

Régimen constitucional de explotación de recursos naturales no renovables

Alejandro Linares Cantillo

12 de mayo de 2017

Plan de temas

I. Régimen constitucional

- A. Fuentes: Constitución Política, la ley y la jurisprudencia constitucional
- B. Caracterización del régimen constitucional

II. Jurisprudencia constitucional

- A. Licencia Social para Operar (LSO)
- B. Relaciones inter-estatales (Art. 288 de la CP)
- C. Relaciones Estado, empresas y comunidades locales o étnicas
- D. Constitución ecológica
- E. Impacto de decisiones en el licenciamiento minero y ambiental

III. Conclusiones

I.A. Régimen constitucional –Fuentes: Constitución Política, la ley y la jurisprudencia constitucional

Constitución Política: Contenido constitucional prefijado:

- **Constitución ecológica:** Art. 79 CP –Derecho a gozar de un ambiente sano y participación de las comunidades en las decisiones que puedan afectarlo. Art. 80 CP –Planeación del manejo y aprovechamiento de recursos naturales, para garantizar desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución.
- **Constitución económica:**
 - a. Art. 332 CP –Atribución propiedad del subsuelo (Art. 101 y 102 CP) –Recursos naturales.
 - b. Art. 334 CP –Mandato de intervención.
 - c. Art. 360 CP –Mandato de causación de regalías.
 - d. Art. 361 CP –Finalidades de la destinación de las regalías.
- **Constitución cultural:** Art. 330 CP –Mandato de respeto de la integridad cultural, social y económica.
- **Constitución territorial:** Art. 288 y 313 CP –Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Competencia para reglamentar usos del suelo.

Intervención del Estado por mandato de la ley: Como por ejemplo: (a) Determinar las condiciones de explotación de los RNNR (Art. 360, inciso 1 CP), (b) Determinar objetivos, fines, distribución de ingresos provenientes de la explotación de los RNNR (Art. 360, inciso 2 CP), (c) regulación de usos del suelo por parte de concejos (Art. 313.7 CP).

I.B. Caracterización del régimen constitucional

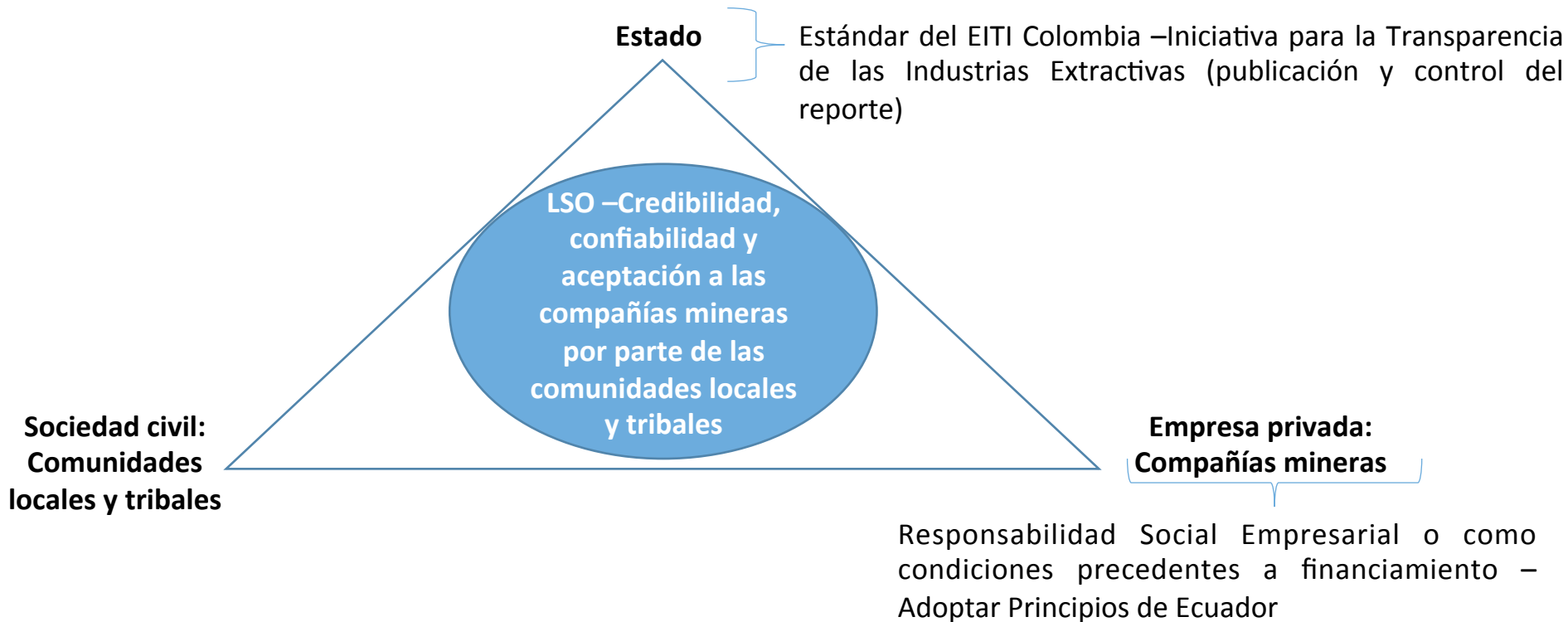
Texto original de la Constitución Política de 1991 (Art. 360 y 361 CP)

- (i) La ley determina las condiciones de explotación.
- (ii) Reconocimiento de causación de regalías.
- (iii) Derechos de las entidades territoriales a participar en las regalías (donde se exploten o por el lugar donde se transporten).
- (iv) Legislador dispone de la destinación de las regalías. Lo no asignado, destinado a FNR para promoción minera, preservación ambiente, y proyectos regionales prioritarios (Art. 361).

Acto Legislativo 05 de 2011 (Arts. 360 y 361 CP)

- (i) La ley determina las condiciones de explotación.
- (ii) Reconocimiento de causación de regalías.
- (iii) Derechos de las entidades territoriales a participar en las regalías (donde se exploten o por el lugar donde se transporten).
- (iv) Competencia amplia del legislador para regular el Sistema General de Regalías.**
- (v) La destinación particular de las regalías se eleva a mandato constitucional estableciendo porcentajes específicos para distintas finalidades.**

II.A. Jurisprudencia constitucional y Licencia Social para Operar (LSO)



II.A. Jurisprudencia constitucional y Licencia Social para Operar (LSO) (Cont.)

(*) Fuente: https://eiti.org/sites/default/files/documents/2014-07-03_EITI_Factsheet_ES.pdf



II.B. Jurisprudencia constitucional –Relaciones inter-estatales (Art. 288 de la CP)

El debate constitucional ha consistido en establecer la interacción de las competencias de la Nación (principio unitario) y las competencias de las entidades territoriales (autonomía y descentralización):

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

- i. Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: *“Para la Corte, si bien la interpretación del artículo 37 del Código de Minas puede sustentarse en el principio constitucional de organización unitaria del Estado –artículo 1 de la Constitución- y los contenidos específicos de los artículos 332 y 334 de la Constitución, que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales; también deben tenerse en cuenta otros contenidos constitucionales de igual valía dentro de la organización del Estado, como son los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses –artículo 287 de la Constitución-, y de coordinación y concurrencia –artículo 288 de la Constitución-, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos. Por esta razón, y en procura de una solución que permita aplicar de forma armónica el contenido de los principios que se encuentran en tensión en este caso concreto, se concluye que el artículo 37 de la ley 685 de 2001 –Código de Minas- estará acorde con la Constitución, siempre y cuando en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial. En este sentido, una autorización al respecto deberá dar la oportunidad de participar activa y eficazmente a las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades” [...] “La regulación sobre ordenamiento territorial atañe a aspectos que resultan esenciales para la vida de los pobladores del distrito o municipio, sea que estos se encuentren en un área urbana, suburbana o rural. La función de ordenamiento territorial, y dentro de ella con especial relevancia la de determinar los usos del suelo, afectan aspectos axiales a la vida en comunidad y llegan a determinar el modelo de desarrollo y, por consiguiente, las condiciones de vida en aspectos como el económico, el social, el cultural, el ambiental, el urbanístico, entre otros” (Sentencia C-123 de 2014).*

II.B. Jurisprudencia constitucional –Relaciones inter-estatales (Art. 288 de la CP) (Cont.)

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

- ii. Competencias de las entidades territoriales: *“Acorde con lo anterior, la libertad del Legislador para determinar la distribución de competencias entre uno y otro nivel competencial no puede obviar las expresas atribuciones reconocidas a los municipios por las precitadas disposiciones constitucionales. Ello implica que la legislación no puede desconocer que, cualquiera que sea la distribución competencial que establezca, la misma no puede anular el contenido específico del principio de autonomía territorial que se manifiesta en la posibilidad de que los municipios reglamenten los usos del suelo dentro de su respectivo territorio”* (Sentencia C-035 de 2016).

- iii. Reglamentación de usos del suelo: *“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. Para garantizar que cuando confluyan el ejercicio de competencias de entidades de diverso orden **el resultado** de la voluntad legislativa corresponda a una decisión ponderada entre los diversos bienes jurídicos que están en tensión, el constituyente dispuso una serie de **principios de carácter sustantivo**. Es así como las leyes que toquen temas atinentes a las competencias de las entidades territoriales deben respetar los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad”* (Sentencia C-273 de 2016). Igualmente, reitera regla C-123 de 2014, sobre competencia para reglamentación de uso del suelo dentro del territorio de la respectiva entidad.

II.B. Jurisprudencia constitucional –Relaciones inter-estatales (Art. 288 de la CP) (Cont.)

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

- iv. Reconocimiento de competencias de entidades territoriales y delimitación de áreas de reserva: “El establecimiento de un procedimiento para que el Gobierno Nacional y las entidades territoriales acuerden conjuntamente medidas de protección al ambiente sano, las cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que puedan derivarse de la actividad minera, no desconoce los principios de autonomía de las entidades territoriales, toda vez que, por el contrario, acorde con los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad consagrados en el artículo 288 de la Carta Política, la norma acusada constituye un expreso reconocimiento del legislador sobre las competencias conferidas a los entes locales en relación con las decisiones concernientes a la protección ambiental y los recursos naturales, las cuales no son exclusivas del Gobierno central, sino que en ellas concurren los tres niveles territoriales en la órbita que les corresponde” [...] “Considera esta Corporación que la posibilidad de delimitar sin término áreas de reserva estratégica para los proyectos de desarrollo minero resulta excesiva y desproporcionada no sólo para los derechos ambientales de la ciudadanía en general, sino sobre todo, frente a los deberes del Estado de proteger las riquezas naturales, la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de las áreas de potencial ecológico. Adicionalmente, la delimitación indefinida significa una inadecuada planificación del Estado en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, teniendo en cuenta que en la actividad minera habitualmente se presentan problemáticas relacionadas con el punto de equilibrio entre el uso de la tierra, el medio ambiente, el desarrollo social y los derechos fundamentales de grupos minoritarios” (Sentencia C-298 de 2016).

II.B. Jurisprudencia constitucional –Relaciones inter-estatales (Art. 288 de la CP) (Cont.)

Acción de tutela y control de las actuaciones de los particulares

Funciones relevantes de las entidades territoriales. *“En esa medida es necesario concluir que el ejercicio de la competencia que le corresponde a las autoridades nacionales mineras respecto de 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 del otro las competencias de las autoridades mineras de cara a su potestad de autorizar la explotación de los recursos del Estado, aspectos que no pueden desligarse a la hora de adelantar la actividad minera”* (Sentencia T-445 de 2016 y Auto 053 de 2017).

II.C. Jurisprudencia constitucional –Relaciones Estado, empresas y comunidades locales o étnicas

El debate constitucional se ha centrado en definir la naturaleza y alcance de la interacción de los diferentes agentes que participan en las actividades de exploración y explotación minera:

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

- i. Reserva de información: *“Si bien el tantas veces referido Artículo 74 de la Carta Política sustenta la probabilidad de que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa, sustraiga algún tipo de documento público de la regla general de acceso, no obstante, la medida que reserva la información geológica del conocimiento público, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sacrifica en mayor dimensión otros fines que el ordenamiento constitucional protege, tales como: (i) la transparencia en las actuaciones del Estado (Art. 209 C.P.) que asegura a la ciudadanía conocer el impacto de un proyecto de explotación de recursos naturales no renovables; (ii) el carácter público de los recursos naturales no renovables (Art. 332 C.P.), pues siendo bienes públicos comporta una contradicción que la información de estos sea privilegiada o reservada; (iii) los derechos de las entidades territoriales, las cuales en función del principio autonómico (Art. 288 C.P.) tienen derecho a conocer los proyectos que se desarrollen en sus territorios. En especial, la participación de las comunidades y de las autoridades del orden local o regional en los procesos de planificación y ordenamiento territorial; (iv) los derechos de las comunidades indígenas y afro descendientes (Art. 330 C.P.) a conocer la información de las áreas de reserva minera estratégica, que pudiese afectar sus territorios o su modus vivendi” [...] “Comporta una contradicción evidente que los activos a explotar son de naturaleza pública, pero que la información relativa a su geo-localización tenga que ser reservada, impidiendo a la ciudadanía, a las comunidades y a las entidades territoriales exigir al gobierno y las empresas mineras un mayor control sobre la calidad ambiental. La mayor distribución de la información implica un mayor desarrollo social, en tanto se evita privilegiar a quien estando en el poder abuse de su conocimiento exclusivo o privilegiado. Más aun cuando la textura de la norma que establece la restricción de acceso no es precisa y clara sobre el tipo de información sujeta a reserva, de tal modo que excluya actuaciones arbitrarias o desproporcionadas” (Sentencia C-221 de 2016).*

II.C. Jurisprudencia constitucional –Relaciones Estado, empresas y comunidades locales o étnicas (Cont.)

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

- ii. Requisitos de idoneidad laboral y ambiental y participación de comunidades locales: *“En concepto de la Corte, la existencia de una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva, previa la concesión de un título minero es necesaria, debido a que esta decisión no es inocua, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio, el entorno y el territorio. Es cierto que los trabajos exploratorios no se iniciarán con la sola entrega del título minero, pero también es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación. Así las cosas, la relevancia jurídica de la decisión y la probabilidad real de que se inicien trabajos exploratorios demuestran que esta decisión puede generar afectaciones intensas en los derechos de los dueños del predio, la comunidad y las garantías de las entidades territoriales” [...] “La normativa debe basarse en criterios diferenciales que respondan a los distintos tipos y escalas en que se realiza la minería, respeten el conjunto de principios a los que se hace referencia en esta providencia. Esos criterios, a manera ilustrativa, pues las decisiones finales deberán adoptarse en el foro democrático, deberán incluir (i) respeto por la minería de subsistencia; (ii) normas para adecuar la pequeña minería a la protección del ambiente y las escalas mediana y grande a los estándares más altos de la industria y de los principios de responsabilidad empresarial; (iii) diferenciar la actividad minera no sólo por el tamaño de sus proyectos, sino también en torno a su significado social, cultural y jurídico. Ello implica (iii.1) proteger la minería ancestral, desarrollada por comunidades étnicas y la artesanal, por la población rural; (iii.2) diferenciar entre la minería informal, que actualmente incumple con parte de las normas que regulan la minería, pero se realiza en pequeña escala y puede adecuarse en un plazo razonable al ordenamiento jurídico, de (iii.3) la minería ilegal, que incumple buena parte de tales estándares, se realiza en escalas mayores, y carece por esa razón de vocación de legalidad; y (iii.4) la minería asociada a las acciones de grupos armados al margen de la ley, frente a la que debe llegar el poder punitivo del Estado” [...] “La implementación de una medida que afecta directa e intensamente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (y, en el ámbito objeto de estudio el territorio colectivo) es inadmisibles sin su consentimiento, no por la discusión hoy en día obsoleta en torno a la existencia o no de un derecho al veto, sino porque es abiertamente irrazonable y desproporcionada” (Sentencia C-389 de 2016).*

II.C. Jurisprudencia constitucional –Relaciones Estado, empresas y comunidades locales o étnicas (Cont.)

Acción de tutela y control de las actuaciones de los particulares

Consulta previa: Las sentencias T-769 de 2009 y T-766 de 2015, establecen la regla reiterada en la sentencia C-389 de 2016.

“Es claro que la consagración expresa por parte de la ley 1437 de 2011 de una causal de nulidad autónoma por desconocimiento al derecho a la consulta previa, no puede ser entendida como un impedimento para la prosperidad de la tutela en un caso concreto. En igual medida, la flexibilización de los requisitos para acceder al decreto de medidas cautelares bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tampoco puede entenderse como un limitante que impida el conocimiento del amparo. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que debido a las condiciones de vulnerabilidad y pobreza extrema en las que habitan las comunidades afro e indígenas de nuestro país, la procedencia de la acción de tutela adquiere un carácter prevalente para garantizar sus derechos constitucionales” [...] “La jurisprudencia constitucional y los órganos del sistema universal e interamericano de derechos humanos son coincidentes en sostener que el derecho a la participación efectiva de las comunidades étnicas es un factor imprescindible para la vigencia del derecho al respeto y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. El grado de incidencia de esa afectación, a su vez, es directamente proporcional al nivel de limitación que la medida o proyecto genere en la supervivencia y prácticas tradiciones del pueblo étnico correspondiente. La consulta previa se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior, que en el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes cobra un significado distinto y reforzado, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, el reconocimiento de estas etnias como comunidades diferenciadas y autónomas” (Sentencia T-197 de 2016).

II.C. Jurisprudencia constitucional –Relaciones Estado, empresas y comunidades locales o étnicas (Cont.)

Acción de tutela y control de las actuaciones de los particulares

Consulta previa:

“En todo caso, la controversia que se propuso en ese sentido ya fue resuelta por la Sentencia C-389 de 2016, que reconoció la necesidad de agotar un escenario participativo previo a la concesión del título minero, en razón de las expectativas que una decisión de esa naturaleza genera sobre el destino del “predio, el entorno y el territorio”. El fallo estableció que, lejos de obstaculizar la materialización de los proyectos mineros –como aquí se sugiere- la previsión de esos espacios participativos genera un doble beneficio, pues materializa el modelo de democracia participativa, al tiempo que dota de seguridad jurídica a los interesados en la concesión minera, quienes podrán conocer, a tiempo, la percepción que tienen del proyecto los posibles afectados. Así, también, el escenario participativo que tendría que haberse agotado con ocasión de las cesiones de los derechos mineros amparados por el título CHG-081, habría permitido anticipar las consecuencias que la concentración de la propiedad minera en manos de una sola compañía significó para los habitantes y los mineros tradicionales de Marmato. Tal cuestión difiere sustancialmente de aquella que deberá tratarse una vez se defina la viabilidad del proyecto minero. Como las afectaciones potenciales del primer supuesto atañen, exclusivamente, a la modificación en la titularidad en los derechos mineros, era sobre tal aspecto que debía discutirse. Los impactos que puedan derivarse de la ejecución de actividades de explotación en la zona deberán valorarse sobre la base de los criterios que se definan en el trámite del licenciamiento ambiental, como acertadamente lo advirtió Minerales Andinos de Occidente. Tal circunstancia requerirá, en su momento, el agotamiento de una instancia de participación diferente” [...] “El segundo problema jurídico, relacionado con la manera en que la orden de cerrar y desalojar la mina Villonza en cumplimiento de una orden de amparo administrativo pudo vulnerar los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, al trabajo y a la libertad de oficio de los peticionarios, se examinó valorando que, en tanto se trata de una actividad de subsistencia que se ha llevado a cabo de buena fe, con el aval del Estado, y con vocación de legalización, la minería que se ejerce en la zona alta del cerro El Burro de Marmato puede ser calificada como minería tradicional, aunque no se realice al amparo de un título minero (Supra 189 a 202). Considerando, además, que el Estado no ha cumplido su deber de diseñar e implementar medidas operativas que conduzcan a la formalización de las actividades mineras que se llevan a cabo en Marmato, y que la querrela de amparo administrativo no fue debidamente notificada, la Corte resolvió conceder, también, la protección que se reclamó frente a este punto.” (Sentencia SU-133 de 2017).

II.D. Jurisprudencia constitucional – Constitución ecológica

El debate constitucional se ha centrado en la articulación del mandato de explotación de los recursos naturales y su relación con el deber constitucional de proteger el medio ambiente:

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

Principio de precaución y derecho al ambiente sano frente a la exploración o explotación minera:

- i. *“Se hace necesario para la Corte señalar que la autoridad minera tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, pero que este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión; por esta razón en la parte resolutive se condicionará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 34 de la ley 685 de 2001. [...] Así mismo, como lo recordó esta Corporación en una reciente decisión de constitucionalidad (...) sobre el artículo 1 numeral 6 de la ley 99 de 1993 que recoge el principio de precaución; la “Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, ratificada por Colombia, en materia ambiental el principio de precaución determina lo siguiente: “Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme con sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias” (Sentencia C-339 de 2002).*

II.D. Jurisprudencia constitucional – Constitución ecológica (Cont.)

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

Principio de precaución y derecho al ambiente sano frente a la exploración o explotación minera:

- ii. *“Los efectos ambientales en el largo plazo, es decir, la sostenibilidad ambiental de una disposición legal constituye un factor determinante en el análisis de constitucionalidad. A los órganos de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público les corresponde atender las necesidades inmediatas de la población, y desde este punto de vista tienen una especial preocupación por garantizar que el Estado cuente con ingresos provenientes de las regalías e impuestos a las actividades extractivas. Sin embargo, dentro de un sistema democrático al juez constitucional le corresponde servir de contrapeso al énfasis que ponen las demás ramas del poder en el corto plazo, especialmente las que son elegidas democráticamente. De tal modo, si bien el juez constitucional no puede desechar los efectos de corto plazo, le corresponde tener una especial consideración hacia los efectos de largo plazo, que permiten tener un panorama completo del problema constitucional y de la tensión entre bienes jurídicamente protegidos. En esa medida, debe darle un valor especial a los efectos de la minería y a las actividades hidrocarburíferas sobre los ecosistemas de páramo” [...] “En condiciones normales el anterior argumento resultaría plausible. Sin embargo, ello no ocurre tratándose de los ecosistemas de páramo por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque como se ha resaltado a lo largo de esta sentencia, la evidencia empírica demuestra que los ecosistemas de páramo son especialmente vulnerables y difícilmente se logran recuperar. Así, por ejemplo, aunque podría alegarse que la minería de socavón resulta menos dañina para el suelo, el aire y la vegetación, lo cierto es que afecta de manera importante los flujos subterráneos de agua, bloqueando el acceso de la población a dicho recurso. Una vez bloqueados los canales subterráneos a través de los cuales fluye el agua del páramo al ecosistema de bosque y a los centros poblados, resulta prácticamente imposible recuperarlos, lo cual, como ya se explicó, lleva a que los mismos fluyan por la superficie de manera acelerada, dañando la capa vegetal del páramo que es especialmente frágil, y facilitando la erosión” (Sentencia C-035 de 2016).*

II.D. Jurisprudencia constitucional – Constitución ecológica (Cont.)

Acción pública y control abstracto de normas que regulan la actividad minera

Principio de precaución y derecho al ambiente sano frente a la exploración o explotación minera:

- ii. *“La segunda razón por la cual el carácter contingente de los daños producidos por las actividades mineras y de hidrocarburos no resulta aceptable en el presente caso es el déficit de protección de los páramos en nuestro sistema constitucional. En efecto, la Corte también pudo constatar que en la actualidad no existe un sistema de protección especial de dichos ecosistemas. Sin duda las actividades mineras y de hidrocarburos pueden llevarse a cabo de manera responsable, previniendo, mitigando y corrigiendo al máximo los daños ambientales. Más aun, algunos particulares están en capacidad y tienen la voluntad de desarrollar estas actividades con los más altos estándares ambientales. Sin embargo, al margen de las prácticas individuales de los particulares, lo cierto es que en un ordenamiento jurídico deben existir garantías de protección ambiental de carácter vinculante, tanto para las entidades como para los particulares, que sean específicas para este tipo de ecosistema. Las facultades otorgadas a las autoridades ambientales, de hidrocarburos y mineras para que ejerzan un “control, seguimiento y revisión” de las licencias, “aplicando las directrices que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible” no constituyen una garantía de protección ambiental con carácter vinculante” (Sentencia C-035 de 2016).*

II.D. Jurisprudencia constitucional – Constitución ecológica (Cont.)

Acción de tutela y control de las actuaciones de los particulares

Cargas y beneficios ambientales: *“Si, como ha quedado establecido, la vigencia del orden justo implica, entre otras exigencias, la de promover el reparto equitativo de las cargas ambientales entre los sujetos de una comunidad, eliminando factores de discriminación fundados no sólo en la raza, el género o el origen étnico, sino también en la condición socioeconómica de la población, corresponde a la Corte llamar la atención sobre la discriminación que ya en abstracto padece la población pobre que habita las zonas rurales quienes, como lo ha advertido esta Sala en ocasiones anteriores, son “los últimos de la fila” para efectos de recibir los beneficios sociales y disfrutar del acceso a recursos naturales como el agua potable, pero, sin embargo, la encabezan cuando se trata de elegir los sitios para disponer de la basura. Es inevitable que en razón de los considerables impactos ambientales generados por este tipo de infraestructura, la decisión sobre su localización suponga una ruptura del equilibrio que debe existir en el reparto de las cargas y beneficios ambientales. Sin embargo, las autoridades deben evitar que en el diseño de criterios generales para asignar este tipo de cargas implique de entrada un sesgo discriminatorio en contra de su población vulnerable y, en todo caso, prever de manera anticipada y adoptar en los casos concretos las medidas de compensación correspondientes”* (Sentencia T-294 de 2014).

II.E. Jurisprudencia constitucional –Impactos de decisiones en el licenciamiento minero y ambiental

(*) Fuente: Gloria Patricia Lopera, “Aquí llegaron comprando, no consultando”.

| | Prospección | Exploración | Construcción y montaje | Explotación | Cierre y abandono |
|------------------------|--|--|--|-------------|-------------------|
| Autorización minera | Libre | Contrato de concesión (u otro título minero) | | | |
| | | | Programa de trabajos y otros (PTO) | | |
| Autorización ambiental | Permisos de aprovechamiento de recursos naturales renovables (en caso de que se necesiten) | | Licencia ambiental (LA) o plan de manejo ambiental (PMA) | | |

III. Conclusiones –Las 10 tensiones que percibo

1. Existencia de los fenómenos NIMBY (*Not In My Back Yard*) y BANANA (*Build Absolutely Nothing Anywhere near Anyone*)
2. Seguridad jurídica vs. LSO impuesta en sede judicial
3. Valor económico de un título minero sin LSO
4. Minería vs. medio ambiente: ¿Falso dilema?
5. Consulta previa comunidades tribales (Convenio 169 de la OIT): ¿Quién la debe hacer –Estado o empresa?, ¿Qué tan extensa? ¿Cómo y cuándo se considera cumplida?
6. Minería legal (artesanal, pequeña escala) vs. minería ilegal
7. Eventual responsabilidad del Estado (nacional e internacional)
8. Respeto al ordenamiento territorial (Art. 288 de la CP)
9. Reforma al régimen de distribución y ejecución de las regalías -¿Es una porción justa de los beneficios? ¿Pueden recibir recursos del SGR los municipios que han prohibido la minería?
10. La encrucijada fiscal de largo plazo (regalías, impuestos a la industria y dividendos de Ecopetrol vs. mayores impuestos)

III. Conclusiones –Eventual responsabilidad internacional del Estado (Cont.)

| Reclamante | AI | Asunto de la controversia | Monto reclamado (aprox.) | Estado de la controversia |
|--|-------------------------------|--|----------------------------|--|
| Glencore International | APPRI con Suiza | Violación de trato justo y equitativo por fallo de responsabilidad fiscal debido al detrimento patrimonial por la suscripción del Otrosí No. 8 en contrato de concesión minera. | US\$25 millones | Tribunal arbitral CIADI fue constituido el 4 de agosto de 2016. El 3 de abril de 2017 el Tribunal se pronunció sobre la solicitud de Colombia de referirse a las objeciones sobre jurisdicción como cuestión preliminar. |
| South 32/ Cerromatoso S.A. | APPRI con Reino Unido | Fijación de precio base de liquidación de regalías de níquel por parte del Gobierno, que no corresponde con precios reales. | US\$155 millones | En 2016, South 32 presentó Notificación de Intención de demanda pero ésta fue rechazada por no cumplir con requisitos del APPRI con Reino Unido. |
| Gran Colombia Gold | TLC con Canadá | Inacción del Estado frente a invasión y explotación ilegal en Marmato + Sentencia SU-133 de 2017. | US\$800 millones | Gran Colombia Gold presentó notificación de arbitraje el 27 de febrero de 2017. |
| Eco Oro Minerals Corp. | TLC con Canadá | Delimitación del páramo de Santurbán y prohibición de minería en páramos + Sentencia C-035 de 2016. | US\$300 millones | El 29 de diciembre de 2016 el Secretario General del CIADI registró la solicitud de arbitraje. |
| Tobbie Mining & Energy Inc. y Cosigo Resources Ltd. | TLC con EEUU & TLC con Canadá | Expropiación sin compensación adecuada como resultado de la prohibición de realizar actividades minera en el área debido a la creación del Parque Nacional Natural Yaigójé-Apaporis. | US\$16.500 millones | El 19 de febrero de 2016 los demandantes presentaron la notificación de Arbitraje de conformidad con las reglas de UNCITRAL. Colombia respondió el 19 de marzo de 2016. |