

LA PARTICIPACIÓN DE LA ENTIDAD TERRITORIAL EN LA DETERMINACIÓN DEL SUELO DESTINADO A LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERA

Alumno: Juliana Traslaviña Sánchez¹

**Universidad Externado de Colombia
Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Público**

Bogotá, D.C., marzo de 2020

¹ Abogada de la Universidad de los Andes, con opción en Filosofía, especializada en Gestión Pública e Instituciones Administrativas, de la misma Universidad. Trabajé durante quince (15) años con la Autoridad Minera (Ingeominas y Agencia Nacional de Minería), diez (10) de los cuales en carrera administrativa (2009-2019).

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO PÚBLICO

Rector: **Doctor Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Doctora Martha Hinestrosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Doctora Adriana Zapata Giraldo**

Directora Departamento Derecho **Doctora Magdalena Correa Henao**

Constitucional:

Director de Tesis: **Doctor Jorge Iván Rincón Córdoba**

Examinador: **Doctor Juan Carlos Covilla Martínez**

Agradecimientos y Dedicatoria

Agradezco a Dios y a la Virgen María...
Agradezco a mi familia, en especial a mi mamá, a mi papá y a mi abuela a quienes
dedico este esfuerzo.
Agradezco a la Universidad Externado de Colombia y al Doctor Jorge Iván Rincón
por esta amnistía y la orientación de este documento.

RESUMEN

Durante los últimos años se ha venido presentando en Colombia un conflicto entre el Estado y las entidades territoriales, por el otorgamiento de los títulos mineros y su consulta a la comunidad. Así mismo, ha habido importantes Sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema y de otra parte, las colectividades también se han manifestado, a través de las consultas populares.

De acuerdo con lo anterior, es necesario preguntarse, ¿cómo participa la entidad territorial en la minería?

El Estado colombiano, como lo indica el artículo 1° de la Constitución Política, es una república unitaria con autonomía de sus entidades territoriales. En este trabajo se pretende revisar el alcance de los principios invocados, en la minería.

De otra parte, es necesario revisar si existe una norma para resolver este tema, o si por el contrario debe expedirse una ley para remediar esta problemática.

Finalmente, resulta importante estudiar cómo se desarrolla esta tensión en la realidad, por ejemplo, en las consultas populares efectuadas en los municipios de Piedras y Cajamarca, Tolima, en donde las comunidades se pronuncian sobre su aprobación o no, acerca de la entrada de la minería en su territorio.

SUMMARY

During the last years, a conflict has arisen in Colombia between the State and the territorial entities, due to the grant of mining titles and the consultation to the community. Likewise, there have been important Judgements of the Constitutional Court about this issue and the communities have also expressed themselves through popular consultation.

According to the above, it is necessary to ask, ¿how does the territorial entity participate in mining?

The Colombian State, as indicated in Article 1 of the Political Constitution, is a Unitary Republic with autonomy of its territorial entities. This report aims to review the scope of the principles invoked, in mining.

On the other hand, it is necessary to study if there is a law to solve this issue. However, it is also important to analyse if there is a need to issue an act about this topic.

Finally, it is important to review how this pressure develops in reality, for example in the popular consultations carried out in the municipalities of Piedras and Cajamarca, Tolima, where the communities express their agreement or disagreement about the entry of Mining in their territories.

La participación de la Entidad Territorial en la determinación del suelo destinado a la exploración y explotación minera.....	1
INTRODUCCIÓN.....	7

Capítulo 1: <i>El Estado Unitario y su conciliación con la autonomía territorial: implementación de fórmulas de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en las actividades mineras.....</i>	9
--	----------

1.1) Estado Unitario: la minería como interés nacional.....	10
---	----

1.2) Autonomía Territorial: la minería como eje del conflicto de competencias.....	14
--	----

1.3) La necesidad de encontrar un punto medio: coordinación, concurrencia y subsidiariedad.....	21
---	----

Capítulo 2: <i>De lo teórico a lo práctico: el choque competencial entre la Nación y las Entidades Territoriales en temas mineros.....</i>	26
---	-----------

2. 1) La supuesta prevalencia de la Autoridad Minera Nacional en la decisión de exploración y explotación minera.....	27
---	----

2.2) Una vista al futuro: la necesidad de una Ley Orgánica que fije procedimientos claros para solucionar la colusión de competencias.....	32
--	----

2.3) Vaciamiento de competencias.....	44
---------------------------------------	----

Capítulo 3: <i>El papel de la entidad territorial en la minería y la participación democrática.....</i>	50
--	-----------

3.1) Reconfigurando la institucionalidad: el papel de las entidades territoriales en las decisiones mineras.....	50
--	----

3.2) Un nuevo actor en debate: la ciudadanía y la participación democrática mediante consultas populares.....	54
---	----

Conclusiones.....	64
--------------------------	-----------

Bibliografía.....	69
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo estudiar la discusión que se venía dando sobre la decisión de la entrada de la minería a un determinado territorio. Al respecto, existían posiciones encontradas frente a la participación de la entidad territorial y asimismo la Corte Constitucional ha establecido que esta decisión debe ser tomada por el Estado. Por tanto, la pregunta principal que pretende analizar este escrito es ¿cómo participa la entidad territorial en la minería?

Al respecto es necesario tener en cuenta el artículo 1° de la Constitución Política, que establece el modelo de 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 del interés general”*. (Subrayado fuera de texto)

Del artículo citado se extraerán los principios en tensión como son el unitario y el de autonomía territorial. Igualmente si estos principios se pueden conciliar a través de la coordinación, la concurrencia y la subsidiariedad.

De otra parte, es importante revisar el contexto que rodea el tema, como por ejemplo estudiar qué ha dicho la Corte Constitucional sobre esta cuestión, así como lo que ha establecido la doctrina sobre esta discusión.

Después de lo cual se pasará a revisar qué tipo de norma debe regular el tema y por qué y de otra parte, cómo ha verificado la Corte Constitucional que existe un vaciamiento de competencias de una entidad territorial.

Adicionalmente, es necesario revisar cuáles son los elementos que constituyen una entidad territorial, para determinar de esta forma cuál es su participación en las decisiones que la afectan. Al respecto es necesario recordar el artículo 2° de la

Constitución Política, que establece que es un fin esencial del Estado el *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”*.

Hoy en día existe un auge de consultas populares, en su mayoría en contra de la explotación minera y de hidrocarburos, lo cual responde al derecho que tienen las poblaciones afectadas a participar en lo concerniente a lo económico, político, ambiental, administrativo y cultural de su territorio, como es la minería.

Por esta razón, se considera importante examinar las consultas populares de Piedras y Cajamarca, Tolima, en las cuales no se autorizó la entrada de la minería a su territorio, aunque en dichas poblaciones se pretendía ejecutar proyectos mineros de interés nacional.

En consecuencia, en esta tesis se estudiará la aplicación de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia, revisando la influencia del interés económico en su ponderación.

En resumen, el objetivo de este trabajo será analizar la participación de la entidad territorial en la decisión de la entrada de la minería en un territorio, estudiando los mecanismos de participación de estas entidades en la mencionada actividad.

Capítulo 1

Estado Unitario y su conciliación con la autonomía territorial: implementación de fórmulas de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en las actividades mineras

Es importante resaltar que la minería es una actividad económica, en la que por mandato expreso de los artículos 332² y 334³ de la Constitución Política, el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables y como director de la economía, interviene en la actividad minera.

Siendo que la pregunta a resolver en este escrito es ¿cómo participa la entidad territorial en la decisión de la entrada de la minería a su territorio? Es necesario empezar por estudiar la tensión existente entre el principio de Estado Unitario (artículo 334 de la Constitución Política) y el principio de Autonomía Territorial (artículo 287 de la Constitución Política).

Por tanto, es fundamental estudiar:

El principio de Estado Unitario en la minería como un asunto de interés nacional; de otra parte, el principio de Autonomía Territorial y la minería como eje del conflicto de competencias; finalmente la necesidad de encontrar un punto medio entre los citados principios a través de la coordinación, la concurrencia y la subsidiariedad.

² **Artículo 332 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** 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. (Subrayado fuera de texto)

³ **Artículo 334 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. (Subrayado fuera de texto)

Es así como se pasarán a revisar los temas propuestos.

1.1) Principio Unitario: la minería como interés nacional

Es necesario empezar por definir qué se ha entendido por principio. Se ha dicho que es una regla de interpretación que puede alcanzar proyección normativa. Es decir que en ausencia de norma, se extrae del principio la regla aplicable al caso concreto⁴.

Teniendo claro lo anterior, se pasará a revisar el principio de Estado Unitario. A saber, se ha definido como una idea que genera orden, es decir la fuerza que impide el fraccionamiento del territorio y de la comunidad política, además como criterio determinante de la forma de Estado⁵, en especial con dos elementos del Estado, que son poder y territorio⁶.

En cuanto la forma de organización territorial, tema de interés en este estudio, se tiene que se protege mediante cláusula de intangibilidad⁷. Es decir que preserva la organización territorial del Estado Colombiano⁸.

En efecto el Estado Unitario tiene su origen en los siglos XVI y XVII cuando las monarquías absolutas se consolidaban para centralizar el poder⁹. Por tanto, la idea de unitarismo corresponde a la necesidad de la reunificación de la autoridad en cuanto a la organización estatal y al reparto de competencias entre las distintas entidades del Estado¹⁰.

⁴ Robledo Silva, *La Autonomía Municipal en Colombia*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2010, p.46.

⁵ *Ibíd.*, p.50.

⁶ *Idem.*

⁷ Gonzalo A. Ramírez Cleves, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005, p.352.

⁸ Las cláusulas de intangibilidad señalan valores o aspectos relevantes de la idea de la formulación política normativa. Este tipo de normas se han clasificado en cuatro modelos: normas de irreformabilidad de la forma democrática del Estado; cláusulas de intangibilidad que tienden a la protección de los derechos fundamentales y sus garantías, cláusulas que protegen la forma de organización territorial y otras cláusulas axiológicas de intangibilidad. (*Ibíd.*, p.348)

⁹ Robledo Silva, *op. cit.*, p.50.

¹⁰ Como ejemplo de lo anterior, se tiene que para finales del siglo XVIII y comienzos del XIX se advertía una importante tendencia municipalista en el territorio de la Nueva Granada. La Corona se encontraba en un proceso de debilitamiento en el poder, lo cual fue el inicio de los grupos municipalistas independentistas. (Robledo Silva, *op.cit.* p.196)

De acuerdo con lo anterior el principio de Estado Unitario, ha sido entendido como un mecanismo a través del cual el gobierno se concentra en un solo punto de decisión. Adicionalmente se ha establecido que su principal característica, es la centralización, lo cual significa la concentración de funciones y poderes en las autoridades centrales, quedando en segundo lugar, las atribuciones de las regiones y los municipios. Debido a lo anterior, se genera un conflicto entre los intereses del centro y de la periferia, pues surge la necesidad de frenar el poder del primero. De esta forma se explica el unitarismo como un mecanismo de escasa distribución del poder¹¹.

Hoy en día no existen los Estados Unitarios puros, todos han venido adoptando su propio modelo y así lo ha hecho Colombia¹². Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia C-216 de 1994, ha establecido sobre el Estado Unitario:

*“Al efecto el artículo 1o. de la Carta estableció: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria (...)”. Asimismo, en esta disposición se determinó como uno de los fundamentos de la República la **prevalencia del interés general**. Este objetivo se logra quizás con más facilidad dentro del marco de un Estado unitario, el cual supone, entre otras cosas, la uniformidad de la ley para toda la comunidad nacional”.* (Subrayado fuera de texto)

Es de precisar que el régimen unitario agrupa las cuatro funciones fundamentales: la constituyente, la legislativa, la ejecutiva o administrativa y la judicial. Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen a una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes¹³.

Actualmente, los estados unitarios cuentan con instrumentos que permiten establecer un sistema de frenos y contrapesos a la centralización y se presentan como mecanismos de distribución de poder. Es así como se han desarrollado los principios de delegación, descentralización y desconcentración¹⁴.

¹¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007, p.409.

¹² Robledo Silva, *op.cit.*, p.49.

¹³ Santofimio Gamboa, *op. cit.*, p.414.

¹⁴ Robledo Silva, *op. cit.*, p.50.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pasará a revisar el principio unitario en la minería.

- *Minería como interés nacional*

El artículo 334 de la Constitución Política, establece que *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales”*. Es así como el artículo 76 de la Ley 80 de 1993¹⁵, afirma que los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, continuarán rigiéndose por la normatividad especial que les sea aplicable, es decir el Código de Minas, Ley 685 de 2001.

En desarrollo de lo anterior, se encuentran en el artículo 1° de la citada norma, sus objetivos. Estos son fomentar la exploración y la explotación de los recursos mineros, así como satisfacer la demanda interna y externa de los mismos. Adicionalmente, tiene como propósito que esta actividad se efectúe de conformidad con los principios y normas de explotación racional de recursos naturales no renovables, dentro del marco del principio de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país¹⁶.

Al respecto la Sentencia de la Corte Constitucional C-292 de 1993, ha dicho:

¹⁵ **Artículo 76 de la Ley 80 de 1993, Diario Oficial 41094.** Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.

¹⁶ **Congreso de la República, artículo 1° del Código de Minas, Diario Oficial No.44545: Objetivos.** El presente Código tiene como objetivos de interés público fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.

“Así mismo, que el derecho al medio ambiente es fundamental para la existencia de la humanidad y que “no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental””.

Esta norma señala que la actividad minera tiene efectos en el medio ambiente y como establece la citada Sentencia, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos.

En efecto, el artículo 2° de la Ley 685 de 2001, regula las relaciones jurídicas del Estado y los particulares, que tengan un contrato o título minero. Asimismo, excluye de su ámbito de aplicación la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos¹⁷.

Sin embargo, es claro que toda actividad que afecte el medio ambiente trasciende de la relación contractual, pues este derecho está en conexidad con los derechos a la vida y a la salud de los pobladores del lugar en donde se ejecutan estas actividades, según lo establece la Sentencia previamente citada.

De otra parte, el artículo 3° de la Ley 685 de 2001, establece que, en el Código de Minas, se desarrollan los mandatos constitucionales que se relacionan con los recursos mineros en forma completa, sistemática y armónica, con sentido de especialidad y de aplicación preferente. De otra parte, dispone que las normas civiles y comerciales, sólo se pueden aplicar por remisión directa del Código o de forma supletoria, a falta de norma expresa.

¹⁷ Congreso de la República, artículo 2° del Código de Minas, Diario Oficial No.44545. *Ámbito material del Código*. El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia.

De acuerdo con lo anterior, es evidente la unidad legislativa en el tema minero, como manifestación del principio de Estado Unitario. Aunque contrasta también con el hecho que la actividad minera no es solo una relación contractual entre el Estado y el particular, pues afecta derechos fundamentales como el medio ambiente.

Ahora bien, ¿quién detenta la autoridad minera?

El artículo 317 del Código de Minas, de la Ley 685 de 2001, establece:

“Autoridad Minera. Cuando en este Código se hace referencia a la autoridad minera o concedente, sin otra denominación adicional, se entenderá hecha al Ministerio de Minas y Energía o en su defecto a la autoridad nacional (...)”.
(Subrayado fuera de texto)

Actualmente, la autoridad minera es la Agencia Nacional de Minería, la cual fue creada por el Decreto 4134 de 2011. La citada agencia estatal, es de naturaleza especial, del sector descentralizado de la rama ejecutiva, del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Por tanto, el principio de Estado Unitario se refleja en la función otorgada a la Agencia Nacional de Minería, como autoridad nacional minera.

En relación con el principio de autonomía territorial, se tiene que así como la unidad constitucional y legislativa, son elementos del Estado Unitario, estos son a su vez los límites de la autonomía territorial¹⁸. En consecuencia se considera importante pasar a revisar el principio de autonomía territorial y su alcance en la minería.

1.2) Autonomía Territorial: la minería como eje del conflicto de competencias

¹⁸ Robledo Silva, *op. cit.*, p.50.

Es importante revisar qué se ha entendido por principio de Autonomía Territorial y con fundamento en lo anterior, analizar cómo este principio es origen de un conflicto de competencias en la minería.

En efecto los constituyentes lograron percibir que la fórmula de descentralización administrativa ¹⁹, era insuficiente frente a las necesidades de los entes territoriales²⁰.

Es así como durante las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, se identificó un claro rechazo al excesivo centralismo de la Constitución de 1886, lo que conllevó a una alta concentración de poder del centro y al abandono de la periferia. De esta forma surge el concepto de **autonomía territorial**, frente al cual es necesario precisar, qué no es. Por tanto, si bien es cierto, este concepto se encuentra ligado al de descentralización, éstos son claramente diferenciables.

La descentralización, pretende lograr una mayor eficiencia en la administración de la cosa pública, mientras que la autonomía, intenta otorgar mayor libertad en el control de los intereses que les son propios a las entidades territoriales²¹.

De otra parte, el concepto de autonomía territorial, según la jurisprudencia y la legislación colombiana, no debe entenderse como sinónimo de los Estados Autonómicos o de los Estados Federales²².

Es así como explica William Zambrano Cetina, al respecto²³:

¹⁹ El artículo 1° de la Constitución de 1886, estableció que el Estado Colombiano recuperaba la forma unitaria que en un principio tuvo, luego de un interregno federal de 33 años. Es así como empezó a regir un sistema de centralización política y descentralización administrativa. Sin embargo, esta interpretación de la forma del Estado, no funcionó en la práctica, pues en la Constitución de 1886 dominó el centralismo. Tan solo en años recientes, ha sido posible que el orden constitucional del Estado, avance hacia la descentralización territorial, aunque con tropiezos e incertidumbres. (Augusto Hernández Becerra, *Ordenamiento y Desarreglo Territorial en Colombia*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Pídrá, 2013, p.57).

²⁰ Robledo Silva, *op. cit.*, p.44.

²¹ William Zambrano-Cetina, "El concepto de Autonomía Territorial en Colombia. Avances y retrocesos en la legislación y en la jurisprudencia", en *Carta de Noticias de la Procuración General de Buenos Aires*, vol.17, No.2, (2014), p.3 consultada el 22 febrero de 2018 en <<http://studylib.es/doc/372416/descargar---gobierno-de-la-ciudad-aut%C3%B3noma-de-buenos-aires>>.

²² Ídem.

²³ Ídem, p.4.

“El concepto de autonomía, el cual ha sido visto por la doctrina como un principio de la organización del Estado y como un atributo o cualidad de las entidades territoriales, encuentra justificación en el entendido que corresponde a un mecanismo que hace posible un mayor acercamiento entre la persona y la administración pública pues son las autoridades locales quienes conocen de mejor manera las necesidades de su territorio y en consecuencia se encuentran mejor posicionadas para proteger las necesidades e intereses políticos, económicos y sociales de sus habitantes”. (Subrayado fuera de texto)

Si bien la autonomía territorial encuentra su fundamento como principio en el artículo 1° de la Constitución Política, como se había dicho anteriormente, es importante ahora revisarla desde el artículo 287 de la Constitución, como atributo o cualidad de los entes territoriales²⁴. Es así como dice el citado artículo:

“Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales”.* (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante preguntarse, ¿cuáles son los intereses de la entidad territorial?

De acuerdo con Paula Robledo Silva, el concepto de interés debe entenderse como aquel que concierne a una persona determinada y en el caso de las entidades territoriales, se estaría haciendo referencia a los intereses colectivos que corresponden a la comunidad. Es decir, que el artículo 287 previamente citado, reconoce un poder suficiente a la entidad, para ocuparse de manera autónoma de sus propios haberes²⁵.

En consecuencia, el alcance de la autonomía dependerá, de lo que en la Constitución y en la ley se determine, en relación con los intereses de las entidades territoriales. Por lo tanto, se deja un marco de definición muy reducido a

²⁴ Robledo Silva, *op. cit.*, p.55.

²⁵ Robledo Silva, *op. cit.*, p.56.

las autoridades territoriales, lo cual se ha criticado, pues es un obstáculo al ejercicio de la autonomía territorial²⁶.

Finalmente es importante revisar algunos de los contenidos de la autonomía, de la cual son titulares los entes territoriales, los cuales se pasan a explicar.

- *Características de la Autonomía Territorial*

Es así como existen tres tipos de autonomía: autonomía política, autonomía administrativa y autonomía financiera²⁷.

La **autonomía política**, se puede definir a través de dos potestades, que a su vez se encuentran relacionadas entre sí, la potestad normativa y la potestad de autogobierno, a través de autoridades propias²⁸.

Lo anterior teniendo en cuenta que la Constitución hizo un reparto de competencias entre el nivel central y las entidades territoriales. Por consiguiente, las entidades territoriales con sus propias autoridades podrán trazar las políticas y directrices permitidas en el marco de la Constitución y la ley. Asimismo, el ejercicio de dichas competencias se concretará a través de la potestad normativa²⁹. De otra parte, gozan de un gobierno propio, lo cual las hace titulares de autonomía política³⁰.

Sin embargo, se considera importante revisar la crítica efectuada en la publicación de la Universidad Javeriana, Pesquisa, al limitado desarrollo de esta característica en la ley, así:

²⁶ Robledo Silva, *op. cit.*, p.56.

²⁷ Robledo Silva, *op. cit.*, p.68.

²⁸ Paula Robledo Silva, "Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera", en Juan Carlos Henao y Sebastián Díaz Ángel, *Minería y Desarrollo. Historia y gobierno del territorio minero*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2016, p.239.

²⁹ Ídem, p.239.

³⁰ Ídem, p.239.

“Como se ha señalado previamente, los desarrollos legislativos del país no han permitido la flexibilización del Estado. Un ejemplo de ello es la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, que hace énfasis en lo asociativo, pero no distribuye el poder político.

La distribución de las regalías, modificada mediante la Ley 1530 de 2012, tiene también una orientación centralizadora. Si bien más territorios pueden participar de estos recursos, la creación de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD) reduce su uso directo; en este caso, la autonomía es impedida bajo el argumento de que los territorios no saben manejar apropiadamente dichos recursos”³¹.

Por tanto, si bien es cierto existe la autonomía política, es importante tener en cuenta que ésta tiene como límite la ley. No obstante lo anterior, la ley limita este principio pues de acuerdo con lo anterior, se ha impuesto el argumento que los territorios no saben manejar adecuadamente sus recursos.

De otro lado la **autonomía administrativa**, es la fuente u origen del régimen de competencias de los entes territoriales. En consecuencia, como elemento diferenciador entre autonomía política y autonomía administrativa, se considera la forma de selección de las autoridades territoriales (política) y la capacidad para darse sus propias directrices políticas (administrativa), elementos suficientes para diferenciarlas³².

Sobre la autonomía administrativa la Corte Constitucional, en Sentencia C-540 de 2001, establece:

“Por ello, se afecta la autonomía no sólo cuando se definen específicamente las funciones que se deben cumplir sin dejar margen de acción a las autoridades territoriales sino también cuando el poder central decide transferir en su totalidad las responsabilidades de la nación, sin el acompañamiento de los medios y recursos necesarios para atenderlos eficientemente”. (Subrayado fuera de texto)

Visto lo anterior, se tiene que las entidades territoriales deben tener un margen de acción que les permita administrar sus propios intereses. En caso contrario se estaría vulnerando el principio de Autonomía Territorial.

³¹ Marcela Lozano Borda, “¿Es posible la autonomía local y regional en Colombia?”, en Pesquisa Javeriana, consultado el 18 de julio de 2018 en <<http://www.javeriana.edu.co/pesquisa/es-posible-la-autonomia-local-y-regional-en-colombia/>>.

³² Robledo Silva, *coordinación, concurrencia y subsidiariedad...*, p.242.

Finalmente, la **autonomía financiera** se refiere al conjunto de competencias normativas y de potestades administrativas de las cuales gozan los entes públicos para establecer y gestionar un sistema de ingresos y gastos, que les permita atender los fines y necesidades públicas en sus respectivas jurisdicciones.

De manera unánime se ha entendido que la autonomía financiera es imprescindible para fines sociales, económicos o administrativos, independientemente de las fuentes de sus ingresos³³. Por ende, es el derecho que tienen las entidades territoriales a administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Del mismo modo, para la creación de los tributos tanto departamentales, como municipales, se encuentran sujetos al marco legal, por el principio de unidad nacional³⁴.

Un ejemplo de lo anterior es el numeral 5° del artículo 313 de la Constitución Política, que establece³⁵:

“Artículo 313. Corresponde a los concejos:

5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos”.

Ahora conviene revisar cuál es el alcance del citado principio, en la minería.

- Conflicto de competencias en la minería

Al respecto, es importante revisar el conflicto de competencias que refleja el principio de autonomía territorial, en la minería.

De una parte, es necesario tener en cuenta quién es el propietario de los recursos naturales no renovables. Sobre este tema el artículo 332 de la Constitución

³³ Ídem.

³⁴ Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.88.

³⁵ Ídem.

Política, establece que *“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”*.

En relación con lo anterior, sobre la propiedad de los recursos naturales no renovables, los artículos 5°³⁶, 6° y 7° de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, señalan que estos son de la exclusiva propiedad del Estado ³⁷, independientemente de que la propiedad, posesión o tenencia, sean de otras entidades públicas.

De otra parte, es conveniente revisar cuál es el papel que desempeña la entidad territorial en el otorgamiento del título minero³⁸, toda vez que dicha actividad se ejecuta en su territorio.

Para lo anterior, es preciso revisar el alcance del concepto Estado³⁹ como propietario de los recursos naturales no renovables, que según la Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997, de la Corte Constitucional, dice:

³⁶ La Sentencia C-891 del 22 de octubre de 2002, de la Corte Constitucional sobre el artículo 5° de la Ley 685 de 2001, estableció: *“Por el contrario, la disposición impugnada hace referencia a la regla general contenida en el artículo 332 de la Carta, que consagra la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado pero respetando los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes, cuya protección encuentra asidero en el mismo canon constitucional y en el artículo 58 ibidem”*.

³⁷ **Congreso de la República, artículo 5° de la Ley 685 de 2001, 15 de agosto. Diario oficial No. 44.545. 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.

Congreso de la República, artículo 6° de la Ley 685 de 2001, 15 de agosto. Diario oficial No. 44.545. Inalienabilidad e imprescriptibilidad. La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos sólo se adquiere mediante el otorgamiento de los títulos enumerados en el artículo 14 de este Código. Ninguna actividad de prospección, exploración o explotación o de posesión material de dichos recursos, sea cual fuere su antigüedad, duración o características, conferirá derecho o prelación alguna para adquirir el título minero o para oponerse a propuestas de terceros.

Congreso de la República, artículo 7° de la Ley 685 de 2001, 15 de agosto. Diario oficial No. 44.545. Presunción de Propiedad Estatal. La propiedad del Estado sobre los recursos minerales yacientes en el suelo o el subsuelo de los terrenos públicos o privados, se presume legalmente.

³⁸ **Congreso de la República, artículo 14 de la Ley 685 de 2001, 15 de agosto. Diario oficial No. 44.545.** Define el **título minero**, así: A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.

³⁹ Ver artículo de Julián Andrés Pimiento Echeverri, “La propiedad del subsuelo colombiano, aportes para un concepto”, en Juan Carlos Henao y Milton Montoya, *Minería y Desarrollo, Aspectos Jurídicos de la Actividad Minera, Tomo 1*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2016, pp.32-35. Este artículo habla sobre la propiedad de los recursos minerales yacientes en el suelo y el subsuelo, en la Constitución de 1886 y al respecto dice:

El artículo 202 de la Constitución de 1886, estableció:

“La Corte analizó entonces los antecedentes de los artículos 332 y 360 y pudo entonces constatar que la utilización de la palabra Estado en estas normas no es una inadvertencia de los constituyentes sino que tiene una finalidad específica profunda. Así, en varias 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. Por ejemplo, en el debate en la Comisión Segunda sobre la propiedad del subsuelo, expresamente se señaló que era necesario sustituir la propiedad nacional entonces vigente por una “propiedad del Estado representado en la Nación, departamentos y municipios”. (Subrayado fuera de texto)

Por tanto, queda claro que la propiedad de los recursos naturales es del Estado, como concepto que incluye a las entidades territoriales. No obstante lo anterior, ¿qué norma protege su participación en la toma de la decisión de la entrada de la minería en su territorio?

Con el fin de revisar la pregunta efectuada, se pasarán a estudiar los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

1.3) La necesidad de encontrar un punto medio: coordinación, concurrencia y subsidiariedad

Los citados principios permiten la correcta distribución de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales. Estos principios se encuentran consagrados en el artículo 288 de la Constitución, como herramientas a partir de las cuales se

Pertenecen a la República de Colombia:

(...)

2. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización;

3. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas.

(...)

Por tanto, desde la Constitución de 1886, se empezó a definir la propiedad pública del subsuelo en la Nación. Al respecto, asevera Pimiento que, de lo anterior, se puede concluir:

- Que el subsuelo pertenece a la Nación.
- Que no obstante lo anterior, se protegen los derechos adquiridos en cabeza de los particulares.

Asimismo, aclara que, en la Constitución de 1886 no era posible establecer una regla absoluta de propiedad pública de las minas, pues dependía de la naturaleza del mineral, de la reserva legal o constitucional que la Nación hubiese establecido y de las normas que establecieron los Estados soberanos bajo la Constitución de 1863.

En materia minera, a partir de la Ley 20 de 1969, ya no quedó duda de la propiedad pública del subsuelo, pues indicó de manera clara en su artículo 1° que *“todas las minas pertenecen a la Nación” (...), sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros*. Asimismo, en su artículo 3°, ligó la propiedad privada de la mina a su explotación permanente.

pueden armonizar los intereses nacionales y los locales⁴⁰. Así dice el citado artículo:

“Artículo 288. 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”. (Subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional ha contribuido activamente con la definición de los citados principios⁴¹. En efecto la Sentencia C-123 de 2014, estableció:

“A partir del contenido normativo derivado del principio de autonomía territorial, el legislador en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad –artículo 288 de la Constitución- deberá determinar el método en que serán ejercidas las competencias que se deba y/o que se decida atribuir a las entidades territoriales. En otras palabras, partiendo de que la ley no puede omitir el reconocimiento o la atribución de ciertas competencias a las autoridades municipales, la regulación de su titularidad y ejercicio deberá realizarse en el marco de los principios constitucionales que permiten armonizar los distintos niveles competenciales, como son los consagrados en el artículo 288 de la Constitución”. (Subrayado fuera de texto)

Es decir, los citados principios, permiten armonizar las competencias entre la Nación y las entidades territoriales. A su vez la Corte Constitucional, considera fundamental la participación de la entidad territorial en las discusiones ambientales de importancia y, en consecuencia - en la minería- por ser una actividad de alto impacto. Al respecto, la Sentencia C-389 de 2016, estableció:

“A la par con esas normas fundamentales, recientemente la Corte Constitucional ha desarrollado un sólido cuerpo jurisprudencial, en el que se ha defendido la idea de que las decisiones ambientales de importancia, como aquellas relacionadas con el uso, explotación y aprovechamiento del subsuelo no pueden adoptarse de forma centralizada, sino que exigen la participación de los entes territoriales, en desarrollo de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación, que definen el contenido de la autonomía territorial y su relación con el principio de unidad nacional”. (Subrayado fuera de texto)

Por tanto, se procederá a definirlos así⁴²:

⁴⁰ Robledo Silva, *coordinación, concurrencia y subsidiariedad...*, p.260.

⁴¹ Robledo Silva, *coordinación, concurrencia y subsidiariedad...*, p.257.

⁴² El artículo 27 de la **Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT)**, 1454 de 2011, 29 de junio. Diario Oficial No. 48.115, define los citados principios, así:

Se tiene que, según el **principio de coordinación**, las distintas autoridades que componen la estructura administrativa en Colombia deben concertar sus actuaciones y realizar esfuerzos conjuntos dirigidos a un mismo fin, de acuerdo con el artículo 2° de la Constitución⁴³ y relacionado con las facultades y competencias que el ordenamiento otorga a dichas autoridades⁴⁴.

Es importante tener en cuenta que el principio de coordinación parece traer un conflicto de competencias, ya que los órganos involucrados deben gozar de la misma capacidad jurídica para realizar determinados actos. Sin embargo, es un conflicto aparente, pues la coordinación implica la armonización de medios y fines entre las diferentes entidades del ordenamiento territorial⁴⁵.

En este punto es importante introducir el declarado inexecutable artículo 37 de la Ley 685 de 2001⁴⁶, Código de Minas, pues éste resolvía el conflicto de competencias entre la autoridad minera del nivel nacional y la entidad territorial. Lo anterior debido a que el citado artículo, prohibía a las entidades excluir zonas de

“Artículo 27. Principios del ejercicio de competencias. Además de los que el artículo 209 de la Constitución Política contempla como comunes de la función administrativa. Son principios rectores del ejercicio de competencias, los siguientes:

1. **Coordinación.** La Nación y las entidades territoriales deberán ejercer sus competencias de manera articulada, coherente y armónica. En desarrollo de este principio, las entidades territoriales y demás esquemas asociativos se articularán con las autoridades nacionales y regionales, con el propósito especial de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos como individuos, los derechos colectivos y del medio ambiente establecidos en la Constitución Política.

2. **Concurrencia.** La Nación y las entidades territoriales desarrollarán oportunamente acciones conjuntas en busca de un objeto común, cuando así esté establecido, con respeto de su autonomía.

3. **Subsidiariedad.** La Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración territorial apoyarán en forma transitoria y parcial en el ejercicio de sus competencias, a las entidades de menor categoría fiscal, desarrollo económico y social, dentro del mismo ámbito de la jurisdicción territorial, cuando se demuestre su imposibilidad de ejercer debidamente determinadas competencias. El desarrollo de este principio estará sujeto a evaluación y seguimiento de las entidades del nivel nacional rectora de la materia. El Gobierno Nacional desarrollará la materia en coordinación con los entes territoriales”.

(...)

⁴³ **Artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁴⁴ Robledo Silva, *coordinación, concurrencia y subsidiariedad...*, p.258.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Congreso de la República, artículo 37 de la Ley 685 de 2001, 15 de agosto. Diario oficial No. 44.545. **Declarado Inexecutable por la Sentencia de la Corte Constitucional C-273 de 2016. 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.

su territorio de la minería. De esta forma, se negaba el principio de coordinación, sin embargo, hoy en día, no hay norma que resuelva el tema.

En cuanto al **principio de concurrencia**, supone escenarios en los que varias entidades se ven unidas al ejercicio conjunto de competencias respectivas, sin que puedan sustraerse de tal responsabilidad⁴⁷.

Un ejemplo del principio de concurrencia en la normatividad minera es el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, el cual permite la sustracción del área requerida por parte de la Autoridad Ambiental, a menos que se trate de parques naturales, para que se puedan adelantar actividades mineras en forma restringida. De esta forma, concurren las autoridades ambiental y minera, para la protección del medio ambiente. En conclusión, sólo se autorizarán las actividades mineras, si los estudios presentados por el interesado demuestran la compatibilidad de la actividad minera con el área protegida.

Por su parte, el **principio de subsidiariedad** puede entenderse en virtud de las decisiones que atañen a las instancias inferiores del ordenamiento territorial y que deben ser tomadas por éstas, en la medida de lo posible, y no por los niveles superiores de la estructura. Es así como este principio, está dirigido a garantizar a las entidades autónomas, auténticos e inviolables espacios, propios de decisión⁴⁸.

Este principio se puede ver desde dos puntos de vista de acuerdo con Paula Robledo Silva. El primero, implica que la relación entre poder público y ciudadano debe articularse por el camino que implique menor distancia entre ellos. El segundo, que los niveles superiores de la estructura territorial deben tener poder decisorio en los asuntos de los niveles inferiores, únicamente cuando éstos no cuenten con los medios necesarios, para decidir en los asuntos que les conciernen⁴⁹.

⁴⁷Robledo Silva, *coordinación, concurrencia y subsidiariedad...*, p.260.

⁴⁸Robledo Silva, *coordinación, concurrencia y subsidiariedad...*, p.262.

⁴⁹Ídem.

En relación con la minería, el literal a) del artículo 35 del Código de Minas, establece que no se podrá hacer minería en las áreas prohibidas por la normatividad municipal, así:

“Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas”. (Subrayado fuera de texto)

De esta forma, la entidad territorial participa en el procedimiento de otorgamiento de un contrato de concesión pues se deberán acoger los acuerdos municipales para el otorgamiento de un área. Sin embargo, quien otorga los títulos mineros es la autoridad minera y precisamente este es el punto de debate. Es decir, cuál debe ser el nivel de decisión de la entidad territorial en el otorgamiento de un título minero en su territorio.

Finalmente es importante tener en cuenta lo establecido por Paula Robledo Silva, que dice que estos principios apuntan a materializar el mandato de autonomía territorial, así:

- Exigiendo que las entidades territoriales y las del nivel central, concierten para que sus actuaciones sean complementarias.
- Demandando de parte de los distintos órganos, una colaboración necesaria que permita el cumplimiento de las funciones constitucionales y legalmente delegadas.
- Reconociendo que el municipio es la entidad mejor capacitada para atender y resolver los problemas de su comunidad.

- Cuando el municipio no pueda manejar un determinado tema, debe ser factible que éste recurra a los niveles superiores de la organización territorial, para la solución del mismo⁵⁰.

De acuerdo con lo expuesto se puede ver que en materia minera es el nivel nacional quien toma decisiones según el Código de Minas, Ley 685 de 2001. No obstante lo anterior, se ha visto la necesidad de realizar acuerdos entre el nivel central y el periférico. Estos arreglos se deben materializar a través de la ley y la definición de competencias de cada uno de estos niveles.

En consecuencia, se pasará a revisar la tensión de los principios estudiados en este capítulo, a través de las diferentes sentencias que ha dictado la Corte Constitucional sobre el tema.

Capítulo 2

De lo teórico a lo práctico: el choque competencial entre la Nación y las Entidades Territoriales en temas mineros

En este capítulo se revisará el análisis constitucional que ha realizado la Corte Constitucional sobre el tema. En cualquier caso y a pesar de lo establecido por la Corte, es claro que esta discusión no termina.

De acuerdo con lo anterior en primer lugar se revisará la supuesta prevalencia de la Autoridad Minera Nacional en la decisión de exploración y explotación minera; Sin embargo, si se dirige la vista al futuro, se encontrará la necesidad de una Ley Orgánica, que fije procedimientos claros para solucionar la colusión de competencias; finalmente, se hará un análisis a través del test de vaciamiento de competencias, según la Corte Constitucional.

⁵⁰ Robledo Silva, *coordinación, concurrencia y subsidiariedad...*, p.267.

De esta forma se pasarán a estudiar los temas señalados.

2.1) La supuesta prevalencia de la Autoridad Minera Nacional en la decisión de exploración y explotación minera

Se considera importante analizar la posición asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2014, la cual establece con fundamento en los artículos 332 y 334 de la Constitución, la primacía de la Nación en las políticas relacionadas con la explotación de los recursos naturales no renovables y en consecuencia da prioridad al principio de Estado Unitario. No obstante, también dice que se deben tener en cuenta otros principios constitucionales, como son los de autonomía territorial, coordinación, concurrencia y subsidiariedad, según los artículos 287 y 288 de la Constitución.

La Sentencia C-123 de 2014 al revisar la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, entiende que el principio de Estado Unitario es superior al de autonomía territorial, es así como dice:

“Sin embargo, en diversas ocasiones la jurisprudencia constitucional 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. Por esta razón, la interpretación de las posibilidades o ámbitos en que se desarrolla la autonomía territorial 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”. (Subrayado fuera de texto)

Paula Robledo Silva, ha criticado esta posición de la Corte Constitucional, afirmando que no es a través del principio de jerarquía que deben examinarse las relaciones entre el Estado y las entidades territoriales. Su crítica se fundamenta en el artículo 1° de la Constitución, pues éste no superpone un principio al otro. Asimismo, tiene en cuenta el artículo 288 de la Constitución, el cual establece las

reglas por seguir, en el ejercicio de las competencias distribuidas entre el Estado y los entes territoriales⁵¹. De acuerdo con lo anterior el citado artículo, dice:

“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”.

Por tanto, no deben interpretarse estos principios bajo el principio de jerarquía, sino que al contrario deben ser armonizados a través de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

De otra parte, es importante tener en cuenta que el principio de Autonomía Territorial se viene desarrollando con anterioridad a la Constitución Política de 1991. Por ejemplo, desde la reforma al régimen municipal de 1986 se estableció que el citado principio se encontraba circunscrito a los asuntos locales taxativamente definidos en la Constitución y en la ley. Asimismo, Augusto Hernández Becerra afirmó que con la Autonomía Territorial se desencadenó un importante proceso de descentralización general del Estado⁵².

Al respecto el citado autor comentó que una de las características más importantes de la Autonomía Territorial es el fortalecimiento político de las comunidades municipales, en las cuales ha recaído directamente esta devolución de poderes⁵³.

Igualmente, dice que el Constituyente de 1991 redactó 47 preceptos que componen el Título XI de la Carta Política, *“De la organización territorial”*, sin embargo, parece ser idéntica a la Constitución de 1886. Lo anterior pues los pasos decisivos que hicieron posible esa evolución, descentralización fiscal, devolución

⁵¹ Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.53.

⁵² Augusto Hernández Becerra, *Ordenamiento y Desarrollo Territorial en Colombia*, Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp.62-63.

⁵³ *Ibidem*, p.60.

de competencias centrales a la periferia y elección popular de alcaldes, fueron producto de la anterior Constitución⁵⁴.

En conclusión, Hernández Becerra establece que la forma en que la autonomía territorial quedó consagrada en la Constitución Política de 1991, le reserva al gobierno un poder dispositivo muy importante en cuanto a su alcance y contenido, por lo que se reduce a un principio meramente formal⁵⁵.

Es así como la historia muestra los límites que ha tenido el principio de Autonomía Territorial, para lograr su pleno desarrollo.

Por su parte en la Sentencia C-123 de 2014, se privilegia el principio de organización unitaria del Estado. Sin embargo, la citada providencia busca garantizar la participación de las entidades periféricas, en la decisión de la entrada de la minería en un territorio. Esto implica que el Estado continúe participando en el proceso de otorgamiento de títulos mineros, pero que no sea el único nivel competencial que participa en esta decisión, tan trascendente en la vida local⁵⁶.

Finalmente, la Sentencia C-123 de 2014, da aportes importantes en cuanto a cómo debe ser la repartición de competencias entre el Estado y la entidad territorial en la minería, los cuales tienen plena vigencia, aunque la Sentencia C-273 de 2016, derogó el artículo 37 del Código de Minas, Ley 685 de 2001. Lo anterior ya que existe un vacío legislativo en este aspecto que se pasará a revisar.

- Acuerdos entre la Entidad Territorial y el Estado

Según lo establecido en la Sentencia C-123 de 2014 de la Corte Constitucional, en la decisión de la participación del territorio en la minería, se deben manifestar los órganos de representación de las entidades territoriales, también se debe buscar

⁵⁴ *Ibidem*, p.173.

⁵⁵ *Ibidem*, p.162.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 5 de marzo de 2014.

priorizar los siguientes aspectos: la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades⁵⁷.

La citada Sentencia, buscaba garantizar la participación de la entidad territorial en la decisión de la entrada de la minería a su territorio, así:

“(...) en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas” (...) (Subrayado fuera de texto)

Es decir, buscaba la participación de la entidad territorial en la decisión de la entrada de la minería al territorio a través de acuerdos, los cuales incluyen los fines sociales del Estado y se pasará a revisar.

- Acuerdos y fines sociales del Estado

Es importante destacar que los puntos sobre los cuales se deben llegar a acuerdos son fines sociales del Estado, pues están relacionados directamente con el bienestar general y la erradicación de la pobreza, es así como dice el artículo 366 de la Constitución Política:

“Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”. (Subrayado fuera de texto)

En suma, los fines sociales del Estado, son acciones o condiciones que pueden ser afectadas por una actividad de alto impacto como es la minería, y de esta forma se ha reconocido en diferentes sentencias de la Corte Constitucional⁵⁸.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ver Sentencias de la Corte Constitucional sobre este tema, por ejemplo: C-339 del 7 de mayo de 2002, C-389 del 27 de julio de 2016, T-445 del 19 de agosto de 2016.

Sobre los fines sociales del Estado se ha dicho, en la Sentencia T-406 de 1992, de la Corte Constitucional, que para entenderlos es necesario recurrir al principio de igualdad, el cual establece que en toda distribución de recursos para que sea justa, se debe mejorar la condición de los más desfavorecidos. Al respecto establece, que cualesquiera que sean los beneficiarios o los afectados por tal repartición, no se puede desmejorar la situación de aquellos que poseen menos recursos.

En atención a lo anterior, para tomar la decisión sobre la entrada de la minería a una determinada jurisdicción, en principio se debería revisar que esta actividad no desmejore la situación de la entidad periférica, en lo referente a la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable. Es importante ponderar si se protegen los anteriores aspectos frente a la actividad económica, según las condiciones particulares de cada territorio.

De esta forma, se debe revisar si el derecho que se protege crea condiciones de igualdad en el territorio que se afecta con la actividad minera. Es decir, si la carga que los habitantes de un lugar deben soportar con la actividad minera genera condiciones de igualdad frente a la salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable en el territorio. Se deberán ponderar los citados aspectos, frente a los beneficios económicos que puede generar la actividad minera a nivel territorial y nacional⁵⁹.

Igualmente, es importante tener en cuenta que la minería no puede desmejorar la situación de la entidad territorial a la que entra como actividad económica, en ninguna de las finalidades sociales del Estado. En esta medida es importante tener en cuenta que la entidad territorial debe por lo menos, tener la facultad para

⁵⁹ A manera de ejemplo se tiene la siguiente situación narrada en el periódico El Tiempo, así: *"Paralelamente, la construcción de vías y oleoductos para sacar el producto explotado produce alteración de suelos, fauna y flora en todos los ecosistemas por lo que necesariamente tienen que pasar; se puede presentar contaminación por derrames no previstos o accidentes causados por descuido o intencionalmente. Así como contaminación visual o gaseoso por las emisiones de gases o escape del polvillo en el caso del carbón, que es transportado desde las zonas de producción hasta los puertos de exportación, vía terrestre"*. Redacción El Tiempo, "Minería afecta al medio ambiente", *El Tiempo*, Colombia, 3 de mayo de 1995, Disponible en <<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-497060>>.

oponerse a la entrada de la minería en su territorio. A esta participación se opone la Sentencia de la Corte Constitucional SU-095 de 2018, cuando dice:

“3. Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables. De acuerdo con los postulados constitucionales que prevén la explotación del subsuelo y los RNNR, su propiedad en cabeza del Estado y las competencias de las entidades territoriales y de la nación –gobierno nacional central- sobre el suelo, el ordenamiento territorial, el subsuelo y los RNNR, las entidades territoriales no pueden prohibir el desarrollo de actividades y operaciones para tales fines en su jurisdicción”.

Estos cambios de posición entre una sentencia y otra en la ponderación de los principios aplicables al tema, hacen que sea necesaria la expedición de una norma que regule el tema. Es así como se pasará a revisar qué tipo de norma se requiere.

2.2) Una vista al futuro: la necesidad de una Ley Orgánica que fije procedimientos claros para solucionar la colusión de competencias

Con el fin de revisar lo planteado, es necesario revisar la Sentencia C-273 de 2016, que establece:

“38. En el presente caso, la disposición demandada prohíbe a las entidades de los órdenes “regional, seccional o local” excluir temporal o permanentemente la actividad minera. Más aun, esta prohibición cubre expresamente los planes de ordenamiento territorial. Al hacerlo afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Por lo tanto, es una decisión que afecta bienes jurídicos de especial importancia constitucional, y en esa medida, está sujeta a reserva de ley orgánica”⁶⁰. (Subrayado fuera de texto)

Esta Sentencia, define claramente el tipo de norma aplicable. De acuerdo con lo anterior, establece que no se puede prohibir a la entidad territorial llevar a cabo el ordenamiento de su territorio pues se afectan bienes jurídicos de especial

⁶⁰ Es importante mencionar que la Sentencia de la Corte Constitucional SU-095 del 11 de octubre de 2018, cambia esta posición cuando establece que ni la nación ni las entidades territoriales tienen competencias absolutas sobre los recursos del subsuelo. Es así como exhorta al Congreso de la República para que defina uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia Nación-Territorio. En cualquier caso, queda abierta la pregunta de ¿si bien la entidad territorial no cuenta con competencia absoluta, ¿cuáles serían entonces los límites a las competencias de la Nación?

importancia, razón por la cual se concluye que este tema está sujeto a reserva de ley orgánica.

Establece la Corte Constitucional que las leyes orgánicas atribuyen al legislador la potestad para ponderar los bienes jurídicos en tensión, es decir el ordenamiento del territorio y la minería, conforme con los principios de subsidiariedad, concurrencia y coordinación, dentro del margen de configuración de decisiones.

Adicionalmente, en la Sentencia C-273 de 2016, la Corte Constitucional dice que *“la reserva de ley orgánica supone una doble restricción, pues no sólo impone unas mayorías para su aprobación, sino que disciplina la actividad legislativa”*. Lo anterior, ya que de acuerdo con el artículo 151 de la Constitución Política de Colombia⁶¹, el objeto de estas leyes es *“regular las normas a las que debe sujetarse el ejercicio de la actividad legislativa”*.

Sin embargo, dice la Corte Constitucional que el contenido general de la legislación orgánica sigue siendo indeterminado, por lo que el alcance de la reserva puede generar en algunos casos discusiones interpretativas.

De otra parte, el artículo 288 de la Constitución Política, establece que *“La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales”*.

Sobre la legislación orgánica territorial la Corte Constitucional en la Sentencia C-600 A de 1995, establece:

“10- La Constitución no trata de manera clara en un solo artículo o capítulo el contenido general de la legislación orgánica territorial sino que varias disposiciones situadas en diferentes títulos de la Carta aluden a ella. Así, encontramos de manera expresa referencias a la legislación orgánica de ordenamiento territorial”.⁶²

⁶¹ El artículo 151 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991, dice: *“El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara”*. (Subrayado fuera de texto)

⁶² La Corte Constitucional en la Sentencia C-600 A del 11 de diciembre de 1995, señala los siguientes casos en los cuales la Constitución establece la necesidad de una ley orgánica para que regule el tema:

Concluye la Corte Constitucional en la citada Sentencia, que los temas de legislación orgánica territorial son bastante numerosos. De otra parte, establece que no es posible realizar una interpretación literal y restrictiva del texto constitucional, pues esto conduciría a imprecisiones y ligerezas.

Por tanto y de acuerdo con lo anterior, se observa que el tema que se estudia hace parte de la Legislación Orgánica Territorial, la cual se pasará a revisar.

- *Legislación Orgánica Territorial*

Es importante tener en cuenta que la organización del territorio decide temas de vital importancia, por ejemplo, a quién va a aprovechar la actividad del Estado, quién o quiénes se benefician de ella y en qué medida. Igualmente es de resaltar que el ordenamiento territorial es un asunto eminentemente político. Lo anterior pues define las reglas de relación entre el individuo, su comunidad y el gobierno. Adicionalmente señala que en la geografía de la división del territorio estatal comprende las condiciones demográficas, culturales y socioeconómicas que corresponden a cualquier sistema de “ordenamiento territorial”⁶³.

Acerca de la Legislación Orgánica Territorial, previo a la expedición de la **Ley 1454 de 2011, Ley Orgánica y de Ordenamiento Territorial –LOOT-** Augusto Hernández Becerra establecía que no se podía esperar mucho de esta norma, pues al estar subordinada a la Constitución, la reproduciría y la amplificaría tanto

- La asignación de competencias normativas a las entidades territoriales (CP art. 151).
 - La distribución general de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (CP art. 288).
 - Los requisitos para la formación de nuevos departamentos (CP art. 297).
 - La condiciones para solicitar la conversión de una Región en entidad territorial (CP art. 307).
 - Los principios para la adopción del estatuto especial de cada región, así como las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías (CP art. 307).
 - El régimen administrativo y fiscal especial de las áreas metropolitanas, así como los mecanismos que garanticen la adecuada participación de las autoridades municipales en los órganos de administración de estas áreas (CP art. 319).
 - Igualmente la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios a las áreas metropolitanas (CP art. 319).
 - Las condiciones para la conformación de entidades territoriales indígenas (CP art. 329). (Subrayado fuera de texto)

⁶³ Hernández Becerra, op. cit., p.84.

en lo favorable como en lo desfavorable. Es así como las decisiones políticas que la Asamblea Nacional Constituyente no tomó, el legislador no podría adoptarlas⁶⁴.

En cuanto a la Legislación Orgánica Territorial, la Sentencia C-600 A de 1995, establece:

“En cierto sentido, esta legislación orgánica territorial representa, dentro del marco de la unidad nacional, una protección de la autonomía territorial y de todo lo que ella significa; es pues una garantía institucional de la autonomía territorial y de los derechos de las entidades territoriales (CP art. 287)”. (Subrayado fuera de texto)

La citada Sentencia precisa los tres grandes temas de la legislación orgánica territorial, los cuales son en primer lugar la *“estructura territorial y la organización de los poderes públicos en función del territorio”*⁶⁵. En segundo lugar, establece que deben formar parte de esta legislación *“ciertos mecanismos de participación relacionados con el ordenamiento territorial, como por ejemplo aquellos que decidan la incorporación y pertenencia a una división o a una entidad territorial”*⁶⁶. Finalmente, establece que *“corresponde a la legislación orgánica territorial asignar las competencias normativas y no normativas a las entidades territoriales, y establecer la distribución de competencias entre la Nación y estas entidades, lo cual supone el establecimiento de ciertos mecanismos para dirimir los conflictos de competencia que se puedan presentar”*⁶⁷.

El tema que se estudia, de acuerdo con lo anterior, se enmarca en los temas competencia de la legislación orgánica territorial, toda vez que existe un vacío legal en las competencias de la entidad territorial y el Estado en la minería, así como en los mecanismos de participación con los cuales la entidad territorial puede participar en la minería, sin embargo, este último tema se revisará en el tercer capítulo de este escrito.

⁶⁴ Hernández Becerra, *op. cit.*, p.176.

⁶⁵ Ver la Constitución Política de 1991 en los artículos 1°, 150 ordinal 4°, 297, 306, 307, 319, 321 y 329.

⁶⁶ Ver la Constitución Política de 1991 en los artículos 105, 297, 307, 319, 321.

⁶⁷ Ver la Constitución Política de 1991 en los artículos 151 y 288.

Ahora bien, se ha entendido que la **LOOT** es el estatuto legal, por medio del cual el Congreso de la República, desarrolla los principios y las instituciones que, a partir de la Constitución Política de Colombia, apuntan a definir la organización territorial del país. Desde que la Constitución de 1991 se expidió, se presentaron múltiples proyectos de ley y sólo hasta el 2011, se cumplió con este objetivo.

Augusto Hernández Becerra al revisar la dificultad en la expedición de la norma, decía que el *“El desencanto sobre lo público bloquea una discusión constructiva sobre un nuevo orden territorial de los poderes”*⁶⁸. Lo anterior toda vez que la crisis del sistema político hace perder la credibilidad en lo público, incluido el municipio. De esta forma se explica por qué no ha tenido acogida el desarrollo del principio de autonomía territorial, pues se identifica con el aumento de la corrupción, la tramitología y con los mayores costos que puede implicar para las empresas. Asimismo, se explica la dificultad en la expedición de la LOOT, pues supone un desarrollo legal del principio de Autonomía Territorial.

Ahora bien, no es fácil desarrollar una legislación orgánica territorial, es así como esta norma ha tenido bastantes críticas. Para ilustrar este punto, es necesario revisar las tareas de la LOOT, de acuerdo con la Constitución de 1991⁶⁹ y las críticas que ha tenido su desarrollo, al respecto:

1. La distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales (Constitución Política, Artículo 288) y la asignación de competencias de las entidades territoriales (Constitución Política, Artículo 151)

En relación con la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, Paula Robledo Silva, dice que el legislador en la Ley 1454 de 2011, artículos 28 y 29 repitió disposiciones constitucionales y legales relacionadas con

⁶⁸ Hernández Becerra, *op. cit.*, p.151.

⁶⁹ Paula Robledo Silva, “La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial: una asignatura pendiente”, *Serie Documentos de Trabajo*, editado por: Paula Andrea Acosta, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, (2015), p.27.

la autonomía territorial, cuando debía desarrollarlas, por lo cual no se cumple con este objetivo.

Con el fin de aclarar la posición de la citada autora, se considera importante, presentar un paralelo en donde se pueden ver, las competencias dadas a la Nación y al Municipio, por el artículo 29 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, así:

De la Nación	Del Municipio
a) Establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional: áreas de parques nacionales y áreas protegidas. b) Localización de grandes proyectos de infraestructura. c) Determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa. d) Los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades. e) Los lineamientos y criterios para garantizar la equitativa distribución de los servicios públicos e infraestructura social de forma equilibrada en las regiones. f) La conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural. g) Definir los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los distritos, los municipios, las áreas metropolitanas, y cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones previstas en la presente ley.	a) Formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio. b) Reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes. c) Optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

*Fuente: elaboración propia

Se observa que las competencias de la Nación incluyen desde políticas de ordenamiento territorial hasta la definición de principios de buen gobierno; adicionalmente pasa por temas tan diferentes como urbanización, seguridad, servicios públicos y obras de infraestructura, es decir materias muy generales. De otra parte, las competencias del municipio repiten los mandatos constitucionales.

En efecto la Sentencia de la Corte Constitucional C-337 de 1993, establece:

“La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (art. 151)”. (Subrayado fuera de texto)

Se considera que, al ser la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, una pauta que condiciona la actividad legislativa, a través de una ley ordinaria se podría llenar el vacío legal existente en materia minera.

Por ejemplo, es de preguntarse qué sucede en materia minera, puesto que la LOOT no contempla expresamente dentro de las competencias de la Nación el tema minero, pero establece en su numeral 1° que la Nación realizará la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional y un asunto de interés nacional es la minería⁷⁰.

Ahora bien, de acuerdo con lo revisado se encuentra necesario:

- La producción de una ley orgánica de ordenamiento territorial que regule las competencias de la Nación y las entidades territoriales en el tema minero, según la Sentencia C-273 de 2016.

Sin embargo, se podría pensar en regular el tema a través de una ley ordinaria con fundamento en el artículo 28 de la LOOT, previamente citado.

⁷⁰ Congreso de la República, Artículo 13 de la Ley 685 de 2001, 15 de agosto. Diario oficial No. 44.545. **Utilidad pública.** En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto, podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres. (Subrayado fuera de texto)

En relación con lo anterior, es necesario tener en cuenta que el párrafo 1° del artículo 29 de la LOOT⁷¹, establece que a través de los instrumentos locales y regionales de planeación se distribuirán las competencias entre la Nación y la entidad territorial, desarrollando así los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Es decir, en todo caso esta norma superior, establece que se deben aprovechar los instrumentos de planeación de las entidades territoriales para resolver este conflicto de competencias.

No obstante lo anterior, no se debe olvidar que el objetivo de la Ley Orgánica Territorial es proteger valores superiores del ordenamiento jurídico, por tanto a pesar de las demoras del legislativo en su realización, se deben cumplir los postulados constitucionales sobre el tema.

2. El establecimiento en favor de los municipios de una cláusula residual de competencias, de tal forma que éstos serían titulares de cualquier competencia que no se encuentre atribuida expresamente a los departamentos o a la Nación.

Siendo que en minería de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución *“la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del*

⁷¹ El párrafo 1° del artículo 29 de la **Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), 1454 de 2011, 29 de junio. Diario Oficial No. 48.115**, establece: “La distribución de competencias que se establece en este artículo se adelantará bajo los principios de descentralización, concurrencia y complementariedad de las acciones establecidas por las entidades territoriales y en coordinación con lo dispuesto por las autoridades respectivas en los instrumentos locales y regionales de planificación”.

Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario".

(Subrayado fuera de texto)

En consecuencia, es claro que el Estado intervendrá en la minería, pero también que será 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, los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, lo cual sólo es posible lograr, con la participación de la entidad territorial. Es así como éste debería ser el objetivo de la Ley Orgánica que regule el tema.

Por su parte, sobre este tema en particular el artículo 28 de la LOOT, dice:

"Los departamentos y municipios tendrán autonomía para determinar su estructura interna y organización administrativa central y descentralizada; así como el establecimiento y distribución de sus funciones y recursos para el adecuado cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Sin perjuicio de su control de constitucionalidad o de legalidad, estos actos no estarán sometidos a revisión, aprobación o autorización de autoridades nacionales.

PARÁGRAFO. Los municipios son titulares de cualquier competencia que no esté atribuida expresamente a los departamentos o a la Nación.

Cuando el respectivo municipio no esté en capacidad de asumir dicha competencia solicitará la concurrencia del departamento y la Nación.

PARÁGRAFO 2o. Los departamentos y municipios a pesar de su autonomía e independencia podrán asociarse entre ellos para procurar el bienestar y desarrollo de sus habitantes". (Subrayado fuera de texto)

Para algunos, esta cláusula se podría considerar como un componente que fortalece al municipio como entidad fundamental de la división política administrativa del Estado; no obstante, lo anterior, también se critica pues si no se les asignan recursos a las entidades territoriales, como lo exige el artículo 356 de la Constitución⁷², no es posible que éstas ejerzan sus competencias. Es decir, el ejercicio del principio de la autonomía territorial exige la asignación de recursos fiscales suficientes.

⁷² El artículo 356 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991, dice: "No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas". (...)

Lo anterior, como avance frente a la Constitución Política de 1886, toda vez que Augusto Hernández Becerra cuando revisaba la reforma municipal de 1986, indicó que una de las incertidumbres del principio de Autonomía Territorial eran sus elementos estructurales, en especial los relativos a las finanzas, toda vez que en ese momento carecían de garantía constitucional pues estaban regulados exclusivamente por las leyes⁷³.

En relación con el tema que se estudia, las entidades territoriales deben tener el presupuesto suficiente para ejercer sus competencias, entre ellas la regulación del uso del suelo y la protección del medio ambiente.

En suma, la relación entre la Nación y la Entidad Territorial, debe encontrarse dentro del marco del principio de concurrencia, pues la participación de esta última es indispensable en las decisiones que afectan su calidad de vida, por ejemplo, la entrada de la minería en un territorio. De otra parte, para la efectividad de esta decisión es necesario que las entidades territoriales cuenten con un presupuesto que les permita decidir sobre los usos del suelo.

En cualquier caso, es necesario tener en cuenta que la minería supone una entrada de recursos económicos a la entidad territorial. Entonces por qué un municipio prefiere negar la entrada a esta actividad y poner en consideración la primacía de los derechos a la vida, la salud, el agua y el medio ambiente.

Es en este punto donde se puede ver claramente por qué el municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa, según el artículo 311 de la Constitución Política, pues es ésta la entidad que soporta la afectación de sus derechos. De ahí la importancia de la competencia residual y de su participación en las decisiones que la afecten.

⁷³ Hernández Becerra, *op. cit.*, p.63.

Por el contrario, se destaca que una de las Agencias del nivel nacional al contestar la demanda en la sentencia de la Corte Constitucional SU-095 de 2018, establece:

“Respecto del caso concreto, manifestó que la consulta popular realizada en el municipio de Cumaral afecta considerablemente el desarrollo económico nacional, por cuanto pone en riesgo el beneficio de las regalías que producto de la extracción de recursos naturales no renovables reciben los entes territoriales y el mismo Estado”.

Es así como, es posible ver que una decisión que afecte derechos fundamentales de una entidad no es factible tomarla siguiendo un solo concepto.

Por lo tanto, se pasará a revisar cómo delimitar las competencias entre la nación y el territorio.

3. La distribución de competencias entre la nación, los departamentos, los municipios y los distritos en materia de ordenación y planeación del territorio

Si bien la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, es una norma en la cual se reparten las competencias de la Nación y de las entidades territoriales, ésta no es una tarea fácil, no sólo por el trámite de su expedición sino por la gran dificultad en puntualizar sus temas.

A saber, la sentencia de la Corte Constitucional, C-795 de 2000 estableció:

“La función de ordenamiento del territorio comprende una serie de acciones, decisiones y regulaciones, que definen de manera democrática, participativa, racional y planificada, el uso y desarrollo de un determinado espacio físico territorial con arreglo a parámetros y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural. Se trata, ni más ni menos, de definir uno de los aspectos más trascendentales de la vida comunitaria como es su dimensión y proyección espacial. Pocas materias como ésta involucra un mayor número de relaciones y articulaciones entre los miembros de la sociedad y su entorno cultural y natural; también, por esta misma razón, son innumerables y delicadas las tensiones que subyacen a su regulación y los extremos que deben ponderarse y resolverse justa y equilibradamente”.
(Subrayado fuera de texto)

Por tanto ¿cómo se deben distribuir las competencias en materia minera entre el Estado y la entidad territorial?

En respuesta a lo anterior, es importante tener en cuenta que la legislación no puede desconocer el contenido específico del principio de autonomía territorial, el cual se expresa en la posibilidad para los municipios de reglamentar los usos del suelo dentro de su respectivo territorio. Al respecto, establece la Sentencia de la Corte Constitucional C-273 de 2016, la cual analizó este tema:

“33. En esa medida es necesario concluir que el ejercicio de la competencia que le corresponde al legislador ordinario para regular determinadas actividades económicas, como en este caso lo es la explotación de recursos naturales del subsuelo, confluye con otras competencias asignadas a las entidades territoriales de diverso orden, como la de definir los usos del suelo. En tales casos, están de por medio, por un lado, la autonomía de las entidades territoriales para desempeñar sus funciones de planeación y ordenamiento territorial, competencias que constituyen elementos fundamentales de su autonomía, y por el otro, la necesidad de garantizar que la explotación de los recursos del subsuelo beneficie a todas las entidades territoriales, incluyendo aquellas que no poseen dichos recursos”. (Subrayado fuera de texto)

Esta sentencia ha suscitado diferentes reacciones, se ha dicho que su principal problema será su aplicación⁷⁴. Se considera importante que el legislador establezca la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales en la minería. Asimismo, que se garanticen los elementos fundamentales de la Autonomía Territorial, como son la planeación y el ordenamiento del territorio. Esta ausencia de legislación genera inseguridad jurídica en el otorgamiento de títulos mineros. En consecuencia, es necesario legislar el tema.

De otra parte, es importante tener en cuenta que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado consideran necesaria una ley estatutaria que delimite las competencias del Territorio para adoptar mecanismos de participación⁷⁵.

⁷⁴ “Un fallo polémico: La Corte Constitucional permitió a los municipios prohibir la minería. La decisión puede tener graves consecuencias para la economía y para los territorios”, en *Revista Semana*, Colombia, 28 de mayo de 2016, Edición No.01778, p.40.

⁷⁵ Recientemente el Consejo de Estado se pronunció en este sentido con la Sentencia de radicado No.05001-23-31-000-2010-01314-01 del 16 de mayo de 2019, con el Consejero Ponente: Nubia Margoth Peña.

Finalmente, dada la polémica que genera el tema, así como los constantes cambios de posición en la jurisprudencia, es importante revisar las competencias de la Nación y el Territorio en minería a través del test de vaciamiento de competencias.

2.3. Vaciamiento de competencias

“Se produce un vaciamiento de competencias cuando el órgano del ente territorial pierde el control y el direccionamiento de la actividad administrativa que originalmente detenta por atribución constitucional o legal”⁷⁶.

En este caso la pregunta por responder sería ¿Pierde el Concejo Municipal el control y el direccionamiento de una actividad administrativa atribuida en la Constitución o en la ley?

Si bien es cierto el artículo 334⁷⁷ citado, da la facultad al Estado de intervenir en la economía, esta atribución encuentra un límite en el artículo 313⁷⁸ de la Constitución, que es la reglamentación del uso del suelo por parte de la entidad territorial. Por tanto, se produce un vaciamiento de competencias pues la entidad territorial pierde el control y el direccionamiento de la actividad administrativa del artículo 313 de la Constitución Política.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ **Artículo 334 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

⁷⁸ **Artículo 313 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** Corresponde a los concejos: (...)7. 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. (...) (Subrayado fuera de texto)

Sin embargo, esta respuesta no es tan clara cuando se analizan las posiciones que la Corte Constitucional ha asumido sobre el tema. Por ejemplo, se considera importante revisar las sentencias C-395 de 2012 y la C-273 de 2016, así:

Sentencia C-395 de 2012	Sentencia C-273 de 2016
Prevalencia del principio de Estado Unitario <i>“Estima la Corte que en el marco que la Constitución ha previsto para la explotación de los recursos naturales, <u>cabe que el legislador, al resolver para el caso concreto 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</u>”.</i>(Subrayado fuera de texto)	Afectación del Núcleo Esencial del principio de Autonomía Territorial <i>“38. En el presente caso, la disposición demandada prohíbe a las entidades de los órdenes “regional, seccional o local” excluir temporal o permanentemente la actividad minera. <u>Más aun, esta prohibición cubija expresamente los planes de ordenamiento territorial. Al hacerlo afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios</u>”.</i>(Subrayado fuera de texto)
Necesidad de un régimen único para la minería <i>“Cabe, así, que dentro del margen de configuración que la Constitución le otorga al legislador <u>se disponga en esta materia 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</u>”.</i>(Subrayado fuera de texto)	Legislación especial por los bienes afectados: Ley orgánica <i>“En el presente caso, la disposición demandada prohíbe a las entidades de los órdenes “regional, seccional o local” excluir temporal o permanentemente la actividad minera. Más aun, esta prohibición cubija expresamente los planes de ordenamiento territorial. <u>Al hacerlo afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Por lo tanto, es una decisión que afecta bienes jurídicos de especial importancia constitucional, y en esa medida, está sujeta a reserva de ley orgánica</u>”.</i>(Subrayado fuera de texto)

*Fuente: elaboración propia

De esta forma en el año 2012, prevalecía la posición en la cual se le daba prioridad al principio de Estado Unitario. En el año 2016, se buscaba garantizar el núcleo esencial del principio de Autonomía Territorial. Actualmente, la Sentencia SU-095 de 2018, al respecto dice:

“En el contexto, la Sala Plena de esta Corporación debe aclarar que se apartará de las consideraciones y de la decisión adoptada por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional que profirió la sentencia T-445 de 2016, y que en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia precisó “que los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera”. Lo anterior, teniendo en cuenta que en dicha providencia la Sala Sexta hizo una interpretación limitada y aislada de postulados y principios definidos en la Constitución Política, que la llevaron a autorizar a las autoridades locales para prohibir la minería”. (Subrayado fuera de texto)

Por tanto, la Corte Constitucional modificó su posición estableciendo que las entidades territoriales no tienen poder de veto en la minería.

En este punto es sustancial retomar lo establecido por Augusto Hernández Becerra, cuando establece que en algunas constituciones la generalidad es una virtud, pues hace de la reforma territorial un proceso que se construye a largo plazo, el cual es necesario para la adaptación gradual de las instituciones, como ejemplo de lo anterior, hace alusión a la Constitución de España.

En cuanto a la Constitución Política de Colombia, critica que se haya puesto en cabeza del municipio el centro de la organización territorial, por ser una entidad muy débil, pues depende del contenido que dé la ley al principio de autonomía territorial. Es así como dice:

“Si bien resulta cierto que en 1991 no se reformó de manera inmediata la organización territorial sino que se prefirió aplicar la metodología de un proceso a largo plazo, cierto es también que el proceso carece en la Constitución de plano y de brújula, que nada hay de seguro en ella ni sobre los procedimientos ni sobre los objetivos de la nueva organización territorial. Entre tanto el establecimiento se llena de temores hacia la descentralización, en la cual se adivinan peligros para la unión del país y para mantener la racionalidad política y financiera del Estado. Cualquier señal amenazante genera en el Estado la reacción instintiva de volver rápidamente al refugio del centralismo”⁷⁹.

Siendo que desde la Constitución Política existen vacíos frente al modelo de ordenamiento territorial actual, las posiciones de la Corte Constitucional pueden cambiar y dar una interpretación ajustada a los intereses del momento.

⁷⁹ Hernández Becerra, *op. cit.*, pp.174-175.

Es así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha cambiado su posición sobre el principio de autonomía territorial a través de los años. Asimismo, si se toma su posición actual para responder a la pregunta inicial sobre vaciamiento de competencias, se tendría que decir que la entidad territorial no puede decidir sobre el uso del suelo, pues no tiene poder de veto. Entonces perdería su facultad constitucional.

Teniendo claro lo anterior, se pasará a revisar la segunda regla.

• *En segundo lugar, el análisis de vaciamiento debe estar encaminado a determinar si la limitación en las facultades y atribuciones del órgano territorial repercute en el objeto institucional de la entidad. A mayor restricción, mayor vaciamiento⁸⁰.*

En este caso es conveniente preguntar ¿la limitación en las facultades y atribuciones del órgano territorial repercute en el objeto institucional de la entidad? Para responder a la pregunta anterior es necesario analizar el postulado de la Sentencia SU-095 de 2018 de la Corte Constitucional, a la luz de los artículos 287 y 288 de la Constitución, así:

Constitución Política	Limitaciones a las facultades de las entidades territoriales
Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.	
Artículo 288. La ley orgánica de	Sentencia SU-095 de 2018

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-105 de 2013.

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.

Inexistencia de poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables.

Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

*Fuente: Elaboración propia

Si las entidades periféricas no tienen poder de veto frente a la minería, no se estaría aplicando el principio de coordinación, pues las autoridades deben concertar sus actuaciones y realizar esfuerzos conjuntos dirigidos a un mismo objetivo. Limitar las facultades de las citadas entidades, impide que ordenen el desarrollo del territorio y así se superpone el interés nacional sobre el territorial.

El prohibir a las entidades territoriales ejercer sus competencias, les imposibilita tener una gestión de sus propios intereses y en consecuencia un vaciamiento total de las mismas. Es así como se pasará a revisar la siguiente regla.

- *“La evaluación no sólo debe estar encaminada a definir el nivel de restricción sino también a su justificación y razonabilidad”.*

Al respecto, la sentencia de la Corte Constitucional T-154 de 2013, establece:

“Al efecto, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano, y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin, mediante la participación en la toma

de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros”.

En consecuencia, la participación de la entidad territorial en la decisión de la entrada de la minería a su territorio para promover su ordenamiento es fundamental pues le compete determinar qué zonas deben protegerse para garantizar el derecho a un medio ambiente sano. Igualmente es importante revisar lo establecido en la Sentencia C-035 de 2016, la cual dice:

“En esa medida, la Carta Política consagra la libertad económica como un derecho susceptible de ser limitado en aquellas situaciones en que pueda verse comprometido con fines constitucionalmente valiosos, dentro de los cuales se destaca el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico. Lo anterior supone, entonces, que el mencionado equilibrio entre ambos bienes jurídicos debe ser conciliado en cada caso particular, con el fin de evitar que en abstracto uno prevalezca sobre el otro”. (Subrayado fuera de texto)

Así es conveniente preguntarse, cómo lograr un equilibrio entre los intereses económicos de la Nación y la participación de una entidad territorial en esta decisión, para proteger su derecho a un medio ambiente sano.

Al respecto es importante revisar lo establecido en la Sentencia T-445 de 2016, en la cual se dijo:

“En igual medida, el artículo 313 señala que los concejos deben dictar las normas necesarias para garantizar el “control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico municipal”, y el artículo 300 atribuye a las asambleas la competencia para “expedir las disposiciones relacionadas con el ambiente”. Por ello esta Corporación ya había establecido que en materia ambiental en general las competencias ambientales entre los distintos niveles territoriales son en general concurrentes y no exclusivas”.

De esta forma, la participación de la entidad periférica en la decisión de la entrada de la minería a su territorio es en ejercicio del principio de concurrencia y así se garantiza el derecho a un medio ambiente sano.

En conclusión, hay un vaciamiento de competencias a la entidad territorial cuando no se le permite decidir libremente sobre la entrada de la minería a su territorio.

Finalmente, se considera necesario pasar a revisar los mecanismos de participación de la comunidad en la minería.

Capítulo 3

El papel de la entidad territorial en la minería

Después de revisar los principios con los cuales se puede entender el choque competencial existente entre la Nación y el Territorio en la minería, es importante preguntarse: ¿qué papel desempeña la entidad territorial en la minería? De otra parte, se ha visto que hay un nuevo actor en el debate y es la ciudadanía. Esta participación se ha fortalecido a través de las consultas populares, sin embargo, éstas han sido limitadas por parte de la jurisprudencia constitucional.

3.1) Reconfigurando la institucionalidad: el papel de las entidades territoriales en las decisiones mineras

Al respecto es necesario profundizar sobre la entidad territorial fundamental del ordenamiento jurídico colombiano, como es el municipio. Es así como se entiende por entidad territorial, las personas jurídicas de derecho público, que componen la división político-administrativa del Estado, gozando de autonomía en la gestión de sus intereses. Son entidades territoriales los departamentos, los municipios, los distritos y los territorios indígenas y eventualmente, las regiones y provincias⁸¹.

El artículo 311 de la Constitución, ha establecido que el municipio es la entidad fundamental de la división política -administrativa del Estado. Al municipio le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la

⁸¹ **Artículo 286 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** 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.

participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes⁸².

Es así como el municipio es parte de la división territorial del Estado, creado con la finalidad de ejercer mediante sus propios órganos, una serie de funciones y atribuciones, dentro de un determinado territorio y sobre una población específica. Se puede afirmar, que el camino correcto para analizar esta entidad territorial es a partir de sus elementos principales. Se ha establecido que presentan tres componentes esenciales: el territorio, la población y el aparato de gobierno y administración⁸³.

En cuanto al **territorio** se tiene que es un elemento esencial del municipio y que determina su extensión. En ese orden de ideas, el territorio delimita una porción del Estado, en donde las autoridades municipales podrán ejercer sus competencias. De otra parte, los intereses municipales y las necesidades locales están definidos por el ámbito territorial. Asimismo, las políticas públicas se trazan para ser aplicadas en dicho territorio. Adicionalmente, las autoridades locales se eligen con base en esa circunscripción territorial y las normas de rango municipal tendrán validez sólo en ese territorio⁸⁴.

El estudio del municipio se interrelaciona con las demás entidades territoriales. Es así como para su estudio, es necesario tener en cuenta a los departamentos, pues son los que se encuentran a cargo del nacimiento, modificación y extinción del municipio⁸⁵.

De otra parte, la **población** puede ser definida como el *“conjunto de personas que habitan un determinado lugar o en una división geográfica delimitada”*⁸⁶. Es así

⁸² Paula Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.216.

⁸³ Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.218.

⁸⁴ Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.219.

⁸⁵ **Artículo 300 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...)6. Con sujeción a los requisitos que señale la Ley, crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales, y organizar provincias.

⁸⁶ Página Web de la Real Academia Española, disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=TSMclLh>>.

como en el municipio se ejercen potestades y competencias, respecto de todas las personas que se encuentren en el territorio municipal, bien sea de forma permanente o transitoria⁸⁷.

De otra parte, los individuos que conforman el elemento poblacional de un municipio cuentan con una serie de derechos y deberes reconocidos constitucionalmente⁸⁸.

De otra parte, la Constitución estableció un régimen de **gobierno** municipal que se ejerce mediante una estructura básica aplicable a todos los entes municipales, que consiste en un alcalde⁸⁹ y en un Concejo municipal^{90, 91}.

De los tres elementos presentados que conforman la esencia de la entidad territorial, es importante profundizar sobre el ordenamiento del **territorio** municipal, lo anterior pues así permite la participación en las decisiones mineras.

Al respecto, el legislador estableció que el POT expedido por cada municipio, es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenación del territorio municipal, según lo establecido por el artículo 9 de la Ley 388 de 1997. Lo anterior, toda vez que se define a largo y a mediano plazo, un modelo de organización, ocupación y transformación del territorio local. Asimismo, se señalan las actividades que debe cumplir la entidad territorial con miras a regular y utilizar el área del municipio y los recursos que hay en ella. En consecuencia, la autoridad

⁸⁷ Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.221.

⁸⁸ Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.221.

⁸⁹ **Artículo 314 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente. Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes. La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución. (Artículo modificado por Acto Legislativo 2/2002).

⁹⁰ **Artículo 312 de la Constitución Política, Gaceta Constitucional No.116 del 20 de julio de 1991.** En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para periodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de siete, ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva. La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones. Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta. (Inciso primero modificado por Acto Legislativo 2/2002. Artículo 312)

⁹¹ Robledo Silva, *Autonomía Municipal...*, p.224.

municipal es la instancia más adecuada para atender de manera eficiente a la población local⁹². Sin embargo y como se dijo anteriormente, es una entidad débil, pues depende del contenido que dé la ley al principio de Autonomía Territorial.

Es importante tener en cuenta que una de las tareas del POT es promover la armoniosa concurrencia entre la Nación y las entidades territoriales. Al respecto es importante citar el artículo 38 del Código de Minas, el cual establece:

“Ordenamiento Territorial. En la elaboración, modificación y ejecución de los planes de ordenamiento territorial, la autoridad competente se sujetará a la información geológico-minera disponible sobre las zonas respectivas, así como lo dispuesto en el presente Código sobre zonas de reservas especiales y zonas excluibles de la minería”.

Es decir este artículo establece la obligación para la entidad territorial de sujetarse a la información geológica minera disponible y a lo dispuesto en la normatividad minera sobre zonas de reservas especiales y zonas excluibles de la minería. Es así como las entidades territoriales deberán acatar este artículo al momento de realizar su plan de ordenamiento territorial.

Ahora bien, se pasará a revisar el derecho a la participación a través de las consultas populares, pues se considera esencial para proteger los derechos de las poblaciones afectadas por la actividad minera.

3.2) Un nuevo actor en el debate: la ciudadanía y la participación democrática mediante consultas populares

Es importante revisar el derecho a la participación el cual se ha venido desarrollando en la minería, a través de las consultas populares. Es así como diferentes poblaciones han decidido intervenir en las decisiones mineras a través de este derecho.

⁹² Santaella Quintero, Héctor, “Un territorio y tres modelos de gestión: análisis de la necesidad de armonizar y constitucionalizar las competencias urbanísticas, ambientales y mineras sobre el territorio”, en Juan Carlos Henao y Sebastián Díaz Ángel, *Minería y Desarrollo: Historia y Gobierno del Territorio Minero*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, Tomo 5, 2016, p.172.

Es importante precisar que de acuerdo con los datos encontrados en la página Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, desde 1999 hasta el 2011, se realizaron 16 consultas populares en diversos temas. Al promediarlas se encuentra que se realizó menos de una consulta popular al año, en 12 años.

Desde el 2013 hasta el 2018, se han efectuado, de acuerdo con los datos encontrados, 11 consultas populares relacionadas con las actividades de exploración y explotación de Recursos Naturales no Renovables⁹³.

De acuerdo con lo anterior, se puede observar que la consulta popular de Piedras – Tolima, marcó una tendencia pues de un lado, a partir de ese año todas las consultas populares fueron sobre el mismo tema, la entrada de la minería y de hidrocarburos a un territorio. De otra parte, al dividir las anualmente, se encuentra un promedio de 2 consultas populares por año, en 5 años. Por tanto, aumenta el uso del instrumento de participación y adicionalmente es de mencionar que la mayoría de estas consultas, sus resultados arrojaron un contundente no a las actividades de exploración y explotación de Recursos Naturales no Renovables.

Ahora bien, la Consulta Popular se encuentra consagrada en los artículos 103 a 106 de la Constitución Política y regulada en las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015.

La Sentencia T-445 de 2016, de la Corte Constitucional, define la Consulta Popular, así:

⁹³ Las siguientes consultas se realizaron desde el 2013 hasta el 2018, en todas se debatía la entrada de la minería en un territorio: en el 2013 se realizaron las consultas populares de Piedras - Tolima y Tauramena - Casanare. En el 2014 Monterrey- Casanare (el texto de la pregunta fue declarado constitucional mediante sentencia del Tribunal Administrativo del Casanare del 4 de septiembre de 2018, expediente No.85001-2333000-2018-00090-00). En el 2017 Arbeláez y Cabrera, en el departamento de Cundinamarca, Cumaral-Meta (amparo concedido a sociedad accionante por Sentencia SU-095 de 2018 de la Corte Constitucional), Pijao- Quindío, Jesús María – Santander, Sucre – Santander, Cajamarca – Tolima. Finalmente en el 2018 Fusagasugá – Cundinamarca. Consultado el 13 de febrero de 2020, en la Página Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil: <<https://www.registraduria.gov.co/-Consulta-Popular-2017-.html>>.

“De esta manera, es claro que una Consulta Popular, es, ante todo, una manifestación de voluntad política, que posteriormente, y de manera diferida e independiente produce una norma jurídica” (...)

Es así como la Consulta Popular, es un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de importancia nacional o territorial, es sometida por la autoridad competente, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. En cualquier caso, la decisión tomada siempre será obligatoria.

Ahora bien, se revisarán las normas que rigen el tema.

- *Normatividad de la Consulta Popular*

Es importante revisar las normas que regulan el tema, lo cual se hará a través de una comparación entre la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015. Es así como se subrayan los aspectos a destacar, sus diferencias y semejanzas.

- Semejanzas:

- Las normas establecen que la decisión tomada en la votación será obligatoria, cuando la pregunta sometida a votación obtiene el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.
- Asimismo, cuando se adopte una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva.
- Finalmente, coinciden en que cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones y a más tardar en el período siguiente.

- Diferencias:

Si vencido el plazo señalado anteriormente el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el presidente de la República, el gobernador, el alcalde, o el funcionario respectivo deberá:

- En la Ley 134 de 1994:	- En la Ley 1757 de 2015:
Dentro de los tres (3) meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso, el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres (3) meses.	Dentro de los quince (15) días siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En esta circunstancia, el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de dos (2) meses.

*Fuente: elaboración propia

Ahora bien, teniendo claro lo anterior, es importante preguntarse si existe una ley, en la cual se garantice el derecho a la participación, cuando se va a realizar un proyecto minero en un determinado territorio.

Anteriormente la Ley 136 de 1994, por medio de la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, establecía en su artículo 33 lo siguiente:

“Usos del suelo. 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”.

Sin embargo este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional con la Sentencia C-053 de 2019, pues consideró que transgredió el artículo 105 superior, regulando una materia de ley orgánica.

De igual manera, argumenta la Corte Constitucional en la citada Sentencia, que al establecer una consulta popular obligatoria transgrede lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución Política, pues este artículo consagra la posibilidad de utilizar el mecanismo, por lo que una imposición de este tipo desconoce el principio de autonomía territorial consagrado en los artículos 1 y 287 de la Carta Política.

Teniendo claro lo anterior, se realizará un estudio sobre dos (2) consultas populares, realizadas en los municipios de Piedras y Cajamarca, Tolima, que se han opuesto a la entrada de la minería, a pesar que estos territorios tienen un potencial minero importante.

- *Consultas Populares de Piedras y Cajamarca - Tolima*

En la siguiente tabla comparativa, se presentan los principales datos de las citadas consultas populares, convocadas por sus respectivos Alcaldes Municipales, así:

Consulta Popular de Piedras, Tolima⁹⁴	Consulta Popular Cajamarca, Tolima⁹⁵
El 28 de julio de 2013, los habitantes de Piedras, Tolima, votaron por el No a la minería en su territorio.	El 26 de marzo de 2017, los habitantes de Cajamarca, Tolima, votaron por el No a la minería en su territorio.
En Piedras, el censo electoral era de 5.105 personas.	En Cajamarca, el censo electoral era de 16.312 personas.
Para que la votación fuera valida, exigía la participación de la tercera parte del Censo Electoral, es decir 1.702 ciudadanos.	Para que la votación fuera valida, exigía la participación de la tercera parte del Censo Electoral, es decir de 5.438 ciudadanos.
De acuerdo con el escrutinio, se registraron 2.995 votos válidos que representan más de la tercera parte del censo electoral.	De acuerdo con el escrutinio, se registraron 6.296 votos válidos que representan más de la tercera parte del censo electoral.
Del total de votos válidos depositados en la consulta, 2971 votos fueron por el No y 24 votos fueron por el Sí.	Del total de votos válidos depositados en la consulta, 6.165 dijeron que No, mientras que solo 76 dieron un voto afirmativo.
Acuerdo No.011 del 28 de agosto de 2013,	Acuerdo No.003 de mayo de 2017, adopta

⁹⁴ Página Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, consultada el 22 de julio de 2017: <[http://www.registraduria.gov.co/-Consulta-popular-municipio-Piedras->](http://www.registraduria.gov.co/-Consulta-popular-municipio-Piedras-).

⁹⁵ “Cajamarca votó masivamente en contra de la minería”, en *Portafolio*, Colombia, 26 de marzo de 2017, consultado el 17 de julio de 2017 en: <<http://www.portafolio.co/economia/cajamarca-decide-en-consulta-popular-sobre-explotacion-minera-504434>>.

adopta la decisión tomada en la consulta popular.	la decisión tomada en la consulta popular.
---	--

*Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, es necesario tener en cuenta el artículo 287 de la Constitución, que establece que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, y tienen el derecho a ejercer las competencias que les correspondan.

Por su parte, el artículo 334 de la Constitución, previamente citado, establece que el Estado intervendrá en la actividad minera.

Ahora bien, es necesario recordar que de acuerdo con la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015⁹⁶, la decisión tomada por el pueblo en la consulta será obligatoria. Lo anterior significa que ¿Piedras y Cajamarca, Tolima, son municipios excluidos de la minería?

Para responder a esta pregunta, se procederá a revisar los efectos de las Consultas Populares en estudio.

- *Efectos de las consultas populares de Piedras y Cajamarca, Tolima*

Si bien es cierto las normas sobre la consulta popular establecen que la decisión tomada por el pueblo será obligatoria, la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-095 de 2018, concluye que no son el mecanismo para participar en minería. Por lo anterior, es necesario revisar si estos resultados están vigentes actualmente.

Es así como, al revisar la página Web de una de las empresas mineras con proyectos en Tolima para la exploración y explotación de oro, se encuentra que se suspendió el proyecto minero que allí existía. De acuerdo con la empresa, la razón

⁹⁶ Estas normas coinciden en afirmar que cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones y a más tardar en el período siguiente. (Ley 134 de 1994, artículos 54 y 55 y Ley 1757 de 2015 artículos 41 y 42).

es la Consulta Popular efectuada en Cajamarca. Asimismo, se informa sobre las significativas inversiones efectuadas por la empresa en el área⁹⁷.

De otra parte, se revisó el Catastro Minero Colombiano encontrando que tanto los títulos como las solicitudes que existen actualmente en Cajamarca, Tolima, se presentaron con anterioridad a la Consulta Popular de 2017, en la cual la población se pronunció por el No a la realización de proyectos y actividades mineras en su territorio.

De esta forma, se tiene que se han otorgado treinta y tres (33) títulos mineros en Cajamarca, Tolima. Igualmente se consultaron las solicitudes de títulos mineros encontrando setenta y uno (71). De otra parte, en el municipio de Piedras, Tolima, no existen ni títulos, ni solicitudes para el mineral Oro⁹⁸. Se aclara que Piedras, Tolima, se pronunció por el No a la minería aurífera.

Por tanto, actualmente las consultas populares de Piedras y Cajamarca Tolima, están surtiendo efectos.

Sobre el tema Gonzalo Ramírez Cleves y Floralba Padrón, establecieron cuatro circunstancias por las cuales se ha dejado de utilizar este mecanismo de participación, las cuales son⁹⁹:

1. La negativa de algunos tribunales contencioso administrativos en la declaratoria de constitucionalidad de dichos procedimientos.
2. La suspensión de procesos de consulta por acciones de tutela.
3. La advertencia a través de los conceptos del Ministerio de Minas y Energía de que dicha potestad no hace parte de la competencia de los municipios.

⁹⁷ Se consultó la página Web de la sociedad AngloGold Ashanti Colombia en octubre de 2019, sobre el proyecto minero La Colosa, en la cual informan sobre la suspensión de las actividades en Cajamarca, Tolima, disponible en: <<https://www.anglogoldashanticolombia.com/proyectos/la-colosa/>> y

<<https://www.anglogoldashanticolombia.com/comunicado-oficial-la-colosa/1719/>>
⁹⁸ Se consultó la Página Web de la Agencia Nacional de Minería, Catastro Minero Colombiano, el 18 de octubre de 2019, disponible en: <<http://www.cmc.gov.co:8080/CmcFrontEnd/consulta/listaResultado.cmc>>.

⁹⁹ Gonzalo Ramírez Cleves y Floralba Alejandrina Padrón Pardo, "La Consulta Popular frente a proyectos de exploración y explotación minera", en Juan Carlos Henao y Ana Carolina González Espinosa, *Minería y Comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2016, p.451.

4. La apertura de investigaciones disciplinarias por la Procuraduría General de la Nación.

Al respecto concluyen los citados autores:

“Teniendo en cuenta lo anterior consideramos que no se debe interpretar que los alcaldes y municipios no tienen la competencia de llevar a cabo consultas populares en temas mineros, ya que esta interpretación vulnera por una parte el derecho fundamental a la participación ciudadana en los intereses que le conciernen, y por otra el presupuesto planteado por la Corte Constitucional de que se debe acordar entre la Nación y los municipios dicha explotación por la posible vulneración del medio ambiente, las cuencas hídricas y la salud, y las actividades socioeconómicas tradicionales de los municipios”¹⁰⁰.

Al respecto se considera importante revisar las preguntas de las citadas consultas populares, toda vez que en ellas se refleja la preocupación de la población territorial y en consecuencia el desacuerdo con las decisiones de la Nación.

- *Revisión de las preguntas de las consultas populares de Piedras y Cajamarca, Tolima*

Es así como en la siguiente tabla se presentan las preguntas realizadas en las Consultas Populares de Piedras y Cajamarca, Tolima, con el fin de revisar la intención de la comunidad.

Pregunta Consulta Popular Piedras, Tolima	Pregunta Consulta Popular en Cajamarca, Tolima
“Está de acuerdo, como habitante del municipio de Piedras, Tolima, <u>que se realicen en nuestra jurisdicción actividades de exploración, explotación, tratamiento, transformación, transporte, lavado de materiales, provenientes de las actividades de explotación minera aurífera a gran escala, almacenamiento y el empleo de materiales nocivos para la salud y el medio ambiente, de manera específica el cianuro y/o cualquier otra sustancia o material peligroso asociado a dichas actividades y se utilicen las aguas</u>	“¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que en el municipio de Cajamarca se ejecuten proyectos y actividades mineras?” ¹⁰²

¹⁰⁰ Ibídem, p.460.

¹⁰² “Cajamarca votó” en *Portafolio*, Colombia, consultada el 02 de octubre, 2017 en: <http://www.portafolio.co/economia/cajamarca-decide-en-consulta-popular-sobre-explotacion-minera-504434>.

<i>superficiales y subterráneas de nuestro municipio en dichos desarrollos o en 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.¹⁰¹</i> (Subrayado fuera de texto)	
---	--

*Fuente: Elaboración propia

Al respecto resulta importante analizar la pregunta planteada en la Consulta Popular de Piedras, Tolima, debido a que en ella se incluyen los materiales nocivos para la salud, utilizados en la explotación minera, como el cianuro.

Sobre el tema, es necesario precisar que la Ley 1658 de 2013, establece la reducción y eliminación del uso del mercurio en la industria y propone que las universidades dentro del marco de su autonomía realicen investigaciones que permitan el logro de este objetivo. De otra parte, se ha establecido que el cianuro es altamente tóxico y perjudicial para la salud¹⁰³.

La primera parte de la pregunta de Piedras, así como la pregunta de Cajamarca, cuestionan sobre el acuerdo de la población frente a la actividad minera en su territorio. Es decir, las preguntas comprenden materias en las cuales el Estado, podrá intervenir como director de la economía.

Asimismo, la consecuente afectación del agua potable y la afectación de la economía del lugar, pues son municipios de vocación agrícola y ganadera¹⁰⁴.

¹⁰¹ Página Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, consultada en enero de 2020, en: <<http://www.registraduria.gov.co/-Consulta-popular-municipio-Piedras->>.

¹⁰³ Según el Diccionario de la Real Academia Española, el significado de cianuro es: sal del ácido cianhídrico, de toxicidad elevada y el de tóxico es: envenenar, emponzoñar, intoxicar. Consultado el 30 de octubre de 2017 en: <<http://www.rae.es/consultas-linguisticas>>.

¹⁰⁴ Es importante tener en cuenta que en la página Web del municipio de Piedras, Tolima, <http://www.piedras-tolima.gov.co/informacion_general.shtml#economia> se establecía como patrimonio ecológico el Río Opia, y decía: “Patrimonio Ecológico y turístico: En Piedras se cuenta con el Río OPIA lugar en el que parece como si la naturaleza se hubiera ensañado por dejar más de 200 piscinas naturales, que soportan crecidas de agua enormes y como caso curioso conservan siempre su profundidad, la que en algunos casos supera los 7 mts”. Por su parte, en la Página Web, del municipio de Cajamarca, Tolima, <<http://www.cajamarca-tolima.gov.co/>> se establecía sobre la economía del lugar: “Municipio considerado como “la despensa agrícola de Colombia” y por consiguiente la base de su economía. Los suelos son francos, franco – arenosos y arenosos ricos en materia orgánica. Se practica una agricultura de ladera intensa diversa. Entre los productos principales tenemos: Arracacha (primer productor a nivel nacional), café, frijol, arveja, maíz, fruta de clima templado y frío como tomate de árbol, curuba, granadilla, mora, uchuva, breva, naranja, etc. Es el primer productor departamental de hortalizas”. Páginas Web consultada el 5 de julio de 2017.

Sobre este aspecto la Contraloría General de la República, en su informe del año 2013¹⁰⁵, dijo:

“El daño al agua ocurre de dos maneras principales: la primera se relaciona con el hecho de que las rocas que se constituyen en los desechos mineros poseen altas cantidades de sulfuros que generan acidez cuando son expuestos al aire, y la segunda con la adición de elementos químicos altamente contaminantes como el cianuro que generan residuos muy alcalinos”.

Al respecto, la Contraloría toma como ejemplo un estudio de impacto ambiental de la empresa Greystar, para el proyecto de minería a cielo abierto en el Páramo de Santurbán, es así como concluye:

“Este hecho adquiere especial relevancia cuando los yacimientos mineros se ubican aguas arriba de las captaciones de agua del sistema de acueducto de Bucaramanga, situación que ilustra la inconveniencia de la actividad minera de metálicos (oro, plata o cobre) dentro de cuencas abastecedoras de agua”¹⁰⁶.

Asimismo, el citado informe establece la necesidad de tomar consciencia por parte de quienes toman decisiones sobre la minería a nivel nacional, regional y local, de las consecuencias de la actividad minera pues este material se dispondrá en los valles cordilleranos del país, en el Choco biogeográfico y en algunos lugares de la Amazonía.

Igualmente, no se debe olvidar que la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-294 de 2014, estableció que el tratamiento justo y la participación significativa supone igualdad de las cargas en las consecuencias ambientales negativas, como resultado de las operaciones económicas que se ejecutan en un territorio.

Por tanto, la protección al medio ambiente y el derecho a la participación de la comunidad son derechos que deben ser garantizados, sin embargo, es necesario tener en cuenta que la actividad minera es una actividad considerada de utilidad

¹⁰⁵ Mauricio Cabrera Leal y Julio Fierro Morales, “Implicaciones Ambientales y Sociales del Modelo extractivista en Colombia”, en Luis Jorge Garay, Director de Investigación, *Minería en Colombia, derechos, políticas públicas y gobernanza*, Bogotá, D.C., Contraloría General de la República, 2013, p.104.

¹⁰⁶ Ídem.

pública, de acuerdo con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 685 de 2001¹⁰⁷, actual Código de Minas.

De esta forma, la Corte Constitucional dejó claro que no hay derecho de veto por parte de las entidades territoriales. Sin embargo, como se ha visto la posición de la jurisprudencia sobre el tema ha sido variable. Adicionalmente, existe una ausencia de actividad legislativa sobre el tema.

Finalmente es necesario decir que las técnicas utilizadas para hacer minería deben ser vigiladas por el Estado y adicionalmente, se deben investigar los materiales utilizados para hacer actividades de exploración y explotación mineras, verificando que los mismos no vulneren los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la población.

¹⁰⁷ Congreso de la República, artículo 13 de la Ley 685 de 2001, 15 de agosto. Diario oficial No. 44.545. *Utilidad pública*. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. (...)

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se considera que la entidad territorial, no sólo puede, sino debe participar en la decisión de la entrada de la minería a su territorio, pues su ordenamiento hace parte de sus atribuciones constitucionales. Se considera que esta respuesta es importante, pues tanto las instituciones gubernamentales como la Corte Constitucional tienden a negar o limitar la participación de esta entidad.

En cualquier caso, siendo que la Constitución Política de Colombia reconoce los derechos a la participación, a la libertad de expresión y al debido proceso, la intervención del territorio en su economía, no es más que un desarrollo de éstos.

Se considera que esta respuesta tiende a ser negativa por las debilidades del modelo de ordenamiento territorial colombiano en la Constitución Política, toda vez que el desarrollo del principio de autonomía territorial se limita a lo establecido por la norma Superior y la ley.

Sin embargo la tensión entre el principio de Estado unitario y el de autonomía territorial, debe ser resuelta a través de la coordinación, la concurrencia y la subsidiariedad. Una verdadera democracia supone el desarrollo del principio de autonomía territorial.

Lo anterior pues este principio permite tomar una decisión, con fundamento en los fines sociales del Estado, como son la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable. Siendo que el municipio es la entidad fundamental del ordenamiento territorial colombiano, por su cercanía con los derechos de la población y el territorio, es prioritaria su participación en la decisión de la entrada de la minería a su territorio. Aunque es necesario enfatizar que la propiedad de los recursos naturales es del Estado, como concepto que incluye a las entidades territoriales.

De ahí la importancia de los acuerdos a los cuales deberían llegar Centro y Periferia. Al mismo tiempo, cabe destacar que el municipio es una entidad muy débil y con poca capacidad de respuesta frente a las decisiones del Estado.

De otra parte, debe de ser una Ley Orgánica la que decida el tema. Esto es así, toda vez que este tipo de norma pretende proteger las competencias fundamentales de las entidades territoriales, como la reglamentación del uso del suelo y de ahí la democracia.

Ahora bien la Corte Constitucional durante el 2019, determinó que las Consultas Populares no son el mecanismo de participación idóneo para definir la entrada de la minería a un territorio, sin embargo las consultas realizadas con anterioridad están surtiendo efecto.

Según lo expuesto en precedencia, conviene enfatizar sobre las inquietudes de la población en las Consultas Populares efectuadas. Esto es así, pues se encuentra una preocupación por el medio ambiente, el agua y las consecuencias que la actividad minera genera en el suelo. Se subraya que se considera que las decisiones del gobierno, el legislador y los jueces deberían ser inclusivas, buscando un equilibrio entre el derecho a la participación y el derecho al desarrollo económico. Por supuesto en todas las decisiones se debe proteger el interés general¹⁰⁸.

Consecuentemente, en un Estado Social de Derecho se debe garantizar el derecho de participación como desarrollo del principio de Autonomía Territorial y así respetar las decisiones que se toman con los mecanismos de participación

¹⁰⁸ Ver Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005, p.241, cuando dice: “*Las voluntades individuales y colectivas deben tomar parte activa en los procesos de decisión de todos los niveles: regional, estatal, supranacional e internacional*”.

ciudadana. Pero, es prioritario alcanzar acuerdos entre el Estado y la entidad territorial.

Adicionalmente se encuentra significativo revisar el porqué del descontento de las poblaciones. Se piensa que se debe analizar cómo se encuentran actualmente los territorios mineros en cuanto a la consecución de los fines sociales del Estado. Esto puesto que la negativa a aceptar la entrada de esta actividad a un territorio, refleja claramente su rechazo.

Por consiguiente, es de recordar que la Corte Constitucional ha determinado que debe existir una igualdad en las cargas en las consecuencias ambientales negativas que sean resultado de las operaciones económicas que se ejecutan en un territorio. Así cuando se ejecuta la minería en un área, la población debe soportar los daños irreversibles que genera esta actividad. En consecuencia, no hay igualdad en las cargas ambientales negativas.

En efecto uno de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas que se encuentra relacionado con la actividad minera es el que busca garantizar la disponibilidad del agua, su gestión sostenible y el saneamiento para todos. De modo que actualmente el reparto del agua no es el adecuado y para el año 2050 se espera que al menos un 25% de la población mundial viva en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce¹⁰⁹. Por consiguiente el recurso hídrico merece especial protección, razón por la cual debe realizarse una ponderación entre la protección al agua y el desarrollo económico a través de la minería.

Después de lo cual, se encuentra que la reducción de la desigualdad, es otro de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas que se relaciona con el tema. De modo que existe un consenso que establece que el crecimiento económico no es suficiente para reducir la pobreza si éste no es inclusivo.

¹⁰⁹ Consultado en la página de las Naciones Unidas el 2 de marzo de 2020, Objetivos de Desarrollo Sostenible, disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>>

Además indica que se deben tener en cuenta las tres dimensiones del desarrollo sostenible como son lo económico, lo social y lo ambiental¹¹⁰. En consecuencia el crecimiento económico no puede excluir la participación ciudadana y la protección al medio ambiente.

De la misma forma se considera importante revisar lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de enero de 2019, sobre la ruptura de un dique de contención de residuos mineros manejado por la empresa minera Vale S.A. en la ciudad de Brumadinho, en el estado de Minas Gerais, Brasil, el 25 de enero de 2019:

“[E]l Estado de Brasil debe asegurar inmediatamente la participación efectiva de las personas y comunidades afectadas como de sus movimientos en la gestión de esta terrible tragedia socio ambiental; ello aun cuando existan normas, como el Decreto 9691 del Consejo Interministerial para la Supervisión de Respuestas a Desastre, que no contemplen tal participación”¹¹¹.

En otras palabras la Comisión Interamericana de Derechos Humanos obliga a la comunidad a participar y establece que la responsabilidad del Estado surge por la falta de regulación, como ocurre actualmente en Colombia y dice:

“Cabe recordar que la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 23-17 indicó que: “En el marco de la protección del medio ambiente, la responsabilidad internacional del Estado derivada de la conducta de terceros puede resultar de la falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de estos terceros que causen daño al medio ambiente”¹¹².

Entonces, se deben revisar las pautas que los organismos internacionales han venido estableciendo sobre la minería como industria y la participación de la comunidad, toda vez que existen diferentes casos en el ámbito internacional que se podrían examinar para aprender y reflexionar sobre ellos en la situación colombiana¹¹³.

¹¹⁰ Consultado en la página Web de las Naciones Unidas el 2 de marzo de 2020, Objetivos de Desarrollo Sostenible, disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/inequality/>>

¹¹¹ Consultado en la página Web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 2 de marzo de 2020, Comunicados de Prensa 2019, disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/019.asp>>

¹¹² Ídem.

¹¹³ Un ejemplo de lo anterior, es el caso Bristol Bay en Estados Unidos.

Por último y en pocas palabras se considera que existen suficientes fundamentos en la Constitución Política de Colombia, que admiten la participación del territorio en la minería y cuya finalidad debe ser alcanzar un acuerdo con el Estado sobre las consecuencias de esta decisión.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 11001032600020130016200 (49150), sep.

C. P. Hernán Andrade. Suspensión provisional del Decreto 934 de 2013.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá,

D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015), Radicación núm.:

11001032400020150016300. Suspensión provisional del Decreto 2691 de 2014.

Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2013

Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2014

Corte Constitucional, Sentencia C-273 de 2016

Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016

Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 2016

Corte Constitucional, Sentencia C-273 de 2016

Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016

Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 2018

Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 2019

Doctrina

Cabrera Leal, Mauricio y Fierro Morales, Julio, *Minería en Colombia, Derechos, políticas públicas y gobernanza: Implicaciones Ambientales y Sociales del Modelo extractivista en Colombia*, Bogotá, D.C., Contraloría General de la República, Luis Jorge Garay, Director de Investigación, 2013.

Hernández Becerra, Augusto, *Del municipio, sus reformas y la paz ¿Unitaria o federal? Estudios sobre la configuración del nivel intermedio en Colombia y algunas referencias internacionales*, Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.

- Noticias RCN. *Habitantes de Piedras (Tolima) rechazaron la minería*. Disponible en: <http://www.noticiascn.com/nacional-regiones-centro/habitantes-piedras-tolima-rechazaron-mineria>, 28 de julio de 2013.
- Pimiento, Julián Andrés, *La propiedad del subsuelo en el derecho colombiano. Aportes para un concepto*, en: Henao, Juan Carlos y Díaz, Sebastián (Eds.) Minería y Desarrollo. Historia y Gobierno del territorio minero. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Ramírez Cleves, Gonzalo y Padrón Pardo, Floralba Alejandrina, *La Consulta Popular frente a proyectos de exploración y explotación minera*. En: Juan Carlos Henao y Ana Carolina González Espinosa (Eds.). Minería y Comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Registraduría Nacional del Estado Civil (s.f.). *Consultas Populares: mecanismo de participación creado por la Ley 134 de 1994*. Disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/Consultas-populares-mecanismo-de.html>.
- Robledo, Paula, *La autonomía municipal en Colombia*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Robledo, Paula, *La ley orgánica de ordenamiento territorial: ¿una asignatura pendiente? Serie Documentos de Trabajo, N° 31*. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Robledo, Paula, *Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera*, en: Henao, Juan Carlos y Díaz, Sebastián (Eds.), Minería y Desarrollo. Historia y Gobierno del territorio minero. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Santaella, Héctor, *Un territorio y Tres modelos de Gestión: análisis de la necesidad de armonizar y constitucionalizar las competencias urbanísticas, ambientales y mineras sobre el territorio*, en: Henao, Juan Carlos y Díaz, Sebastián (Eds.), Minería y Desarrollo, Historia y Gobierno del territorio minero, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2016.

Santofimio, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ª Edición. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007.

Zambrano-Cetina William, *El concepto de Autonomía Territorial en Colombia. Avances y retrocesos en la legislación y en la jurisprudencia*, Carta de Noticias de la Procuración General de Buenos Aires, 17, No.2, disponible en <http://studylib.es/doc/372416/descargar---gobierno-de-la-ciudad-aut%C3%B3noma-de-buenos-aires>, 2014.