.org/10.17141/letrasverdes.26.2019.3856>

RIASCOS GÓMEZ, “Libardo Orlando, ¿Un Estado Autonomico?, ¿Autonomía Universitaria?” *Revista electrónica de Derecho Público- Doctrina constitucional y administrativa*, Pasto, 2010, p. 1-19. Disponible en; <http://derechopublico.udenar.edu.co/Autonomia.pdf> (Consulta 09-09-2020)

RIASCOS GÓMEZ, Libardo, “La inexorabilidad de bienes histórico-culturales como

una institución jurídico-administrativa y como medida cautelar en el procedimiento administrativo- Ensayo jurídico constitucional y administrativo”, *Revista del Sistema de Investigaciones de la Universidad de Nariño*, Vol.2, Pasto, 2008. Disponible en: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/INEXPORT.pdf>

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *planes de ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2012.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, Muñoz, Lina Marcela, *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. Disponible en: <http://philpapers.org/archive/RODLPE.pdf>

RODRÍGUEZ CRUZ, Juan Pablo, “El Principio de la autonomía territorial de los municipios y departamentos en Colombia, análisis y perspectivas desde la jurisprudencia de la corte constitucional 1992-2012”. *Revista Summa Iuris*, Vol. 2, No. 2, Medellín, 2014. Disponible en; <file:///C:/Users/David/Downloads/1467-5769-1-PB.pdf>

RODRÍGUEZ, Libardo, *Estructura del poder público en Colombia*, Editorial Temis, 2009, Bogotá.

ROJAS, Rodrigo. El liderazgo comunitario y su importancia en la intervención comunitaria. *Psicol. Am. Lat.* no.25 México, 2013.

ROMERO H, Antonio, *La minería y la industrialización del país- Una mirada desde Antioquia*, Memoria Universidad de Antioquia, Medellín, 2013.

ROMERO H, Antonio, *La industria extractiva en el fortalecimiento de la economía regional- Memoria*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2015.

SÁCHICA. Luis, Carlos, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, Ed. Temis, 10ª ed., Bogotá.

SALAZAR NIÑO. Elvis., “La Concesión Minera y el Derecho de Aprovechamiento Buscando un Equilibrio Entre lo Público y lo Privado”, Vol.42, *Revista Derecho & sociedad*, Montería, 2014, pp. 363-371. DOI <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12491>.

SÁNCHEZ, M.; BARRANCO, R.; CASTILLO, F. y DELGADO, F., *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, 1997.

SCOTTO, Gabriela, “Estados Nacionales, Conflictos Ambientales y Minería en América Latina”, *Revista, Letras Verdes- revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, N.o 14, 2013, p.95-116. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/revistas/>

SVAMPA, Maristella, ÁLVAREZ, María Solay, BOTTARO, Lorena, “Los movimientos contra la minería metalífera a cielo abierto: escenarios y conflictos. Entre el “efecto Esquel” y el “efecto La Alumbrera”. En *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*, 2009.

SUELT COCK, Vanessa., *La organización territorial colombiana frente a la tendencia contemporánea de configuración federal*, en Marcel Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1972.

SARRIA, E., *Derecho de Minas –Régimen jurídico del subsuelo*, 2ª ed, Temis, Bogotá, 1960.

URTEAGA, Eguzki , “Modelos de Ordenación del Territorio en Europa: Francia, Alemania y Reino Unido The Spatial Planning Models in Europe: France, Germany and United Kingdom”, *Estudios Geográficos*, Vol. LXXII. Universidad del País Vasco Vitoria, 2011. Disponible en: <file:///C:/Users/David/Downloads/341-345-1-PB.pdf>

VARGAS, E, “La política minera para el desarrollo sostenible”, *Boletín de ciencias de la tierra*, No 16, Bogotá, 2004, p. 121-134.

VIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho

administrativo colombiano, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2012.

VIO GORGET, Diego,Walter, Martin , Marcos normativos e institucionales de la minería en América Latina, Banco InterAmericano de Desarrollo, 2016.

VILDÓSOLA FUENZALIDA. Julio, *El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe*, ed. 1°, Editorial Latina C.A., Venezuela, 199.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, Los procesos Constituyentes Latinoamericanos y el nuevo Paradigma Constitucional, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, 2010, pág. 13.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una Construcción Doctrinal, Universidad de Valencia, Revista General de Derecho Público Comparado 9, 2011, Pág. 3.

VICIANO PASTOR, Roberto, Capitulo: La problemática Constitucional del Reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Ecuador, En Quito, Ecuador. 2011, pág. 139.

WALTER, Mariana y URKIDI, Leire, Consultas comunitarias y vecinales contra la minería metalífera en América Latina (2002-2012), Trad por: Verónica Núñez Reyes, revista: ecología Política, p 48-59.

WALTER, MARTIN, *Extractives in Latin America and the Carib-bean*, banco interamericano de desarrollo –bid-,2016, p. 20. Disponible en: <https://publications.iadb.org/en/extractives-latin-america-and-caribbean-basics>

WEBER, MAX., *Economía y Sociedad*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, 1964, México, p.696.

WELLMAN, Carl. An approach to rights: Studies in the philosophy of law and morals. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers. 1997. Citado de La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático. Estupiñán, Storini, Martínez

Dalmau. Carvalho Dantas. 2019.

ZAFFARONI, E. (2011) Capítulo: La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos.

LEGISLACIÓN.

Alemania, Ley Fundamental para la República de Alemania de 1949.

Alemania, Ley Federal de Minería del 13 de agosto de 1980, Gaceta de las Leyes Federales I, p. 1310. Qué fue modificada por última vez por el artículo 237 de la Ordenanza de 19 de junio de 2020 (Gaceta de Leyes Federales I p. 1328

Colombia, Constitución Política de 1991.

Colombia, Ley 14 de 1983, de 6 de julio, por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 36.288, de 06 de julio de 1983.

Colombia, Ley 12 de 1986, de 16 de enero, Por la cual se dictan normas sobre la Cesión de Impuesto a las Ventas o Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) y se reforma el Decreto 232 de 1983), Diario Oficial No 37.310, de 17 de enero de 1986.

Colombia, Ley Orgánica 60 de 1993, de 12 de agosto, Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 40.987, de 12 de agosto de 1993.

Colombia, Ley 136 de 1994, de 2 de junio, Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, Diario Oficial No. 41.377, de 2 de junio de 1994.

Colombia, Ley 388 de 1997, de 18 de julio, Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997.

Colombia, Ley 489 de 1998, de 29 de diciembre, 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 atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 15 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

Colombia, Ley 678 de 2001, de 4 de agosto, Por medio de la cual se reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o el llamamiento en garantía, Diario Oficial, No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

Colombia, Ley 685 de 2001, de 15 de agosto, por medio de la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 44.545, de 8 de septiembre de 2001.

Colombia, Ley 715 de 2001, de diciembre 21, Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, Diario Oficial No 44.654, de 21 de diciembre de 2001.

Colombia, Ley 1454 de 2011, de 29 de junio, Por la cual se dictan en el Congreso de la República de Colombia, normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones, Diario Oficial No. 48.115, de 29 de junio de 2011.

Colombia, Acto Legislativo 005 de 2011, de 18 de julio, Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones, Diario Oficial No. 48.134, de 18 de julio de 2011.

Colombia, Ley 1551 de 2012, de 06 de julio, Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, Diario Oficial, No. 48.483, de 6 de julio de 2012

Colombia, Ley 1530 de 2012, del 17 de mayo de 2012, Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías. Diario Oficial N° No. 48.433 de 17 de mayo de 2012.

Colombia, Ley 1625 de 2013, de 29 de abril, Por la cual se deroga la ley orgánica 128 de 1994 y se expide el régimen para las áreas metropolitanas, Diario Oficial No. 48.776, de 29 de abril de 2013.

Colombia, Ley Estatutaria 1757 de 2015, por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. Diario Oficial No. 49.427, de 16 de febrero de 2015.

Colombia, Acto Legislativo 04 del 2017, del 08 de septiembre del 2017, Medio de Publicación, Diario oficial N° 50350 del 08 de septiembre del 2017.

Colombia, Ley 2056 del 2020, del 30 de septiembre del 2020, Medio de publicación, Diario Oficial N° 51.453 del 30 de septiembre del 2020.

Colombia, Decreto 232 de 1983, Diario oficial: No. 36187, de 7 de febrero de 1983.

Colombia, Decreto 2041 de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, diario oficial No. 49305. 15 de octubre de 2014.

Chile, Decreto Supremo N.º 2.022, de 21 de julio de 1997, tratado entre Chile y Argentina sobre integración y complementación minera y sus anexos i y ii, su protocolo complementario y el acuerdo que corrige dicho protocolo. Disponible en: <http://www.minmineria.gob.cl/tratado-minero-con-argentina/> (consulta: 20-08- 2020)
España, Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, «BOE» núm. 176, de 24/07/1973.

Francia, Ordenanza de creación N° 2011-91 de 20 de enero de 2011, Légifrance -Le service public de la diffusion du droit, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Reglamento (ue) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2021 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017R0821&qid=1621873968908>.

Suiza, Constitución Federal de Suiza de 1999.

Unión Europea, Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, Diario Oficial No. L 26/1, de 28 de enero de 2012. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/026/L00001-00021.pdf> (consulta: 5-03-2020)

JURISPRUDENCIA

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, Sentencia de 5 de abril de 2018, Radicado: 11001-03-15-000-2017-02389-01.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 25 de octubre de 2017, Radicado: 11001-03-15-000-2017-02516-00.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, Sentencia de 5 de abril de 2018, Radicado: 11001-03-15-000-2017-02389-01

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, Sentencia del 15 de agosto de 2018, Radicado: 11001-03-15-000-2018-00669-00

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, Sentencia del 14 de marzo de 2019, Radicado 17001-23-00-000-2011-00337-01

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-157/1992.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-141/1994.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-380/1993

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-535/1996.

Colombia, Corte constitucional, Sentencia SU-039/1997

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-221/1997.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998,

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-541/1999.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-431/2000.

Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-579/2001.

Colombia, la Corte Constitucional, Sentencia C-1258/2001.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1146/2001.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-616/2001

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-669/2002.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-427/2002.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554/2007

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-760/2007.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-306/2009.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-769/2009.

Colombia, Corte Constitucional, C-149 de 2010.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1045A/2010

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-395/2011.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-129/2011

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-366/2011

Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia c-297/2011.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-395/2012.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-348/2012.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C -624/2013.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-068 de 2013

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-123/2014.

Corte Constitucional, Sentencia C-072/2014.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-389/2016.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-445/2016.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-273/2016.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-389/2016.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-273/ 2016.

Colombia, sentencia C-035/2016, Corte Constitucional.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-052/2017.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU133/2017.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554/2007.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU095/2018.

Colombia, Corte constitucional, Sentencia de Unificación SU123/2018

Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-053/2019

ESPAÑA, La Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 28 de julio de 1981

BASE DE DATOS

Acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las Frac, Acuerdo Final, 2016:3-4, Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf (consulta realizada: 20-09-2020)

Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, Disponible en: <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml> (Consulta 28-09-2020)

Cartilla Descentralización y entidades territoriales, 2011. Disponible en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartilla%20descentralizaci%C3%B3n.pdf> (consulta 18-11-12)

CIPPEC, Minería responsable para el crecimiento con equidad, p. 66. Disponible en: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1052.pdf> (Consulta 06-09-2020)

Climate Action, Environment, Resource Efficiency and Raw Materials, European Commission. Disponible en: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/climate-action-environment-resource-efficiency-and-raw-materials>

Defensoría del Pueblo, la minería sin control- Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2015, p.22. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMinerla2016.pdf> (consulta: 21-09-2020)

Departamento administrativo nacional de estadísticas, censo nacional de población y vivienda, 2018. disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/cuantos-somos> (consulta 5-09-2020).

Departamento nacional de planeación, Plan Nacional de Desarrollo período 2010-2014 “Prosperidad para todos” y Plan Nacional de Desarrollo período 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Disponible en:

<https://www.minagricultura.gov.co/planeacion-control-gestion/Gestin/Plan%20de%20Acci%C3%B3n/PLAN%20NACIONAL%20DE%20DESARROLLO%202014%20-%202018%20TODOS%20POR%20UN%20NUEVO%20PAIS.pdf> (Consulta: 19-10-2019)

Departamento Nacional de Planeación, Elementos básicos del Estado colombiano. Guías para la gestión pública territorial, 2011, p. 19. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Guia%20Elementos%20Basicos%20Estado.pdf> (consulta: 12-11-12)

El periódico de la energía, España, el país más rico en minerales de la UE, podría convertirse en el principal productor de cobalto. Disponible en: <https://elperiodicodelaenergia.com/espana-el-pais-mas-rico-en-minerales-de-la-ue-podria-convertirse-en-el-principal-productor-de-cobalto/> (Consulta 09-03-20)

Ecologistas en Acción, Informe: Minería Especulativa en España, versión 1.0, Imprenta Ecologistas en Acción, Madrid, 2019. Disponible en: www.ecologistasenaccion.org

European Commission, What is Horizon 2020?, Disponible en: <https://ec.europa.eu/pro-grammes/horizon2020/en/what-horizon-202>

El periódico de la energía, España-el país más rico en minerales de la UE. Disponible en: <https://elperiodicodelaenergia.com/espana-el-pais-mas-rico-en-minerales-de-la-ue-podria-convertirse-en-el-principal-productor-de-cobalto/> (Consulta 09-03-2020)

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país, p. 20. Disponible en <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/2-diagnostico-actividad-minera-y-explotacin-ilicita-expertos.pdf>

Oficina Federal del Medio Ambiente de Alemania, formulación de la Iniciativa Europea de Materias Primas. Disponible en: https://www.fona.de/medien/pdf/140225Wirtschaftsstrategische_Rohstoffe_ES_barri

erefrei.pdf (Consulta 12-02-2020)

Organización Internacional del Trabajo OIT, La minería: Un trabajo peligroso.
https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/areasofwork/hazardous-work/WCMS_356574/lang-es/index.htm (consultado:20-04-2020)

Procuraduría delegada para la descentralización y las entidades territoriales.

Parlamento Europeo, La política energética: principios generales, Bruselas.
Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/68/la-politica-energetica-principios-generales> (Consulta: 02-03-2020)

Parlamento Europeo, Minería del siglo XXI basada en desarrollo responsable y sostenible.
Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/assembly/plenary_sessions/brussels_2015/mining_es.pdf (Consulta: 5-03-2020)

Revista Concepto definición, Definición de Minería, edición:17 de julio del 2019.
Disponible en: <https://conceptodefinition.de/mineria/> (Consulta: 28-01-2020).

Ministerio de Cultura República de Colombia y otros, *Raizales, Isleños, Descendientes de europeos y Africanos*, Min interior de Cultura, Bogotá, p.1 Disponible en: <https://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidad%20Raizal.pdf>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, República de Colombia, Boletín No. 226, 2016,
Recuperada en: http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-061640%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Ministerio De Minas y Energías, Política minera institucional, Guatemala. Disponible en: <https://www.mem.gob.gt/wp-content/uploads/2019/01/Pol%C3%ADtica-Minera-Institucional.pdf> (Consulta: 23-09-2020)

Ministerio de Minas y Energía República de Colombia, Plan Estratégico del Conocimiento Geológico del Territorio colombiano 2014-2023, 2014. Disponible en: https://www2.sgc.gov.co/Publicaciones/Cientificas/NoSeriadadas/Documents/Plan_Estrategico_2014-2023.pdf

Ministerio de Minas y Energía, República de Colombia, Política Minera de Colombia, Bases para la minería del futuro, Bogotá, 2016. Disponible en: <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>

Ministerio de las TIC, Colombia, Oficina de Estudios Económicos- Suiza. Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/8b838194-4091-4c76-a980-254dbd93a1d6/Suiza.aspx> (Consulta 08-08-2020)

Sociedad Española de Ornitología, La situación legal de la minería en España y su relación con la conservación ambiental, SEO/BirdLif, Madrid, 2018. Disponible en: https://www.seo.org/wp-content/uploads/2018/04/Informe-Ley-de-Minas_SEO_BirdLife.pdf (Consulta: 20-06-2020)

(anexo 1)

La Tabla 1 desgrana el valor de la producción total directa de la industria extractiva española, así como el VAB anual generado por esta rama de actividad durante el periodo histórico considerado y el empleo utilizado.

Tabla 1. Valor de la producción total, VAB y empleo de la industria extractiva de España 2010-2014 (producción y VAB en millones de €, empleo en miles de personas).*

	2010	2011	2012	2013	2014
Valor total de la producción (millones de €)**	8.325	8.083	7.498	6.244	5.950
% respecto al valor de la producción total de España	0,41%	0,40%	0,38%	0,32%	0,30%
VAB (millones de €)	3.478	3.518	3.212	2.638	2.396
% respecto al VAB total de España	0,35%	0,36%	0,34%	0,28%	0,25%
Empleo (miles de personas)***	43,5	38,7	33,5	29,9	29,5
% respecto al empleo total de España	0,24%	0,22%	0,20%	0,18%	0,18%

* Valor a precios básicos (no incluye impuestos sobre los productos, aunque sí incluye subvenciones)

** Suma de VAB y consumo de productos intermedios.

*** Puestos de trabajo equivalente a tiempo completo.

Fuente: INE (Marco Input-Output 2010-2014, base 2010).

El valor de la producción de esta rama de actividad pasó de representar el 0,41% del valor total de la producción de la economía española (8.325 millones de euros) en 2010, a representar el 0,30% en 2014 (5.950 millones de euros).

En lo que se refiere a la creación de riqueza, el peso del VAB de la industria extractiva respecto al VAB total de España se redujo del 0,35% en 2010 (3.478 millones de euros), al 0,25% en 2014 (2.396 millones de euros). Por último, si en 2010 la industria extractiva daba empleo de modo directo, aproximadamente, a 43.500 trabajadores, el 0,24% del empleo total generado por la economía española, en 2014 el número de puestos de trabajo generado por esta rama de actividad fue de 29.500, el 0,18% del total.