

Problemática de la jurisprudencia de la Corte en relación con los derechos adquiridos en la minería

Susana Escobar Gaviria

Universidad Pontificia Bolivariana

Los derechos adquiridos tienen una vital importancia en la minería en Colombia. Siendo así, es menester entender qué impactos tienen las sentencias de la Corte Constitucional sobre los mismos.

Estudiante de último año de derecho en la UPB

Revisado por Hernando A. Escobar Isaza, abogado minero

Susana10escobar@gmail.com

RESUMEN

Desde el 2014 la Corte Constitucional ha cambiado su postura en relación con los derechos adquiridos que confieren los títulos mineros a sus beneficiarios, ocasionando así una gran inseguridad jurídica, por lo que se procede al análisis de las motivaciones de dicha corporación en las sentencias que tuvieron mayor relevancia en el tema y se superpondrán a todo el desarrollo constitucional, legislativo y jurisprudencial.

La mayor problemática que se deriva de este cambio en la jurisprudencia es en relación con los derechos adquiridos. Ya que, anteriormente, se consideraban derechos adquiridos las minas que estaban en etapa de exploración aunque no contaran con Licencia Ambiental. Ahora la Corte sostiene que únicamente son derechos adquiridos aquellas minas que cuenten con Licencia Ambiental, desconociendo así la categoría que se tenía sin indemnización alguna.

PALABRAS CLAVE

Minería, derechos adquiridos, irretroactividad, inseguridad jurídica, Corte Constitucional, entidades territoriales y jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito se basa en una práctica realizada por Susana Escobar Gaviria, estudiante de Derecho de la UPB de último año en la firma Escobar & Asociados. El papel que está desempeñando fue de asistente legal del Abogado Hernando Escobar Isaza. Durante este tiempo la Corte Constitucional expidió una nueva sentencia en relación con los derechos adquiridos y las consultas populares en la minería, ocasionando así una gran inseguridad jurídica y abriendo paso a un álgido debate.

Siendo así, el presente escrito tiene por objeto comprender los efectos jurídicos y los impactos ocasionados por cinco sentencias de la Corte Constitucional a la luz de los derechos adquiridos que afectan la minería en Colombia y que ahora se encuentran ocasionando múltiples problemáticas enmarcadas en lo jurídico y en lo político.

Todo esto con el fin de proponer posibles soluciones en un marco de sostenibilidad ambiental para así llegar a un punto medio en donde no se haga necesario este tipo de extralimitaciones por parte de la Corte Constitucional y se evite una búsqueda de poder absoluto por parte de la misma. A propósito de lo anterior, la famosa frase de Lord Acton cobra absoluta validez en donde sostiene que «El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente».

Para esto, la metodología usada es la deductiva, ya que a partir de los análisis hechos por la Corte Constitucional en las sentencias, se hará un estudio de los impactos jurídicos que esto

genera, para así poder llegar a una posible solución que permita un desarrollo sostenible más no sancionatorio en la minería.

Por ende, para el desarrollo del presente escrito, se tomará como Norte además de la jurisprudencia mencionada, la Constitución Política de Colombia de 1991 (CP), el Código de Minas contenido en la Ley 685 de 2001 (CM), la Ley 99 de 1993, la Ley Orgánica 152 de 1994 y la Ley 388 de 1997, con el fin de que el lector tenga la posibilidad de tomar postura sobre una situación que a todos los colombianos incumbe.

SOBRE LA MINERÍA EN COLOMBIA

Colombia desde hace miles de años, se ha caracterizado por ser un país con una gran importancia minera, ello en razón de que su geología privilegiada permite extraer múltiples minerales. Esta actividad es parte de la cultura latinoamericana, ya que, desde la época precolombina, las comunidades indígenas extraían minerales para realizar ornamentos y herramientas. Siendo así, para su comprensión, es entonces necesario entrar a definir la minería.

Definición de las minas.

La definición más próxima de las minas la trae el Código de Minas en su Artículo 10¹ donde la mina se entiende como un yacimiento, formación o criadero de minerales. Adicionalmente, la mina está comprendida por un volumen, determinado por la prolongación vertical de un plano horizontal, formando un prisma, cuya base es el área del terreno que se extiende hasta el centro de la tierra².

Propiedad de las minas.

En un principio, las minas pertenecían al Estado, y excepcionalmente, los particulares podían ser propietarios de una mina, posteriormente, a través de la Constitución de 1886 y la Ley 38 de 1887 atribuyó exclusivamente a la Nación el dominio minero.

¹ “ARTÍCULO 10. DEFINICIÓN DE MINA Y MINERAL. Para los efectos de este Código se entenderá por mina, el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útiles y aprovechables económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo. ...”

² “Debe entenderse por mina (...) dentro de la prolongación vertical de los planos que por los límites de la pertenencia o extensión que se haya entregado, según se trate de minas de veta o aluvión” (Sánchez, 1981, Pág. 50)

Lo anterior fue modificado por en el Artículo 332 de la Constitución Política de 1991 (CP)³ y el Artículo 5° de la Ley 685 de 2001 (CM)⁴. Siendo el Estado el propietario y el Ministerio de Minas y la Agencia Nacional de Minería (ANM) los encargados de la administración de las minas. Pero esto se ha venido desdibujando ya que la Corte Constitucional en las Sentencia C-035 de 2016, C-273 de 2016, C-389 de 2017 y T-445 de 2016 le da potestad a las entidades territoriales para que sean ellas quienes decidan sobre su explotación, y no las autoridades mineras, como venía sucediendo después de 1887⁵.

Es menester entender la potestad que tiene la entidad central y las entidades territoriales, para así tener claridad sobre el efecto y alcance de las Sentencias de la Corte que afectan la relación jurídica de las minas.

Regulación y administración del suelo y las minas.

El suelo puede ser apropiado por los ciudadanos, mientras que los minerales pertenecen al Estado en forma inalienable e imprescriptible. Por ende, las entidades que lo regulan son

³ *ARTICULO 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.*” (Negrillas fuera del texto)

⁴“ARTICULO 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.” (Negrillas fuera del texto).

⁵ *Desde la Ley 38 de 1887 (Art. 5o.) ya que se eliminó la accesión, por lo que la Ley 200 de 1936 (Art. 5o.) mantuvo la diferencia entre la propiedad superficial y el dominio del Estado sobre los minerales que se encuentran en el suelo o en el subsuelo, en donde se encuentran las minas.*

diferentes, ello en razón de que el Estado Colombiano reserva la competencia de administración minera a la Nación y otras relacionadas con el suelo a las entidades territoriales.

Del mismo modo, la dirección de la economía, según el artículo 334 de la CP, está a cargo del Estado por mandato de la ley, por lo que dicha competencia ha sido atribuida al Gobierno Nacional para intervenir en la explotación de los recursos naturales, con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Mientras que, las entidades territoriales se encargan de los asuntos relacionados con la regulación del uso del suelo (Art. 313-7 CP) y a los departamentos la relacionada con obras y actividades que comprendan el área de dos o más municipios (Art. 300-1-2-3 CP). Por lo que es forzoso concluir que la autonomía municipal no es absoluta sino ponderada.

Adicionalmente, y sin perjuicio de que a la administración central le corresponde la administración de las minas, de conformidad con lo previsto en el Artículo 317 del Código de Minas a la ANM (Agencia Nacional de Minería), y a los municipios la regulación del uso del suelo, como se desprende de lo previsto en el Artículo 29 de la Ley 1454 de 2011, es necesario tener una clara diferenciación entre los asuntos que competen a la nación, al departamento y el municipio.

Se afirma lo anterior, por cuanto si bien son claras las diferencias que competen al estado frente a las entidades territoriales, existe un alto riesgo de conflictos en su ejercicio, por tal razón

la Constitución adoptó un sistema que permite adelantar la concertación, integración y coordinación de las iniciativas de planeación de las diferentes entidades del Estado sobre el territorio⁶, que si bien no ha sido utilizado en los últimos 28 años, debido al ejercicio aislado de las entidades estatales, continúa vigente y mientras lo esté, constituye la única alternativa para superar los conflictos actuales sobre el territorio y lograr un desarrollo armónico sobre el territorio.

Pero, a pesar de lo expuesto anteriormente, la Corte en la Sentencia C-273 de 2016 declaró inexecutable el Artículo 37 del CM, el cual impedía a las entidades territoriales excluir zonas para la explotación minera. Al hacer esto dio paso a que las entidades territoriales puedan decidir sobre la explotación minera. Por esto es importante determinar el alcance de la competencia de las entidades, de la mano con la división entre el suelo y el subsuelo, de allí que en este subtítulo se entienda la regulación y la administración del suelo y las minas.

Esto nos permite concluir que los municipios y departamentos y la Nación, como se había sostenido, no tienen una competencia delimitada claramente para adoptar decisiones sobre el manejo y aprovechamiento del subsuelo y los demás recursos naturales renovables y no

⁶. Los artículos 80, 300-12 y 339 de la CP sostienen que las entidades territoriales y el gobierno nacional deben tomar decisiones de forma concertada en relación con los planes de desarrollo.

renovables. Generando así un desequilibrio en el estado, ya que al otórgale competencias a las entidades locales que no le correspondían se da paso a una gran inseguridad jurídica.

En consecuencia con lo descrito anteriormente, al generarse una inseguridad jurídica se pone en riesgo un motor económico sumamente importante para el país, por ende, este es un tema que no únicamente compete a las personas que directamente tienen su fuente de ingreso en la minería sino a todos los colombianos. Siendo así, se hará un breve recuento económico de las minas.

Panorama económico de las minas.

El sector minero juega un papel de vital importancia en la economía colombiana, debido a que ocupa posición geográfica privilegiada (Línea del Cinturón del Pacífico). Teniendo como Norte que Colombia es un país en vía de desarrollo estas posibilidades de crecimiento se tornan absolutamente viables e importantes.

Actualmente, según un estudio realizado por Fedesarrollo, en el año 2013, el sector minero muestra un crecimiento del 4,5% anual en los últimos 10 años y una contribución al PIB del 6,7%. Además, en el 2012 generó alrededor de 2 billones de pesos por concepto de regalías. (Fedesarrollo, 2013).

Según BehreDolbearGroup (empresa enfocada en recomendar los países para la inversión minera) Colombia ocupa el país número 7 (de 0 a 70) para invertir en el sector minero, esta

empresa analiza y determina este rango considerando temas políticos, jurídicos, económicos, geológicos, etc.

Por otro lado, según cifras del Ministerio de Minas del 2016, el sector minero genera alrededor de 350.000 empleos directos y 1.750.000 empleos indirectos en el país. Además, el sector minero suple necesidades que las comunidades tengan, como por ejemplo la construcción de vías, construcción de viviendas, escuelas, etc.

En este orden de ideas, el sector minero es un motor absolutamente necesario para la economía y el desarrollo del país. Colombia es un país que debido a su geografía tiene múltiples focos mineros y no aprovechar esto sería un freno para el desarrollo del país.

Habiendo comprendido la definición, la propiedad, la regulación y la administración del suelo y de las minas, se hará un breve recuento del alcance de los fallos de la Corte Constitucional para finalmente entender la problemática que ha conllevado el cambio de posición adoptado por la Corte en relación con la minería. (Fedesarrollo, 2013)

ALCANCE DE LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La separación de las ramas del poder público en Colombia tiene como objetivo limitar y eliminar los abusos del poder. Para el estudio que aquí compete se debe entender que la rama judicial que es la encargada de fallar conflictos entre particulares, entre estos y el Estado y

decidir sobre la constitucionalidad, inconstitucionalidad o constitucionalidad condicionada de una Ley (esta última función atribuida únicamente a las altas Cortes).

Dichas decisiones se deben tomar con estricta sujeción a la Constitución y a la ley, como lo sostiene el Artículo 230 de la CP⁷. A su vez, la Constitución en su Artículo 241⁸ limita el marco de actuación de la Corte Constitucional en donde una de sus funciones más relevantes es decidir sobre la constitucionalidad de una ley. Cabe anotar que bajo ningún supuesto la Corte puede legislar sobre una materia en puntual.

Quedando claro el escenario en el cual la Corte puede actuar, se encuentra una gran problemática y es que la Corte abandona los límites constitucionales al “legislar” en materia minera. Otorgándole la potestad a las entidades territoriales de vetar la minería en ciertos sectores, fragmentando así el orden jerárquico del estado, como sostiene Jorge Humberto Botero:

⁷ Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la **jurisprudencia**, los principios generales del derecho y la doctrina son **criterios auxiliares** de la actividad judicial. (Negrillas fuera del texto)

⁸ “ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...)

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.”

“Cuando la Corte da órdenes a autoridades determinadas, al gobierno nacional y los territoriales rompe un principio inherente a la administración de entes tanto privados como públicos: el orden jerárquico. Por ejemplo, ¿en qué queda la autoridad del Ministro de Salud cuando la Corte da órdenes a entidades o funcionarios que de él dependen? Esta dualidad de autoridades y órdenes puede traducirse en un notable deterioro en la calidad y eficacia de la gestión del Estado.”(Botero, 2014, pág. 25)

Esta aseveración es absolutamente transversal en el tema tocado, ya que la Corte precisamente lo que hizo fue irrumpir en el orden del Estado, al darle potestades y funciones que no les corresponden a las entidades locales sobre un asunto que es de índole nacional.

Esta postura además se encuentra reforzada en la Sentencia C-145 de 2015, MP. Martha Victoria Sáchica Méndez

“... 24. En conclusión, en virtud de los principios anteriormente mencionados, el carácter unitario del Estado colombiano no constituye un fundamento suficiente para desconocer la capacidad de autogestión que la Constitución les otorga a las entidades territoriales. A su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias constitucionales de las autoridades nacionales.”

Siendo así, se entenderán a profundidad las problemáticas encontradas en las sentencias de la Corte.

PROBLEMÁTICAS ENCONTRADAS EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LA MINERÍA.

Ahora bien, en materia minera, desde el 2014 la Corte Constitucional ha venido transgrediendo los límites de su competencia, en aras de cambiar la postura en relación con los derechos adquiridos en la minería. En este orden de ideas, las Sentencias más importantes han sido la C-123 de 2014, C-035 de 2016, C-273 de 2016, C-389 de 2017 y la T-445 de 2016 de la Corte Constitucional. Estas sentencias presentan tres problemáticas fundamentales, las cuales son:

Primero, en relación con los derechos adquiridos, ya que dichas sentencias cambiaron la postura que se había tenido desde 1821 sobre los mismos, puesto que, anteriormente, los contratos de concesión en etapa de exploración eran derechos adquiridos y ahora la Corte Constitucional toma una postura diferente, e infundada, al señalar que solo tienen tal categoría los contratos de concesión en etapa de explotación, siempre que cuenten con la respectiva licencia ambiental.

Segundo, en relación con la competencia de los municipios la Corte señala que pueden determinar qué lugares son susceptibles de exploración y explotación y desconociendo que el estado Colombiano, al ser un estado unitario tiene como presupuesto la existencia de competencias que están a cargo de la administración central como la del otorgamiento de títulos mineros y por otro lado la existencia de parámetros que se dejan como de competencia de cada

una de las entidades territoriales como la regulación del uso del suelo, en un mismo lugar geográfico.

Tercero, la Corte Constitucional sostiene que las comunidades a impactar por la minería tienen el derecho de ser consultadas a través de la Consulta Popular, mecanismo que se usa para consultar asuntos locales, no nacionales, como lo es el tema de la minería, cuya competencia le corresponde al Gobierno Nacional con base en códigos expedidos por el Congreso.

Este cambio realizado por la Corte Constitucional ocasiona varios efectos negativos, ya que atenta contra la seguridad jurídica, la confianza legítima, la garantía de los derechos adquiridos y desconoce la obligación de indemnización previa y la de acudir a motivos ambos previstos en la ley cuando se expropia por utilidad pública o interés social (Artículo 58 CP), esta irrupción en las funciones del Congreso ocasiona un desfase en la teoría de pesos y contrapesos, entre otros. Siendo así se hará un análisis de los tres temas tocados por la misma con el fin de entender el grave el alcance que las mismas tienen.

PRIMERA PROBLEMÁTICA: DERECHOS ADQUIRIDOS.

En la minería es necesario celebrar un Contrato de Concesión para poder iniciar las labores de exploración y, posteriormente, de explotación. Dicho contrato se realiza entre el Estado y un particular para poder realizar todos los estudios, trabajos obras y actividades. Ello como consecuencia de que estas pertenecen al Estado. Dicha definición se deriva del Artículo 58 del CM, en concordancia con los Artículos 14, 15 y 328, 331:

Artículo 58 del Código de Minas: “*Derechos que comprende la concesión. El contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato (...)*” (Negrillas por fuera del texto)

Siendo así, el Artículo mencionado anteriormente al sostener que es “*de forma excluyente*”, le da la categoría de derechos adquiridos, ya que se entiende como un derecho *erga omnes*, es decir, el que se tiene frente a todo el mundo.

A su vez, un derecho adquirido según Zuleta Ángel, tomando como referencia a Merlín se entiende como:

“*(...) aquellos que han entrado a nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los hubimos*” (Zuleta, 1974, “Pág. 27)

Pero, desde el 2014, la Corte Constitucional ha venido formando un desarrollo jurisprudencial que sostiene que únicamente se le da la categoría de derechos adquiridos a aquellas concesiones que estando en etapa de exploración cuenten con licencia ambiental. Desconociendo la categoría de derecho adquirido que se le había dado a las demás. Esto como

resultado de que se haya incluido el derecho ambiental como un derecho colectivo y por ende se le dio una aplicación preferente por encima de los derechos adquiridos.⁹

El fallo que formó un hito en este tema fue la **Sentencia C-035 de 2016**, la cual sostiene que:

*“Por lo anterior, es necesario concluir que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º, 58, 80 y 95 de la Constitución Política, **la protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión.**”* (Negrillas fuera del texto)

Dicha regulación viene a presentar una problemática, ya que, al quitarles la categoría de derechos adquiridos a los contratos de concesión en exploración, se les está quitando al derecho de indemnización que anteriormente tenían en relación con las inversiones que hubieran efectuados los beneficiarios. Teniendo como Norte que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos, ni siquiera por leyes posteriores, sin contar con una indemnización previa, como lo sostiene el Artículo 58 de la CP¹⁰.

⁹ La sentencia C-035 de 2016 sostiene que: *“Por lo anterior, es necesario concluir que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º, 58, 80 y 95 de la Constitución Política, la protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana.”*

¹⁰ Artículo 58. Modificado Acto Legislativo 01 de 1999, Artículo 1º. “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, **los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.** Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

A su vez, la **Sentencia C-410 de 2015**, M.P. Alberto Rojas Ríos, la Corte dispone que para poder iniciar un procedimiento de expropiación debe constar en una ley los motivos concernientes a la utilidad pública o interés social, siendo así, goza del **principio de legalidad**. Además, la expropiación también goza de un **debido proceso** por medio del cual primero la administración trata de obtener el debido consentimiento del propietario y de no ser posible se lleva a cabo la expropiación y finalmente debe de haber una **indemnización previa**.

Ahora bien, cuando una ley posterior cambia la categoría de un derecho adquirido, en aras de protegerlo, se aplica el principio de irretroactividad de la ley, la cual, según la Sentencia C-549 de 1993 se entiende como la “(...) *imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que ya están formalizados jurídicamente (...)*”. Pero como en este caso se está desconociendo la categoría a través de una sentencia de constitucionalidad se dio paso a poder desconocer este principio legal y por ende desconocer plenamente los derechos adquiridos.

En este orden de ideas, la ley anterior rige para aquellos asuntos que bajo su aplicación se constituyeron como derechos adquiridos y que en la aplicación de las nuevas sentencias dichos

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. (Negrillas fuera del texto.)

derechos adquiridos serán únicamente meras expectativas. A propósito de lo anterior Jorge Valencia Arango sostiene que:

*(...) pero ¿qué se hace si se trata de un acto jurídico cumplido bajo el imperio de la ley antigua y que produce consecuencias bajo el imperio de la ley nueva? El interés social exige que se aplique la ley nueva no solamente a los hechos futuros que se producen sin ninguna relación con un hecho anterior sino también los hechos futuros que se deriven de hechos pasados, pero esta aplicación encuentra su límite allí donde se presenta o existe un **derecho adquirido**. En otros términos: las leyes nuevas deben aplicarse a las consecuencias (de hechos pasados) posteriores a la promulgación de aquellas, a menos que esa aplicación lesione derechos adquiridos”* (Valencia, 1893, Pág. 26).

En conclusión, el hecho de que la Corte hubiese desconocido los derechos adquiridos que tenían ciertas minas da lugar a una clara contradicción con la misma Constitución y por ende una gran inseguridad jurídica. Ocasionando un riesgo para la economía Colombiana ya que, al presentarse este tipo de controversias la inversión nacional y extranjera tiende a caer.

SEGUNDA PROBLEMÁTICA: LA COMPETENCIA.

Es claro que la competencia para definir en qué sectores se puede realizar actividades mineras, qué sectores se consideran como reservas y quiénes pueden explotar es la Administración Central. Pero la Corte Constitucional, en su desarrollo jurisprudencial, sostiene que los municipios tienen derecho de veto sobre las minas, ya que para poder llegar al subsuelo

primero se debe pasar por el suelo. Dicha decisión tiene su origen desde el 2016 que la Corte empezó a dar los primeros pasos para llegar a la regulación que ahora se tiene.

La **Sentencia C-035 de 2016**, es la primera que se acerca al asunto resaltando un vacío normativo que hay en relación con la competencia de las autoridades territoriales y en específico con las CAR, ya que sostiene que no existe una norma superior que regule las competencias de las CARS y por ende la Corte se da a la tarea de ser ella quien regule la competencia de las mismas, comenzando a desestabilizar las tres ramas del poder ya que se está auto atribuyendo competencias del órgano legislativo.¹¹ Y además agrega que no tiene sentido que las autoridades locales tengan la administración del suelo si la administración central puede disponer de este autónomamente por estar encargado del subsuelo.

Finalmente, concluye que el Estado, al que se refiere el Artículo 332 de la CP, se debe entender desde una perspectiva más amplia, cobijando las Entidades Locales y por ende, para la Corte, es claro que los municipios tienen poder decisivo sobre las minas. Dando paso a la discusión más compleja sobre la minería.

Luego, la **Sentencia C-085 de 2016** en concordancia con lo anterior, sostiene que:

¹¹“La Sala advierte que si bien la figura de las Corporaciones Autónomas Regionales fue consagrada en el artículo 150 de la Constitución Política, no existe una norma superior que establezca las funciones de dichas entidades, que deben ser desarrolladas por normas legales. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la configuración legal de las funciones de las CAR debe reconocer ese régimen mínimo de autonomía que debe ser protegido por el juez constitucional.” (Negrillas fuera del texto).

“Acorde con la distribución de competencias referidas, es pertinente señalar que la función de reglamentar los usos del suelo asignada a los municipios es una expresión de la descentralización territorial, y un corolario de la autonomía otorgada por la Constitución a las entidades territoriales. El ejercicio de esta facultad permite planificar las actividades que pueden realizarse en las distintas veredas y corregimientos que conforman los municipios. Esta labor de planeación incide en todos los ámbitos: en la protección del ambiente sano, en el desarrollo industrial, económico, educativo y cultural de las entidades territoriales.” (Negrillas fuera del texto)

Dicha Sentencia termina de develar la finalidad de la Corte, en donde muestra la intención de confundir el suelo con el subsuelo, argumentando que al ellos al tener la potestad de decisión sobre el suelo, tienen también la potestad de definir sobre la protección del medio ambiente, lo cual permite, posteriormente, y como se verá en la tercera problemática, darle un derecho de veto a las comunidades a impactar para restringir ciertos territorios de la minería.

Finalmente, la Corte expide el fallo más relevante para este tema, que es la **Sentencia C-273** viene a declarar inexecutable el Artículo 37 de la Ley 685 de 2001, el cual dejaba claro que las entidades territoriales no podían, bajo ningún supuesto, excluir zonas para la explotación minera. Ello en razón de que:

1) La ley ordinaria no puede regular asuntos que la Constitución ha reservado a la ley orgánica, por cuanto se desconocería lo contenido en el Art. 115 CP.

2) La prohibición del Art. 37 de la Ley 685 de 2001 cobija los PTO, al hacerlo afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios.

En relación con lo anterior, es claro que la Corte esta contradiciendo presupuestos nacionales sobre los cuales se fundamenta la división del estado. Es menester resaltar la Sentencia C-145 de 2015, MP: Marta Victoria SÁCHICA Méndez, ya que la misma sostiene que el carácter unitario del Estado Colombiano no es razón suficiente para desconocer la autonomía de las entidades territoriales, pero estas, a su vez, no tienen una competencia ilimitada, sino que deben respetar la competencia de la Administración Central.

En este orden de ideas es claro que la Corte Constitucional está desdibujando el panorama de división de funciones del estado y la forma de materialización de esto anterior fue otorgándole un derecho de veto a través de la Consulta Popular que ahora los mineros están en obligación de realizar para poder llevar a cabo su extracción. Llevándonos así a la tercera problemática.

TERCERA PROBLEMÁTICA: EL DERECHO DE VETO DE LAS COMUNIDADES.

La Corte le atribuyó un poder absolutamente desbordado a las comunidades que pudieran resultar afectadas por la minería. Permitiendo tener derecho de veto sobre las actividades mineras en el territorio; la herramienta con la que cuentan es la Consulta Popular. Cabe recordar que la Consulta Popular se hace para asuntos locales (Artículo 105. CP): y la minería tiene la categoría de asunto nacional, Por ende, se está desdibujando la figura de un mecanismo de participación.

El fallo que formó un hito en este tema fue la **Sentencia T-445 de 2016** ya que la misma analizó la constitucionalidad de una Consulta Popular, asunto que se venía formando desde la Sentencia C-123 de 2014, llegando a la conclusión de que las autoridades locales y nacionales deben trabajar dentro de un marco de coordinación, concurrencia y subsidiaridad. Por ende, ambos pueden participar en la toma de decisiones frente a asuntos nacionales, como es la minería.

La Corte justifica dicha decisión en el presupuesto que el Artículo 332 de la CP, mencionado anteriormente, se refiere al Estado, mas no a la Nación, y por ende, abre paso a una interpretación absolutamente desfasada para llegar al punto de otorgándole competencias que no le corresponden a entidades locales (siendo esta función del órgano legislativo). Por ende, en la Sentencia T- 445 de 2016, esta sostiene que *“la posibilidad de excluir la actividad minera de un municipio es una competencia constitucional que surge de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales”*. Desestructurando la división de competencias que tenía el Estado y causando así una gran incertidumbre jurídica.

Posteriormente, la misma reafirma su postura en la **Sentencia C-389 de 2017** la cual declara exequible condicionalmente los Artículos 272, 273, 274, 275, 277, 279, 16, 53, 570, 271, 122, 124, 133 de la Ley 685 de 2001 bajo el entendido que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero. Además de establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados (a los cuales se les da un derecho de prelación y tienen

la facultad de la Consulta Popular por designio legal), el cual, como se mencionó anteriormente, se materializó en la Consulta Popular.

Esta prescripción dada por la Corte termina de desdibujar la frontera que hay entre el poder central y los municipios ya que, si las entidades tienen un derecho de veto (a través de la Consulta Popular) finalmente son estas quienes definen sobre las zonas en las cuales puede haber minería. Esta regulación va en contra de múltiples disposiciones legales y constitucionales, más concretamente, del Artículo 79 de la CP¹² en donde deja claro que la protección de áreas de importancia ecológica le corresponde al Estado, no a las entidades territoriales.

A su vez el COPACA en su Artículo 37¹³ menciona el deber de comunicar a aquellas personas que se podrán ver vulneradas por decisiones de la administración central para que estas puedan instaurar acciones que consideren pertinentes. Pero bajo ningún supuesto le da la potestad a las personas para que sean estas quienes tengan el veto final sobre asuntos que sean de vital importancia para el desarrollo nacional, como lo es la minería.

¹² “ARTÍCULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”

¹³ “Artículo 37. Deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos. La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.” (Negritas fuera del texto)

En este orden de ideas es claro que los asuntos mineros, bajo ningún supuesto, deben ser sometidos a consulta popular para que el pueblo decida sobre la procedencia de las mismas, pero como la Corte declaró inexecutable el artículo 37 del CM, se dejó la puerta abierta para llegar a este absurdo. A propósito de lo anterior la Sentencia C-035 de 2016 en el concepto de la violación sostiene que:

“Las normas acusadas impactan negativamente la **situación de los pobladores rurales y la producción de alimentos**. (Informes del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola)... los proyectos mineros constituyen una amenaza para los campesinos. “

Las comunidades ya han puesto en práctica dichas sentencias de la Corte y los resultados resultan sumamente cuestionables, por ejemplo, la Consulta que se llevó a cabo el 30 de octubre de 2016 en Ibagué, donde la pregunta realizada al pueblo fue: *“¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que en el Municipio de Ibagué se ejecuten proyectos y actividades mineras que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación de la vocación agropecuaria y turística del municipios”*, donde fue declarada además constitucional por el Tribunal de Administrativo del Tolima.

En Gachantivá, Boyacá, el alcalde quiso llevar a cabo una Consulta Popular en donde la pregunta fuese:

“¿Está usted de acuerdo como habitante del municipio de Gachantivá-Boyacá que se realice en nuestra jurisdicción actividades de explotación, exploración, tratamiento, transformación, transporte, lavado de materiales, provenientes de las actividades de explotación minera de metales y minerales, almacenamiento y empleo de materiales nocivos y para la salud y medio ambiente como dinamita, anfo y cualquier otra sustancia o material peligroso asociado a dichas actividades, y se utilicen las aguas superficiales y subterráneas de nuestro municipio, asociado a dichas actividades o desarrollos o cualquier otro de naturaleza similar que pueda afectar y/o limitar el abastecimiento de agua potable para el consumo humano, la vocación productiva tradicional y agrícola de nuestro municipio?”

Pero el Tribunal, en este caso, decidió que la pregunta era manifiestamente inconstitucional puesto que se estaban transgrediendo los límites del poder que se le habían otorgado a las entidades territoriales, siendo este un fallo casi único en esta materia. Pero no se corrió con la misma suerte en Cajamarca en el año 2016. Ya que el Concejo decide dar visto bueno a la Consulta frente a la extracción que propone realizar Anglogold Ashanti. Extracción esta que puede representar millones de dólares para la economía del país.

Las consultas que se han realizado hasta ahora y el poder que los alcaldes se han auto acreditado, escudándose en estos fallos de la Corte, demuestran que no es posible materializar de forma armónica esos principios (subsidiaridad, concurrencia y coordinación) que la Corte pretendía que hubiese entre la administración central y las entidades territoriales. Todo este análisis sin tomar en cuenta el valor que acarrea para el estado colombiano cada una de las

consultas populares. Según el periódico El Espectador el costo de la Consulta Popular en Ibagué, mencionada anteriormente, fue de \$500 millones. (Nacional, 2016)

¿HACIA DÓNDE SEGUIR?

Dependiendo del rol en dónde se esté se pueden tomar diversas posiciones. Para las compañías mineras, que serán las primeras afectadas por estas regulaciones, se pueden iniciar procesos arbitramento internacional, invocando la expropiación indirecta y además, iniciar acciones judiciales ante tribunales colombianos y estudiar la posibilidad de solicitar medidas provisionales y otras acciones, ante la comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la violación de los derechos adquiridos por el Gobierno Nacional y las cortes colombianas y finalmente instaurar acción de repetición en contra de los magistrados.

A largo plazo además, se debe pensar en una forma de incluir a las comunidades y de seguir promoviendo una forma de minería sostenible, ya que dichas regulaciones dadas por la Corte se sustentan en minería que atropelló a las comunidades, contaminó y posteriormente no hizo nada (lo que ahora en un marco de la legalidad cada vez se vuelve menos probable), por ende, en las comunidades es normal encontrar un sentimiento de desconfianza hacia esta forma.

CONCLUSIONES

Las minas representan un valor absolutamente significativo para el estado en razón de que son un músculo financiero absolutamente importante para el mismo. por ende, cualquier cambio que se realiza en el marco legal de las mismas ocasiona un impacto para el país.

Las Sentencias anteriormente analizadas materializan una notoria extralimitación de funciones, ya que adoptan decisiones propias de las ramas legislativa y ejecutiva, alterando la división de poderes, propia de un estado democrático e ignorando las normas vigentes, con lo que el estado de derecho se ve absolutamente desdibujado.

El impacto más grande que ocasionaron las sentencias fue en relación con los derechos adquiridos, ya que la Corte Constitucional le revocó la categoría de derechos adquiridos a aquellas minas que no contaran con Licencia Ambiental, sin prever alguna especie de indemnización, como lo obliga la Constitución.

Además, la Corte desdibujó la figura de un mecanismo de participación llamada la consulta popular, figura que instauró como obligatoria cuando se pretendan adelantar explotaciones en un territorio determinado.

En este orden de ideas, se ve la necesidad de corregir estas decisiones dadas por la Corte tomando decisiones tanto a corto como a largo plazo, entendiendo que la minería es un motor absolutamente necesario para el crecimiento del PIB.

BIBLIOGRAFÍA

1. Angel, E. Z. (1974). *Estudios Jurídicos*. Bogotá : Temis.
2. Arango, J. V. (1893). *Derechos adquiridos*. Bogotá: Edificiones Librería Del Profesional.
3. Botero, J. H. (2014). Extravíos del Neoconstitucionalismo. *Conferencia en el II Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, (pág. 25). Santa Marta.
4. Corte Constitucional. (1993). Bogotá. C-549 de 1993. MP: Hernando Herrera Vergara.
5. Corte Constitucional. (2014). Bogotá. C-123 de 2014. MP. Alberto Rojas Ríos.
6. Corte Constitucional (2015). Bogotá. C-145 de 2015, MP. Martha Victoria Sáchica Méndez.
7. Corte Constitucional. (2015). Bogotá-. C-410 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos
8. Corte Constitucional (2016). Bogotá. C-035 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.
9. Corte Constitucional (2016). Bogotá. C-273 de 2016. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
10. Corte Constitucional. (2016). Bogotá. C-085 de 2016. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.
11. Corte Constitucional (2017). Bogotá. C-389 de 2017. MP: Maria Victoria Calle Correa.
12. Colombia. Congreso de la República. Ley 685 (15, 08, 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá.

13. Colombia. Congreso de la República. Ley 57 (26, 05, 1873). Código Civil. Diario Oficial. Bogotá.
14. Colombia. Asamblea Constituyente. Constitución Política de Colombia 1 del 91. Diario Oficial. Bogotá.
15. Fedesarrollo. (2013). Estudio sobre los impactos socioeconómicos del sector minero en Colombia: encadenamientos sectoriales. VOI. 1, 1-69. Recuperado de <http://www.acmineria.com.co/sites/default/files/publications/Informe%20%20La%20miner%C2%B0a%20en%20Colombia%20180513%20%282%29.pdf>.
16. Ministerio de Minas y Energía. (2003). Glosario Técnico Minero 1, 168. Recuperado de: <https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/glosariominero.pdf>.
17. Colombia. Congreso de la República. Ley 99 (22, 12, 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá.
18. Colombia. Congreso de la República. Ley Orgánica 152 (15,07, 1994). Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo. Diario Oficial. Bogotá.
19. Colombia. Congreso de la República. Ley 388 de 1997 (18, 07, 1997). Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá.

20. Mesa, R. H. (1981). Derecho Minero. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana.

21. Zea, A. V. (1987). Derecho Civil. Bogotá: Temis S.A.