

D-11172  
OK

Bogotá, noviembre de 2015

HONORABLES MAGISTRADOS  
CORTE CONSTITUCIONAL  
Sala Plena  
Bogotá D.C.



Ref: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 16, 53, 122, 124, 129 y 270 a 277 y 279 de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas.

LÁURA JULIANA SANTACOLOMA MENDEZ y RODRIGO ELÍAS NEGRETE MONTES, identificados con las Cédulas de Ciudadanía Nos. 52.816.979 y 78.591.601 respectivamente, con fundamento en el artículo 40 de la Constitución Política y en el Decreto reglamentario 2067 de 1991, respetuosamente concurrimos a esa Honorable Corporación a fin de presentar ante ese Despacho Judicial DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra de los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas- por vulneración del Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 58, 63, 80, 209, 330, 333 y 334 de la Constitución Política.

Para fundamentar la presente acción de inconstitucionalidad, se propone abordar el análisis de constitucionalidad según lo siguiente: (I) Señalamiento y transcripción de las disposiciones acusadas como inconstitucionales, en las cuales se subrayan los apartes cuya constitucionalidad se cuestiona; (II) Identificación de los artículos de la Constitución Política que se consideran infringidas por las disposiciones acusadas; (III) Antecedentes y exposición de los motivos que sustentan la demanda, así como las conclusiones finales; (IV) Formulación de peticiones de la demanda; (V) Competencia de la Corte Constitucional para conocer de esta demanda (VI) Trámite y (VI) Indicación del lugar donde se reciben notificaciones

I. SEÑALAMIENTO DE LAS NORMAS ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES

LEY 685 DE 2001<sup>1</sup>  
(Agosto 15)

"Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones".

El Congreso de Colombia

DECRETA:

*Artículo 16. Validez de la propuesta. La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.*

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial No. 44.545 de Septiembre 8 de 2001. NOTA ACLARATORIA. La Ley 685 del 15 de agosto de 2001, Código de Minas, se publicó en el Diario Oficial número 44.522 del 17 de agosto de 2001, con varias inconsistencias, por esta razón se publicó nuevamente en su integridad, artículo 45 de la Ley 4ª de 1913.

*Artículo 53. Leyes de contratación estatal. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.*

*Artículo 122. Zonas mineras indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.*

*Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.*

*Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.*

*Artículo 128. Títulos de terceros. En caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo, a sus trabajos y obras y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia.*

*Artículo 270. Presentación de la propuesta. La propuesta de contrato se presentará por el interesado directamente o por medio de su apoderado ante la autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la residencia del proponente, o por envío a través de correo certificado. En estos casos, si la primera propuesta concurre con otra u otras posteriores sobre la misma zona, se tendrá como fecha de su presentación la de su recibo por la autoridad competente o comisionada, o la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expida el recibo de envío.*

*También será admisible la presentación de la propuesta a través de medios electrónicos, cuando la autoridad minera disponga de los equipos y servicios requeridos para tal fin. Toda actuación o intervención del interesado o de terceros en los trámites mineros, podrá hacerse directamente o por medio de abogado titulado con tarjeta profesional. Los documentos de orden técnico que se presenten con la propuesta o en el trámite subsiguiente, deberán estar refrendados por geólogo o ingeniero de minas matriculados, según el caso, de acuerdo con las disposiciones que regulan estas profesiones.*

*Artículo 271. Requisitos de la propuesta. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:*

- a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;*
- b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;*
- c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;*

d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;

e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;

f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;

g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.

La propuesta deberá vertirse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

*Artículo 272. Manejo Ambiental.* En la propuesta el interesado deberá hacer la manifestación expresa de su compromiso de realizar los trabajos de exploración técnica con estricta sujeción a las guías ambientales, que para esa actividad expida la autoridad competente, en un todo aplicadas a las condiciones y características específicas del área solicitada descrita en la propuesta. En caso de que la actividad de exploración requiera usar o aprovechar recursos naturales renovables, deberá obtener el permiso, la concesión o la autorización ambiental de la autoridad competente.

*Artículo 273. Objeciones a la propuesta.* La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por la autoridad minera, si no puede identificarse al proponente, no se puede localizar el área o trayecto pedido, no se ajusta a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de este Código, cuando dicha área o trayecto estuvieren ubicados en los lugares o zonas mencionados en dicha disposición. El término para corregir o subsanar la propuesta será de hasta treinta (30) días y la autoridad minera contará con un plazo de treinta (30) días para resolver definitivamente.

Una vez corregida la propuesta, cuando fuere el caso, se procederá a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.

*Artículo 274. Rechazo de la propuesta.* La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente.

*Artículo 275. Comunicación de la propuesta.* Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

*Artículo 276. Resolución de oposiciones.* Vencido el término de treinta (30) días de que trata el artículo anterior, en una sola providencia se resolverán las oposiciones presentadas y se definirán las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Si las oposiciones y superposiciones que fueren aceptadas comprendieren solo parte del área pedida, se

restringirá la propuesta a la parte libre y si la comprendieren en su totalidad, se ordenará su archivo.

*Artículo 277. Rechazo de solicitudes. Las solicitudes e intervenciones de terceros que no se refieran a oposiciones, al ejercicio del derecho de prelación, a superposiciones y a intervención de los representantes de la comunidad en interés general, serán rechazadas por improcedentes mediante providencia motivada. De estas solicitudes y de su rechazo se formará informativo separado, y los recursos que se interpongan contra la mencionada providencia se concederán en el efecto devolutivo.*

*Artículo 279. Celebración del contrato. Dentro del término de diez (10) días después de haber sido resueltas las oposiciones e intervenciones de terceros, se celebrará el contrato de concesión y se procederá a su inscripción en el Registro Minero Nacional. Del contrato se remitirá copia a la autoridad ambiental para el seguimiento y vigilancia de la gestión ambiental para la exploración.*

## II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

El preámbulo que dispone que la Constitución Política tiene como *“fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo (...).”*

El artículo 1 de la Constitución Política, que define a Colombia como un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, que se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

El artículo 2 de la Constitución Política que establece que entre otros 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 y la vigencia de un orden justo (...).

El artículo 4 prescribe que la Constitución es norma de normas, razón por la cual en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

El artículo 13 que consagra el principio de igualdad y al respecto señala que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*.

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...)*

El artículo 29, que consagra el debido proceso, el cual se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

El artículo 58, en tanto que desconoce que el interés privado deberá ceder al interés público o social, así como que la propiedad es una función social que implica obligaciones y, en consecuencia, le es inherente una función ecológica.

El artículo 63 que señala que “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

El artículo 79 que consagra el derecho colectivo a un ambiente sano y garantizar la participación ciudadana en las decisiones que puedan afectarlos.

El artículo 80, según el cual el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. También, tiene el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

El artículo 209, según el cual *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”*.

El párrafo del artículo 330 de la Constitución Política, según el cual en las decisiones que se adopten para la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y se propiciará la participación de los representantes de dichas comunidades.

El artículo 333 por su parte, establece que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El artículo 334 dispone que la dirección general de la economía está a cargo del Estado, el cual interviene, 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

---

### III. MOTIVOS POR LOS CUALES SE CONSIDERA QUE EXISTE VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL GESTADA EN EL CONTENIDO DE LAS NORMAS ACUSADAS

El artículo 4 establece que la Constitución Política es norma de normas, y como consecuencia, en todo caso de incompatibilidad entre la Carta Política y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Conforme a lo que pasa a exponerse, las normas contenidas en el Código de Minas, objeto de esta demanda, son incompatibles con los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 58, 63, 79, 80, 209, 330, 333 y 334 de la Constitución de 1991, lo cual será justificado en los siguientes antecedentes, así como los cargos que se formulan, a saber: 1. Violación de la Constitución Política por ausencia de selección objetiva en la suscripción de las concesiones mineras y consecuente ineficiencia financiera en el manejo de recursos públicos de la Nación. 2. Violación de la Constitución Política por desconocimiento derecho fundamental a la igualdad. 3. Violación de la Constitución Política por desconocimiento de los derechos de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna. 4. Violación de la Constitución Política por ausencia de planificación del aprovechamiento de los minerales. 5. Violación de la Constitución Política por violación de los atributos de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas.

#### A. ANTECEDENTES

Conforme al artículo 332 de la Constitución Política "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". El subsuelo y los minerales yacientes en el suelo hacen parte de los denominados *bienes comunes* en tanto que su beneficio pertenece a todo el conglomerado nacional. No obstante, su aprovechamiento depende de complejas estrategias económicas que permitan obtener una rentabilidad tal que se justifique la extracción con todo y los daños ambientales y sociales que se generen, los cuales deben estar sujetos a medidas de corrección, mitigación compensación y manejo contempladas en la licencia ambiental.

En tal virtud, es innegable una natural relación entre el interés general y los recursos de la extracción de minerales, en tanto que es una fuente de recursos económicos que tienen como exclusiva finalidad mejorar la calidad de vida de los colombianos. Así, la integridad de ese patrimonio público debe estar amparada en normas que permitan la protección eficaz del interés general y el bien común, postulados éstos que fundan el Estado Social de Derecho (Art. 1 de la C.P.) pero, además, de una eficiente gestión de dichos recursos que permitan obtener mayores beneficios a menores costos.

En lo que a la normativa minera bajo estudio se refiere, el artículo 14 del Código de Minas<sup>2</sup> establece que el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal se adquiere mediante un contrato de concesión otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional (título minero). Así mismo, el artículo 15<sup>3</sup> ibídem dispone que mediante dicha concesión, el Estado (Agencia Nacional

<sup>2</sup> Artículo 14. Título minero. 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.

<sup>3</sup> Artículo 15. Naturaleza del derecho del beneficiario. El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "in situ" sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.

de Minería -ANM-) transfiere al beneficiario del mismo, el derecho a establecer en forma exclusiva y temporal, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables dentro del área otorgada, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.

En tal virtud, con la obtención del título minero se faculta al beneficiario para adelantar actividades de exploración de los minerales yacentes en el suelo y en el subsuelo, según los artículos 14 y 95 de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas<sup>4</sup>-, sin que para ello se requiera licencia ambiental. Esta situación implica que durante el desarrollo de actividades de exploración minera de mediana y gran minería, que requieren un gran despliegue operativo en términos de vías, campamentos y aprovechamiento de recursos naturales renovables públicos, no existan mecanismos de gestión integral de los daños que se puedan generar, sin importar la dimensión del impacto acumulativo que se llegue a producir.

Para adelantar las actividades de exploración, además de contar con el contrato de concesión minero, en materia ambiental únicamente se requiere dar aplicación a las guías minero ambientales (arts. 81, 199 y 272 del Código de Minas) y a la obtención fraccionada de permisos ambientales (arts. 198, 203 y 272 del Código de Minas) los cuales no tienen como objeto el análisis integral del proyecto sino solo de la afectación que se pueda generar a un determinado recurso natural renovable. Como consecuencia adicional, no existe instancia alguna de participación ciudadana antes del otorgamiento del título o del inicio de la etapa de exploración minera, lo que viola flagrantemente el Preámbulo por ausencia de un marco participativo, así como los artículos 1, 2 y 79 de la Constitución Política.

A su vez, aunque para adelantar actividades de explotación minera, además de requerirse el título minero se debe obtener de manera previa la licencia ambiental (artículos 62, 83, 85, 145, 169, 205 a 208, 212, 281, 282, 290 del Código de Minas; artículo 52 de la Ley 99 de 1993 y artículos 2.2.2.3.2.2 y 2.2.2.3.2.3 del Decreto reglamentario 1076 de 2015) no es menos cierto que la sola suscripción de un contrato de concesión minera es el primer paso para habilitar a su beneficiario para desarrollar una actividad que ocasiona graves afectaciones ambientales, sociales y culturales, pero que además permite la intervención física en el territorio mediante la exploración para el aprovechamiento del patrimonio de la Nación representado en los minerales que se extraen del suelo y subsuelo. Así mismo, sobre los impactos que ocasiona la minería, la Honorable Corte Constitucional a través de la Sentencia C-339 de 2002, entre otras cosas, señaló:

Es un hecho evidente que la industria extractiva produce una gran cantidad de desechos y desperdicios. El proceso de transformación de grandes masas de materiales para el aprovechamiento de los minerales útiles deja forzosamente materiales residuales que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisaje y los suelos agrícolas. En los Estados Unidos de Norteamérica por lo menos 48 sitios "Superfund" (sitios de limpieza de residuos peligrosos, financiados por el gobierno federal) fueron anteriormente operaciones mineras. Resulta especialmente ilustrativo el estudio realizado por el Environmental Law Institut Mecanismos para regular el Impacto Ambiental de la Minería en los Estado Unidos: Capítulo V del libro

<sup>4</sup> ARTÍCULO 95. NATURALEZA DE LA EXPLOTACIÓN. La explotación es el conjunto de operaciones que tienen por objeto la extracción o captación de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo del área de la concesión, su acopio, su beneficio y el cierre y abandono de los montajes y de la infraestructura. El acopio y el beneficio pueden realizarse dentro o fuera de dicha área.

El beneficio de los minerales consiste en el proceso de separación, molienda, trituración, lavado, concentración y otras operaciones similares, a que se somete el mineral extraído para su posterior utilización o transformación.

“Consideraciones de un régimen jurídico ambiental para la minería en Argentina. Estudio Analítico número 5. 1995” sobre el impacto ambiental ocasionado con la extracción de minerales:

*Cada vez que un mineral es extraído de la superficie o del subsuelo, un elemento estructural es removido. A menos de que sean controladas cuidadosamente, las técnicas superficiales de extracción pueden causar inestabilidad en las pendientes y erosión del suelo. En el caso de la minería del subsuelo, la capa superficial del sitio explotado puede moverse y/o hundirse en un movimiento geológico conocido como “hundimiento”. En la superficie, esto puede causar sumideros u hoyos. Debido al colapso del estrato y las fracturas dentro de las rocas del estrato, el agua superficial puede filtrarse a través de la cavidad de la mina y disminuir el nivel de agua freática. Los niveles de agua freática pueden además ser interrumpidos o eliminados. El bombeo necesario para mantener el área de extracción limpia durante las operaciones mineras puede disminuir los niveles de agua freática. Estos esquemas de flujo distorsionados no pueden ser mejorados necesariamente durante la recuperación.*

*El drenaje de la mina ocasionado por la sobrecarga de explosivos u otros materiales removidos para tener acceso al mineral, puede contener sedimento, metal y sulfuro. El drenaje ácido de la mina se da cuando la pirita se descompone por medio de la exposición al oxígeno y agua atmosféricos. El agua ácida, en cambio, puede ocasionar la colación de metales pesados de las rocas a su alrededor. La contaminación del agua causada por el drenaje ácido o la contaminación metalúrgica, puede ocurrir al mismo tiempo de la extracción y continuar filtrándose desde las minas, túneles, y jales por cientos de años, después de que la extracción ha finalizado.(...)*

Además, la excesiva carga operativa que recae en la licencia ambiental –que solo aplica para la explotación minera- dificulta el control periódico, regular, oportuno y suficiente que garantice que las condiciones de mitigación, corrección, compensación y manejo de los impactos ambientales y sociales connaturales a esta actividad se cumplan a cabalidad. Esta situación genera aumento de conflictividad social y oposición a la realización de actividades extractivas, pero además contraviene los fines esenciales del Estado, el principio de igualdad, la prevalencia del interés general, el deber de planificación ambiental e, inclusive, violación a derechos fundamentales como la intimidad, goce del ambiente sano, salud, etc. (Sentencia C-154 de 2013, Orlando José Morales Ramos vs Sociedad Drummond Ltda.).

Adicional a lo anterior, se resalta que con el contrato de concesión se otorga al beneficiario la facultad de explorar y explotar los minerales a cambio del pago de regalías y, por ende, la titularidad jurídica para extraer y apropiarse de los minerales yacientes en el suelo y subsuelo -que son bienes del Estado. Lo mencionado tiene una importante incidencia en la responsabilidad sobre el manejo de dicho patrimonio público, en tanto que debe ser tratado con tanta o más diligencia de la que se tiene con los recursos monetarios estatales, en especial por cuanto la actividad minera no solo implica la extracción del mineral sino la realización de importantes daños ambientales y sociales, que a su vez redundan en generación de conflictos si no son gestionados de manera eficiente.

Sobre este particular, es necesario subrayar que no solo los minerales y el subsuelo son patrimonio público, también lo son los recursos naturales renovables según el artículo 42 del Decreto –ley 2811 de 1974<sup>5</sup>:

Artículo 42°.- Pertenecen a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio Nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos.  
(Subrayado fuera de texto)

<sup>5</sup> Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

En esa lectura, la adecuada gestión de los impactos ambientales y de los recursos mineros tiene un serio impacto fiscal en tanto que ambos hacen parte del patrimonio público de la Nación, razón por la cual el Estado está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para que esas riquezas sean administradas y utilizadas de la mejor manera posible, esto es, con transparencia, equidad y eficiencia, a fin de evitar el detrimento del erario, para lo cual un proceso de selección objetiva del mejor oferente se constituye en un referente necesario para poder suscribir contratos de concesión minera. No obstante lo mencionado, en consideración de los demandantes, la sola existencia del título minero, dadas las condiciones contractuales de la concesión, no es suficiente garantía para que se cumpla con las disposiciones constitucionales que consagran la obligación de proteger los bienes públicos ya señalados –recursos naturales renovables públicos y no renovables–, conforme los artículos 8, 63, 80, 95 (8) y 333 de la Carta Política.

Finalmente, las disposiciones mineras consagradas en la Ley 685 de 2001 consideran la necesidad de establecer zonas prohibidas y restringidas de la minería (Art. 34 y 35). No obstante, desde nuestro punto de vista, el legislador omitió observar el contenido normativo del artículo 63 de la Constitución Política, la naturaleza jurídica y características propias de las áreas allí previstas, en particular de las tierras de resguardo. Esto, sin desconocer que la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-339 de 2002, señaló que las zonas previstas en el artículo 34 del Código de Minas excluibles de la minería, no son las únicas que pueden excluirse, por cuanto podían existir otras declaradas previamente o las que se declarasen a posterioridad por la autoridad ambiental, aspecto este de suma importancia en la defensa del patrimonio ecológico, pero que en todo caso excluye a los territorios de las comunidades indígenas que tienen el carácter constitucional de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Conforme el contexto normativo expuesto, se procederá a formular y sustentar de manera detallada los cargos en los cuales se fundamenta esta demanda.

## B. CARGOS

A continuación se describen el contenido de la censura y su justificación, la cual se verificará a partir de los textos constitucionales citados en la Sección II. **NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS**, con el objeto de desvirtuar presunción de constitucionalidad de las normas demandadas.

1. **Violación de la Constitución Política por ausencia de selección objetiva en la suscripción de las concesiones mineras y consecuente ineficiencia financiera en el manejo de recursos públicos de la Nación.**

Habiéndose expuesto los impactos generados por la minería así como la importancia del adecuado manejo del patrimonio público, se evidencia la obvia necesidad de escoger un adecuado concesionario minero. El artículo 16 del Código de Minas, prevé en la parte inicial que la solicitud de concesión no confiere por sí sola derecho a la celebración del contrato como tal y seguidamente establece:

(...) Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.

Los requisitos legales a los que hace referencia esta norma, son los señalados en el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas- y en la página web de la ANM<sup>6</sup>, donde se dispone:

¿Qué requisitos debe cumplir la propuesta de contrato de concesión?

El interesado debe ingresar al Radicador Web de la página de la ANM ([www.anm.gov.co](http://www.anm.gov.co)) y relacionar la información solicitada: datos del solicitante, datos de la solicitud y datos de localización. Una vez la solicitud sea radicada, el interesado debe presentar los siguientes soportes en las oficinas de la Agencia Nacional de Minería:

- Constancia de radicación
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía (persona natural)
- Certificado de existencia y representación legal (Art. 17 Código de Minas)
- Fotocopia de la Cédula del Representante Legal (personas jurídicas)
- Fotocopia del NIT (persona jurídica)
- Plano (cumplir con el Decreto 3290 de 2003 y el Art. 270 del Código de Minas)
- Anexo técnico (Documento que describa los trabajos de exploración)

El Título Minero En Colombia para constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, se debe obtener un contrato de concesión. [www.anm.gov.co](http://www.anm.gov.co) promocion@anm.gov.co • Fotocopia de la tarjeta profesional del Geólogo o Ingeniero de Minas, autor del plano. • Estimativo de la inversión económica.\* • Fotocopia de la tarjeta profesional del Contador\*.

Como se aprecia, en los documentos que debe aportar el interesado en explorar, explotar y apropiarse de los minerales yacientes en el suelo y en el subsuelo de propiedad estatal no se exige que se demuestren las calidades que debe tener el futuro concesionario.

Adicional a lo anterior, el Título Séptimo “Aspectos Procedimentales”, Capítulo XXV “Normas de procedimiento” del Código de Minas, comprende disposiciones relacionadas con la finalidad del procedimiento para conceder el recurso minero, así como sobre participación, publicidad, sumatoriedad del procedimiento, orden en el manejo de la documentación, oficiosidad, simplificación, presentación, contenido, objeciones y rechazo de la propuesta, entre otras. Como se aprecia, de la lectura de los artículos 270 a 279 del Código de Minas no se desprende que exista un proceso de *selección objetiva*; esto es, según el artículo 16, por el solo hecho de cumplir con los requisitos formales para obtener un título minero y ser el primero en solicitarlo, se procede a su otorgamiento sin entrar a valorar capacidad económica, técnica, operativa, administrativa, grado de cumplimiento de la normativa minera, ambiental, territorial y cultural, es decir, sin que se garantice la elección del mejor proponente para que explote y se apropie de recursos naturales que le pertenecen al Estado<sup>7</sup>, en detrimento de los principios de protección del patrimonio público, eficacia, transparencia, economía y moralidad públicos.

<sup>6</sup> [http://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/titulo\\_minero.pdf](http://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/titulo_minero.pdf)

Consultada el día 26 de noviembre de 2015.

<sup>7</sup> ARTÍCULO 50. 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.

ARTÍCULO 60. 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

Esta situación lleva a que en la práctica la suscripción de contratos de concesión minera se rija por el principio de "primero en el tiempo, primero en el derecho", sin el cumplimiento de más requisitos que los formales que prevén las disposiciones mineras. No obstante, en términos generales, el Estado se rige por el Estatuto de Contratación Pública, que comprende la Ley 80 de 1993 y las demás normas que la modifican, adicionan y reglamentan.

En dicha norma se consagran los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales:

**Artículo 23º.- De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales.** Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

No obstante, tal y como se expondrá con suficiencia más adelante al tenor de la Sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional, la ausencia de un proceso de selección objetiva desconoce dichas pautas de justicia con fundamento en el artículo 4 de la Ley 685 de 2001:

**Artículo 4º. Regulación general.** Los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados. Igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres.

De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Lo anterior obtiene especial atención si se tiene en cuenta que el artículo 53 de la norma minera, el cual dispone:

**Artículo 53. Leyes de Contratación Estatal.** Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.

Los principios se asocian a reglas de carácter general, a pautas de justicia material, de equidad o de alguna expresión relacionada con la moral que identifica la sociedad colombiana<sup>8</sup>. En tal virtud, las

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.

**ARTÍCULO 7º. PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD ESTATAL.** La propiedad del Estado sobre los recursos minerales yacentes en el suelo o el subsuelo de los terrenos públicos o privados, se presume legalmente. **Artículo 14. Título minero.** 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.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984.

normas sobre contratos de concesión mineros deberían acatar dichos principios que trascienden los asuntos mineros, toda vez que es la protección patrimonio público, la moralidad, la eficiencia y la economía del Estado – Nación los que se ven afectados por el otorgamiento de un contrato de concesión sin consideraciones de idoneidad operativa, financiera, técnica, etc.

Lo anterior, además, está de manera explícita en la misma Ley 80 de 1993:

Artículo 76º.- De los Contratos de Exploración y Explotación de los 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. (Subrayado fuera de texto)

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-035 de 1999, dispuso:

Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de este último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. Por consiguiente, el ideal es que se realicen dichos deberes sociales, conciliando la efectividad de éstos con la conveniente, prudente y necesaria observancia de dichos principios.

Como se lee de lo descrito, el Código de Minas, se sustrae de la aplicación de estos principios a pesar de que la Ley 80 de 1993 es una norma especial para la contratación estatal y, como consecuencia, el interés general se ve comprometido por cuenta de la ausencia de procesos que garanticen la obtención de mayores beneficios a menor costo para las arcas monetarias y naturales de la Nación. En vista, entonces, de que los principios de la contratación estatal fueron creados en desarrollo o aplicación de los mismos fines del Estado consagrados en la Constitución Nacional, y que pese a tratarse a normas legales, no pueden desligarse de esos axiomas que busca la propia Carta Superior; por lo tanto, deben tenerse en cuenta a la hora de adjudicar un contrato de concesión minera. De lo descrito, además, es fácil concluir que el sistema de selección actual se encuentra en contravía de los postulados constitucionales que buscan, más allá del cumplimiento a raja tabla de las normas, una real justicia material para la sociedad.

Por otra parte, los demás contratistas del Estado que exploran y explotan recursos naturales no renovables, como los hidrocarburos (petróleo y gas) si bien se rigen por normas especiales, dan

cumplimiento a los principios de selección objetiva e igualdad y cumplen con los principios de transparencia, eficacia, como se aprecia en el siguiente cuadro comparativo.

SECTOR	NORMATIVA	CONTRATO	PARTES CONTRATANTES	PROCESO DE SELECCIÓN	COMENTARIOS
Minería	Ley 685 de 2001	Concesión minera (Título minero)	Agencia Nacional de Minería -ANM- y persona natural o jurídica, pública o privada	Derecho preferencial a quien primero radique la solicitud de contrato - Primero en el tiempo primero en el derecho-	Conforme a los requisitos previstos en la normativa minera, el contrato de concesión se suscribe con quien realice la solicitud en primer lugar y de cumplimiento a una serie de requisitos de tipo formal.
Hidrocarburos	Decreto ley 1760 de 2003.  Acuerdo 008 de 2004 del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH- Por el cual se adopta el reglamento para la contratación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.  Acuerdo 0030 de 2004 de la ANH por el cual se adoptan los criterios de los contratos de evaluación técnica de hidrocarburos.  Acuerdo 35 de 2004 de la ANH Por el cual se adopta el reglamento especial de contratación de la Agencia	Exploración y desarrollo de hidrocarburos	Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH y persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada.	Objetivo. La ANH escoge al mejor postor, verificando la capacidad financiera, legal, técnica y operacional necesarias para ejecutar las actividades de que trata este contrato  Acuerdo 008 de 2004 de la ANH: 4. Capacidad Financiera: Es el respaldo económico del Proponente o los entes que lo conforman, frente a las condiciones económicas que debe reunir, tanto para atender en forma regular y continua sus necesidades actuales de recursos financieros, como para emprender el desarrollo de nuevos proyectos de Exploración y/o	En virtud de una de las modalidades de contratación, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, estructura y realiza cada año un proceso legal, técnica y operacional denominado "Ronda Colombia". Que consiste en un proceso abierto y competitivo, se reciben ofertas de inversionistas tanto nacionales como internacionales sobre diferentes áreas en el país para la exploración y explotación de hidrocarburos. La ANH ofrece los bloques, con base en información existente en el Banco de Información Petrolera - EPIS-. Los paquetes con la información son adquiridos por las compañías interesadas, con base en lo cual realizan sus propuestas y la ANH selecciona al mejor postor.

	Nacional de Hidrocarburos			<p>Explotación.</p> <p>5. Capacidad Legal: Es la facultad que debe tener el Proponente acorde con todas las disposiciones legales vigentes, para asumir obligaciones y poder contratar con la ANII la ejecución de actividades relacionadas con la Exploración y/o Explotación de hidrocarburos dentro del territorio nacional.</p> <p>6. Capacidad Operacional: Experiencia de la compañía para adelantar las operaciones relacionadas con el desarrollo del contrato en forma adecuada, eficiente y segura, consultando las mejores prácticas y tecnologías de la industria petrolera y la protección del Medio Ambiente.</p> <p>7. Capacidad Técnica: Es el conjunto de conocimientos y experiencia que reúne el equipo de trabajo a cargo del proyecto propuesto, necesarios para llevar a cabo las actividades de Exploración y/o</p>	
--	------------------------------	--	--	--	--

				Explotación de hidrocarburos.	
--	--	--	--	-------------------------------	--

Si bien es cierto que este contrato de concesión minera está reglamentado de manera especial a la luz del Código de Minas, no puede entenderse que por eso pueda desconocer los principios constitucionales que rigen la contratación pública. La regulación de una actividad económica no puede ir en contravía o excluir las normas previstas en otras materias específicas y que se relacionan con la minería, en especial, lo que se refiere al ambiente y a la contratación pública.

Así, al no acudirse a la selección objetiva, se está impidiendo que el Estado cuente con el particular más competente en condiciones de calidad y oportunidad a fin de que se obtengan los más altos beneficios, el menor daño posible, respaldo patrimonial y la gestión más adecuada de los perjuicios que se llegaren a causar. Contar con un proceso de selección objetiva que permita escoger al particular mejor dotado y capacitado para realizar esta actividad de tan alto impacto social y ambiental, y no a quien primero presentó la propuesta conforme los requisitos establecidos en los artículos 270 a 278 de la Ley 685 de 2001, redundaría en una mejor gestión de los recursos públicos, un superávit para las finanzas estatales y mejor manejo ambiental y social.

Las reglas procedimentales actuales tienen serias implicaciones financieras por cuanto el erario no se robustece en la medida en que realmente podría, lo que hace la actividad minera ineficiente frente a las aspiraciones de utilidad pública e interés social. Esto, por cuanto el costo evidenciado en la alta conflictividad social y ambiental no es compensado por los réditos económicos<sup>9</sup>, situación que mediante la implementación de selección objetiva podrían disminuirse los primeros y aumentarse los segundos.

Desde esta óptica, las normas acusadas resultan abiertamente transgresoras del principio de prevalencia del interés general consagrado en los artículos 1 y 58 de la Carta, en tanto que los importantes estímulos tributarios<sup>10</sup> y jurídicos –descritos en este documento– que benefician a los interesados en desarrollar la actividad minera se ven potenciados por la ausencia de cualificación específica para adelantarla, en detrimento de los recursos públicos de la Nación.

Esta situación, a su vez, permite que exista una ventaja injustificada para quien llega primero a radicar en la ventanilla de la Agencia Nacional de Minería -ANM- o la presenta ante notario o alcalde de la residencia del proponente, o la envía a través de correo certificado o a través de medios electrónicos como se señala en el artículo 270 demandado, desconociendo el principio y derecho de igualdad de los demás proponentes, aun cuando su oferta redunde en un mayor beneficio para la Nación, con lo que se configura una violación del artículo 13 Constitucional.

Así las cosas, el desconocimiento de la Carta Política por parte de las normas demandadas se refuerza en la posición que ha tenido la Honorable Corporación Constitucional sobre las

<sup>9</sup> Esto quedó evidenciado en los cuatro libros de la Serie Minería en Colombia, publicados por la Contraloría General de la República entre 2013 y 2014, en particular en el Libro II. Institucionalidad y territorio, paradojas y conflicto. Capítulo I. La Paradoja de la minería y el desarrollo. Análisis departamental y municipal para el caso de Colombia<sup>9</sup>, donde se destaca como una de las conclusiones que los municipios más pobres y violentos del país, son los mineros, superando incluso a los coqueros.

<sup>10</sup> Ibid. Minería en Colombia. Contraloría General de la República. Libros I y II. Guillermo Rudas Lleras y Jorge Enrique Espitia. [www.colombiapuntomedio.com](http://www.colombiapuntomedio.com)

características de los contratos de concesión y su relación con el régimen de contratación pública. Al respecto, la Corte Constitucional en la misma Sentencia C-300 de 2012, hizo un análisis de la normativa que consagra este tipo de contratos, como se lee a continuación:

## 2.7 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

### 2.7.1 Elementos del contrato

2.7.1.1 El artículo 32.4 de la ley 80 de 1993 define los contratos de concesión así:

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura– es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.<sup>34</sup>

El objeto de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la ley 80, es delegar a una persona –concesionario– "(...) [i] la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o [ii] la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o [iii] bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio". Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuran las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.

La remuneración puede consistir "(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual", entre otras posibilidades.

El plazo debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.<sup>35</sup>

El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato por su cuenta y riesgo, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero bajo la vigilancia y control de la entidad contratante.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el concepto "bajo la vigilancia de la entidad contratante" se refiere a la facultad que conserva la entidad de dar instrucciones en torno a la ejecución del contrato, particularmente sobre cómo se debe prestar el respectivo servicio público, construir la obra o explotar el bien.<sup>36</sup> Como se indicó en la sentencia C-250 de 1996<sup>37</sup>, esta facultad, que tiene fundamento en el artículo 365 superior, exige diferenciar entre "(...) los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública)." La facultad de vigilancia se refiere solamente al primer aspecto. Adicionalmente, la vigilancia estatal debe dirigirse a impedir que el concesionario abuse de su posición dominante frente a los usuarios de la obra, bien o servicio.

De otro lado, sobre el concepto de desarrollo del objeto por el concesionario "bajo su cuenta y riesgo", la Corte ha señalado que hace referencia a la asunción del riesgo del fracaso o éxito por el concesionario, sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal.<sup>38</sup> Es por ello que bajo este tipo de transacciones, el contratista asume la mayor parte de la inversión que requiere la ejecución de la concesión, con la expectativa de amortizar la inversión y obtener su remuneración en el plazo del contrato.

(...)

2.7.1.2 Recientemente, la ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la denominación de las "asociaciones público privadas" proveniente de la literatura internacional<sup>40</sup>. Su artículo 1º define estas asociaciones como "(...) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio." A continuación, el artículo 2º precisa que las concesiones -artículo 32.4 de la ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibidem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv.

(...)

2.7.1.3 A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos.

En relación con la regulación del contrato, vale la pena destacar las siguientes disposiciones:

Respecto a la remuneración, el artículo 3 prevé que "[e]n estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera." Luego, el artículo 5 agrega que "[e]l derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, (...) estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento", con lo que se buscó incluir indicadores de calidad para evaluar el desempeño del contratista.

En materia de distribución de riesgos, el artículo 4 dispone que uno de los principios que debe guiar estas asociaciones es que los riesgos se repartan de forma eficiente, "(...) atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio". (Subrayado fuera de texto)

Según lo transcrito, los contratos de concesión, como modalidad de asociación público privada que son, deben regirse por el espíritu del régimen general de contratación pública, sin que le sea permitido sustraerse de los principios que enmarcan la actividad contractual del Estado. En esa lógica, deben atender a la satisfacción del interés general y los fines esenciales del Estado, de lo que no se exceptúan la explotación y apropiación por parte de particulares de los recursos naturales no renovables, tal y como actualmente ocurre en materia minera.

Análogamente, cabe realizar algunas precisiones sobre la ausencia de planeación de la actividad minera en el país, evidenciada en los contratos de concesión minera. Como se mencionó en la precedencia, el Código de Minas de manera taxativa establece los requisitos para contratar una concesión minera, sin que se incorporen requisitos relacionados con estudios previos que aseguren un proceso de planeamiento y orden de la actividad minera.

Se resalta que en la Sentencia C-300 de 2012, en relación con el principio de planeación en la concesión, expresó ese Alto Tribunal:

“La importancia del principio de planeación en el contrato de concesión.

2.7.2.1 El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos<sup>47</sup>.

Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

De otro lado, se relaciona con el principio de libre competencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables<sup>48</sup>. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación.

2.7.2.2 El principio de planeación es recogido por el artículo 25.12 de la ley 80 –modificado por la ley 1474 de 2011, el cual dispone en lo pertinente:

"Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño."

2.7.2.5 En resumen, en materia de concesiones, los estudios previos deben ser lo más precisos posibles para que (i) los interesados puedan establecer el riesgo y calcular si los flujos del proyecto serán suficientes para cubrir los costos, pagar las deudas y generar una remuneración equitativa durante el plazo pactado; y (ii) las partes puedan establecer el esquema de distribución de riesgos que más se acomode a las características del negocio y las circunstancias en las que se ejecutará<sup>50</sup>. Esta información asegura entonces que el equilibrio económico del contrato no se alterará en perjuicio de los intereses estatales y que, de otro lado, el contrato será ejecutado sin contratiempos en beneficio de la comunidad destinataria.

2.7.3.1 Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas.<sup>51</sup> Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación<sup>52</sup>. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo<sup>53</sup>. (Subrayado fuera de texto)

Respecto de la selección objetiva y la libre concurrencia en los procesos contractuales estatales, la Corte Constitucional en el citado fallo manifestó que el derecho a la libertad de oportunidades aplicado en la contratación pública -como en el caso del contrato de concesión- involucra el derecho a la libre concurrencia y oposición, por lo que desde el punto de vista de la Entidad Estatal este principio asegura la pluralidad de competidores. Así lo dejó claro la Corte:

“2.8.1 La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa. (Sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

2.8.2 Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el artículo 29 de la ley 80, en el que se precisaba que la selección del contratistas debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección. En ese momento el legislador consideró que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio -no un precio menor al definido en los pliegos, era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista. Luego, el artículo 30 señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por excelencia, sin perjuicio de otros mecanismos que para circunstancias especiales o según el tipo de negocio previera el legislador.

El artículo 29 de la ley 80 fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150, y la materia fue nuevamente regulada en el artículo 5 ibidem. En esta última disposición se establecieron los siguientes criterios generales para la selección del contratista: (i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planee adquirir bienes y servicios de características uniformes; y (iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores.

2.8.3 Dada la importancia para los fines del Estado del principio de selección objetiva del contratista, la Corte ha avalado la constitucionalidad de la licitación o concurso público como procedimiento de selección del contratista por excelencia dirigido a la selección objetiva<sup>60</sup>; es más, la Corte ha reconocido que en tanto la licitación es mencionada en el artículo 273 superior, el constituyente le

confirió categoría de validez jurídica a la institución.<sup>61</sup> En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes.

El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia. Al respecto, en la sentencia C-815 de 2001<sup>62</sup>, esta Corporación explicó:

"El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión."

Luego, en la sentencia C-713 de 2009<sup>64</sup>, la Corte agregó:

"La libre concurrencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato."

Este principio se relaciona con el derecho a la libre competencia y otras libertades económicas, en tanto (i) el contrato estatal es una fuente de ingresos importante para el sector privado y, por tanto, un espacio para el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa; y (ii) la libre concurrencia permite competencia entre las personas en capacidad de ofrecer el mismo bien o servicio.

Por otra parte, el principio de igualdad entre proponentes asegura que todos los que concurren reciban el mismo tratamiento y sus propuestas sean valoradas a la luz de los mismos criterios.

(...)

2.8.4 Estos criterios, en tanto desarrollan los principios de transparencia, igualdad, moralidad y eficiencia de la función administrativa, entre otros (artículo 279 superior), así como el derecho a la libre competencia (artículo 333 superior) y el principio de igualdad (artículo 13 superior), adquieren especial importancia constitucional, al punto que su limitación desproporcionada ha dado lugar a la declaración de inexecutable de algunos preceptos legales. (Negrita y subrayado fuera de texto)

En síntesis, conforme a lo expuesto hasta ahora, la no existencia de un procedimiento de selección objetiva de los contratistas estatales también vulnera el artículo 209 de la Constitución Política, en conexión con el artículo 334, los cuales disponen:

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Artículo 334. 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.

Lo anterior, se encuentra en armonía con lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, según se cita a continuación:

1.2.2 En este contexto, el actor sostiene que el precepto acusado desconoce el artículo 209 superior, ya que:

"a.- Favorece al titular de la concesión y desconoce los intereses generales de la comunidad que resulta favorecida si las obras públicas se contratan mediante procesos de selección que garanticen la vinculación del mejor contratista y la adjudicación del contrato a la mejor oferta.

b.- Desconoce el principio de igualdad porque, al permitir que los contratos se adicione para objetos distintos y sin límite a la cuantía, impide la participación de otros proponentes habilitados para ejecutar el contrato y le otorga una ventaja absolutamente injustificada al titular de la concesión."

Explica que los procedimientos de selección de contratistas son una forma de ejercicio de función administrativa que, por tanto, debe regirse por los principios propios de dicha función y estar dirigida a la satisfacción del interés general. No obstante, indica que la disposición censurada no satisface ni el interés general ni el principio de igualdad, pues (i) "(...) cierra la posibilidad de adelantar un proceso de selección en donde pueda escogerse al mejor contratista o la mejor oferta" y, por esta vía, (ii) "(...) otorga al titular de una concesión –por la simple circunstancia de tener esta condición- el derecho a ejecutar obras públicas distintas a las que son materia de su contrato de concesión, sin obtener adjudicación en una licitación pública".

1.2.3 En segundo lugar, el actor aduce que el precepto demandado vulnera el principio de libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución. En su criterio, "[l]a libre competencia (...) implica ventajas para los consumidores y usuarios de los servicios y obras públicas; y en este caso implica también ventajas para el Estado, pues le permite escoger el mejor proponente", lo que no es promovido por el precepto bajo escrutinio.

1.2.4 Por último, afirma que el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 viola el artículo 273 de la Carta, que se refiere al sistema de licitación pública para escoger a los contratistas del Estado. A juicio del demandante, como se indicó en la sentencia C-400 de 1999, el hecho de que la

Constitución hiciera referencia a la licitación pública implica- "(...) considerar que, para el ordenamiento superior, no es suficiente que esa escogencia simplemente se haga entre aquellos que se encuentren inscritos en un Registro de Proponentes, ni puede pensarse que esa condición les confiere a los inscritos la igualdad de derechos para obtener la adjudicación". Agrega que "[s]i de conformidad con la Constitución Política la escogencia del contratista debe hacerse mediante licitación pública, resulta contrario a ella que la ley autorice la prórroga de concesiones en los términos de la norma demandada, en la medida en que mediante dicho instrumento se elimina la posibilidad de contratar a través de licitación pública".

Al respecto, el Ministerio Público, mediante concepto emitido en el proceso generado por la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, citado en la Sentencia C-300 de 2012 emanada de esa Honorable Corporación, entre otras cosas expresó que:

"[e]n un Estado Social de Derecho, los contratos públicos no pueden adjudicarse de manera automática a una persona (...) porque en los contratos públicos está involucrado el interés general y el principio de participación, en razón de los cuales es necesario convocar a todos los interesados, incluyendo por su puesto al concesionario al que alude la norma, a presentar sus propuestas en igualdad de condiciones, en el marco de un proceso público y transparente". Agrega que "[l]a persona que ejecuta una obra para el Estado, así se trate de una concesión de obra pública, no tiene ni puede tener un derecho de preferencia, una primera opción, o un derecho automático a contratar todas las obras adicionales, directamente relacionadas con el objeto contractual relativo a dicha obra". (Subrayado fuera de texto)

Al mismo tiempo, en la antedicha Sentencia 300 de 2012, el Honorable Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

## 2.5 LA RACIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA, LA EFICACIA Y LA ECONOMÍA COMO PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ORIENTADORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.5.1 El artículo 334 de la Constitución dispone que la intervención del estado en la economía tiene como finalidad la racionalización de las actividades en el ámbito económico. Según la doctrina, con la racionalidad se pretende anticipar de mejor manera las consecuencias futuras de las acciones<sup>8</sup>. De esta forma la Constitución le exige al Estado cuando interviene en la economía que considere las consecuencias futuras de sus intervenciones, es decir, lo obliga a analizar la adecuación entre los medios y los fines perseguidos, de modo que si los medios no son adecuados para cumplir el fin propuesto, la medida legislativa se torna inconstitucional.

A su turno, el artículo 209 superior indica que la función administrativa debe orientarse, entre otros, por los principios de economía y eficacia. El primero, en armonía con el artículo 334, supone que la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. El segundo exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjuntos, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficios, es otras palabras, actuar de forma eficiente.<sup>9</sup>

Al respecto, vale la pena resaltar lo señalado en la sentencia C-035 de 1999<sup>10</sup>:

"Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en

beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. (...)"

2.5.2 Estos principios son acogidos por la normativa sobre contratos en varias disposiciones. Por ejemplo, el artículo 25 de la ley 80 recoge los principios de economía y eficacia y, entre otros aspectos, señala que en los procesos contractuales del Estado (i) se debe tener "en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados" v (ii) los trámites se debe adelantar "con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato". La ley 489 de 1998, a su turno, reitera que "[l]a función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política."

2.5.3 En consecuencia, los principios de racionalidad de la intervención del Estado en la economía, economía y celeridad, de eminente naturaleza instrumental, deben guiar la contratación estatal, de modo que cualquier limitación desproporcionada de los mismos, debe traer como consecuencia la inconstitucionalidad de la respectiva medida. Ciertamente, la mejor relación costo beneficio (no solamente en términos monetarios, sino también sociales, ambientales, culturales, etc.) le permite al Estado contar con más recursos para satisfacer las otras necesidades de la población, y en esa medida, se tornan inconstitucionales aquellas medidas cuyo efecto sea elevar los costos de las actuaciones estatales injustificadamente. (Subrayado y negrita fuera de texto)

Así las cosas, la jurisprudencia anotada muestra cómo un contrato público -caso de los contratos de concesión minera- no pueden otorgarse automáticamente a una persona, menos aún si el bien que se entrega en concesión son recursos naturales no renovables que, a la sazón, son propiedad estatal. Indefectiblemente, éstos involucran el interés general que de modo alguno puede ser entregado bajo un derecho de preferencia, que no involucre un proceso de selección objetiva, tal y como se ha hecho hasta ahora en aplicación del artículo 16 y los demás demandados del Código de Minas. En tal virtud, la inclusión del derecho preferencial según el postulado "primero en el tiempo" sin la realización de un estudio de postores para la exploración, explotación y apropiación particular de los recursos naturales, es una *limitación desproporcionada* de los principios de racionalización el Estado en la intervención de la economía nacional, razón por la cual deben "traer como consecuencia la inconstitucionalidad de la respectiva medida".

Frente a las normas demandadas, debe señalarse que el derecho de preferencia contenido en el artículo 16 del Código de Minas acusado, que en la práctica se ha traducido en la escogencia del primer proponente del contrato de concesión minero sin un proceso de selección objetiva, se constituye en una evidente violación del principio de igualdad, por cuanto excluye la posibilidad de que otros proponentes, con iguales o mejores propuestas y condiciones, sean seleccionados para suscribir con el Estado (Agencia Nacional de Minería) un contrato de concesión que los legitime para explorar y explotar los minerales yacentes en el suelo y subsuelo.

Lo anterior lleva a que no solo se declare la inconstitucionalidad de los artículos 16, 53 del Código de Minas, sino también los artículos 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 de la norma citada que consagran el procedimiento para suscribir el contrato de concesión sin dar aplicación a un proceso de selección objetiva en razón a que atentan contra el principio de igualdad, el derecho a la libre competencia y los principios generales de la función administrativa.

Como corolario de todo lo expuesto, en virtud de la evidente diferencia que existe entre el régimen de contratación pública y el establecido específicamente para el de concesión minera, los fines

esenciales del Estado, el principio de igualdad, la prevalencia del interés general sobre el particular, el derecho colectivo a un ambiente sano, el deber de planificación a cargo del Estado, los principios que rigen la función administrativa contemplados en la Constitución Política y la aparente utilidad pública y el interés social a los que hace referencia el artículo 13 del Código de Minas, los demandantes consideramos que las normas constitucionales mencionadas son abiertamente desconocidas a la luz de un proceso que no garantiza objetividad ni la obtención de la mejor oferta posible, lo que resulta en grandes costos para la administración.

Por estas razones, se considera que el contrato de concesión minera debe ajustarse a los principios constitucionales y legales de la contratación estatal, pues el existente no es idóneo para lograr los fines esenciales del Estado, garantizar el principio de igualdad, privilegiar el interés general sobre el particular, garantizar el derecho colectivo a un ambiente sano y atender a los designios de la función pública. No es comprensible que la actividad minera en virtud de la cual se genera la apropiación por parte de particulares de recursos naturales no renovables que por mandato de la Constitución Política pertenecen al Estado y se afectan gravemente los recursos naturales renovables que pertenecen al Estado<sup>11</sup>, cuente con un régimen específico en materia contractual que desconoce las garantías y principios constitucionales que le permitan al Estado proteger su patrimonio monetario y natural y obtener el mayor beneficio posible; a los particulares, participar en igualdad de condiciones, y al ambiente, ser aprovechado en forma sostenible.

2. Violación de la Constitución Política por desconocimiento del derecho fundamental a la participación de grupos afectados por proyectos de aprovechamiento de recursos naturales no renovables.

En el otorgamiento de los títulos mineros no se establece un mecanismo que de manera adecuada garantice el derecho fundamental a la participación ciudadana. De hecho, los propietarios, tenedores, poseedores u ocupantes de los predios donde existe interés minero, no son notificados, ni siquiera informados sobre la existencia de solicitudes de contratos de concesión minera, ni de su suscripción, pese a la relación con los predios donde habitan. Tampoco tienen la posibilidad real de hacerse partícipes de dicho trámite y ser escuchados de manera efectiva.

Esto adquiere especial importancia atendiendo que con el título minero, el Estado como propietario de los minerales yacientes en el subsuelo y de los recursos naturales no renovables, mediante un contrato de concesión minera, legítima a un particular para que explore, explote y se apropie de dichos minerales, yacientes en el suelo y subsuelo, para lo que debe necesariamente intervenir el(os) predio(s) donde se encuentran los mismos.

El artículo 13 del Código de Minas declara a la actividad minera en todas sus fases como de utilidad pública e interés social, legitimando la adquisición por negociación directa o expropiación de los predios donde se encuentran los minerales, lo que no debería constituirse en un argumento válido para desconocer el derecho fundamental a la participación, en especial de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

Es clara la importancia de la actividad minera en el desarrollo económico que se ha planteado para el país, en especial por la relación que tiene con la calidad de vida de los habitantes colombianos y su progreso, aspecto que justifica el interés general. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha subrayado que este último no es de carácter absoluto por cuanto las personas que soportan la

<sup>11</sup> Artículo 42 del Decreto ley 2811 de 1974, sobre los cuales el Estado ejerce dominio eminente. Sentencia C-126/98 de la Corte Constitucional.

realización de la extracción de minerales, usualmente son personas en condición de debilidad manifiesta, tal y como se lee en la Sentencia T-135 de 2007 de la Corte Constitucional:

3. Tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de los derechos fundamentales de las personas. Los espacios de participación y concertación en el diseño y desarrollo de megaproyectos

En un estado social y democrático de derecho como el que consagra el artículo 1º de nuestra constitución, no se puede dar una prioridad general y abstracta al interés general y la visión mayoritaria del “desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de infraestructura, cuando estas afectan los derechos fundamentales de las personas. De esta manera, como lo señaló la Corte en la sentencia T-129 de 2011, “el carácter axiológico de la Constitución impone la necesidad de equilibrar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional como la diversidad o el pluralismo y aquellos tutelados por las normas legales imperativas”.

Por consecuencia, el derecho a la participación de los grupos de población potencialmente afectados por causa de un proyecto de tal índole, constituye una de las formas en las que el Estado puede y debe prevenir que visiones generales del “interés general” generen graves afectaciones en los derechos de las personas. Al ejecutar un megaproyecto, el campesino, el jornalero o el tradicional habitante de una región afectada, se encuentra en un verdadero estado de indefensión frente al empresario o dueño del proyecto. Solo con el adecuado ejercicio de la participación podrá evitar que se lesionen sus derechos.

El derecho a la participación se encuentra previsto en la Constitución como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. Asimismo, se deriva del artículo 2º de la Carta, que indica que, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra el “de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. En el mismo sentido, el artículo 40 constitucional consagra, para todo ciudadano, el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Este derecho también está reconocido en el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por ejemplo, la Declaración Universal de 1948, en su artículo 21, dispone que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos. En el mismo tenor, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representante libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas. En el ámbito del sistema interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagra en los artículos 13, 20, 21 y 22, los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse y a presentar peticiones respetuosas. En el mismo contexto, el artículo 6º de la Carta Democrática reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23 reconoce varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos. (Subrayado fuera de texto)

Debe aclararse que, si bien el fallo citado hace referencia a la participación sobre decisiones ambientales, lo cierto es que, como se mencionó en el primer cargo, el otorgamiento del título minero de suyo trae el derecho a explorar y explotar el suelo y subsuelo sin considerar factores sociales, económicos y culturales de manera integral. Dicha etapa de la actividad minera implica la intervención física del territorio para la construcción de vías, campamentos y aprovechamiento de recursos naturales renovables como aguas superficiales y subterráneas, cambio de uso del suelo, perforaciones, extracción de minerales, acopio, disposición de minerales que no son objeto de interés en botaderos, etc.

En ese sentido, se viola el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución Política.

3. Violación de la Constitución Política por desconocimiento de los derechos de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna.

El marco jurídico colombiano contiene una segregación amplia y soterrada respecto de los derechos de las generaciones futuras. En términos generales, este término se ha venido utilizando de manera indiscriminada y con fines altruistas, sin que los Estados generen compromisos ciertos y eficaces que propendan a generar mecanismos de defensa de los derechos de los seres humanos que habitarán nuestro territorio. El no reconocimiento expreso en las normas de las generaciones futuras como sujetos de derechos, tal y como los tienen las personas naturales y jurídicas, las comunidades indígenas y, en otros países, la naturaleza y los animales, refleja una posición discriminadora: las generaciones futuras simplemente no existen para el Derecho.

Prueba de ello es que las decisiones sobre el desarrollo económico se toman sin miramientos sobre los impactos acumulativos de las actividades de explotación de recursos naturales; sin reparar en las medidas para la sostenibilidad ambiental y económica futura del país. Así, el principio de desarrollo sostenible tantas veces resaltado y mencionado en las normas, se enfoca en adoptar medidas que mantengan un cierto ambiente sano, en el límite del incumplimiento de los compromisos internacionales sobre conservación ambiental.

Esta última situación se hace evidente en zonas donde las actividades mineras se desarrollan en miles de hectáreas, como ocurre con los departamentos de la Guajira y Cesar, llevando en este último caso a que el Ministerio de Ambiente haya declarado la zona minera del centro de dicho departamento como un área fuente de contaminación<sup>12</sup>, lo que ha llevado, no solo a que se restrinja el desarrollo de nuevos frentes mineros, sino que debido a la gran cantidad de material particulado que se genera en esa zona –producto de la actividad minera–, se realicen procesos de reasentamiento involuntario de comunidades como el Hatillo, Boquerón y Plan Bonito. La destinación de amplias extensiones del territorio para el desarrollo de este tipo de actividades, también lleva a que se comprometan los compromisos internacionales adquiridos y aprobados por Colombia en relación a la conservación de la biodiversidad (Convenio sobre la Diversidad Biológica), del cambio climático (Convención Marco de Cambio Climático y Protocolo de Kioto), de los humedales (Convención RAMSAR) y los bosques secos (Convenio de Desertificación), entre otros, lo que de manera indefectible compromete el derecho a un ambiente sano de las generaciones presentes y futuras.

Sobre el desarrollo económico del país, en la Sentencia C-300 de 2012 la Honorable Corporación manifestó:

De esta forma la Constitución le exige al Estado cuando interviene en la economía que considere las consecuencias futuras de sus intervenciones, es decir, lo obliga a analizar la adecuación entre los medios y los fines perseguidos, de modo que si los medios no son adecuados para cumplir el fin propuesto, la medida legislativa se torna inconstitucional.

Así, el desarrollo sostenible no solo pasa por el análisis de las implicaciones en los ecosistemas afectados por diversas actividades, sino su impacto acumulativo en el futuro, situación que no cuenta con herramientas efectivas para ello, como se evidencia en el departamento del Cesar. En

<sup>12</sup> Resolución 2176 del 11 de Diciembre de 2007 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial "Por la cual se establece el Programa De Reducción de la Contaminación para las áreas - Fuente De Contaminación Clasificadas en la Zona Carbonífera del Cesar".  
[https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Resoluciones/res\\_2176\\_111207.pdf](https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Resoluciones/res_2176_111207.pdf)

Argentina<sup>13</sup>, por ejemplo, existe la Evaluación de Impacto Ambiental Acumulativo, que permite realizar un análisis integral del impacto de diversos proyectos individualmente licenciados en el tiempo; este instrumento preventivo permite establecer si la interacción entre los proyectos genera o no impactos adicionales o no y su magnitud, y si la suma de todos ellos en magnitud, extensión y duración pueden o no ser corregidos, mitigados, manejados o compensados.

El desarrollo sostenible implica mirar hacia el futuro, tal y como ha quedado consagrado en los diferentes instrumentos internacionales que lo desarrollan. Al respecto, vale la pena mencionar que al tenor del Informe de Brutland "Nuestro futuro común" elaborado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, la Conferencia de la ONU sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Segunda Cumbre de la Tierra) llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992, el *Principio de Desarrollo Sostenible* se consolidó como aquel en el que debe buscarse un equilibrio entre justicia social, progreso económico y preservación del ambiente, siempre en atención a las necesidades humanas del presente y del futuro.

A partir de lo mencionado, atendiendo a que el inciso primero del artículo 80 de la Constitución Política, prevé como modelo de desarrollo de Colombia, el desarrollo sostenible al disponer que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. En ese sentido, debe señalarse que el principio constitucional del desarrollo sostenible es desarrollado por la Ley 99 de 1993 lo que indefectiblemente nos conduce a las generaciones futuras. Señala dicha disposición:

**Artículo 3º.- Del concepto de Desarrollo Sostenible.** Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades. (Subrayado y negrita fuera de texto)

A partir de la lectura de este artículo, es factible afirmar que, en principio, las normas sí consagran a las generaciones futuras como sujetos de derecho, tienen derecho a utilizar el medio ambiente para la satisfacción de sus necesidades. No obstante, la indefinición de las necesidades del futuro puede dar a lugar monumentales discusiones filosóficas y económicas que podrían redundar en que las cosas sigan como van.

Sin embargo, una lectura más garantista debiera tener en cuenta que, como mínimo, derechos relacionados con una vida digna tales como el goce a un ambiente sano y aprovechamiento económico de los recursos naturales para su propio progreso, deberían incorporarse en el diálogo jurídico con las generaciones futuras.

Lo señalado, tiene tensiones desde la filosofía misma de la equidad intergeneracional y el alcance del Estado para regular hacia el futuro el marco jurídico que permita hacer efectivos dichos derechos, pero esto no ha sido objeto de análisis. Por ejemplo, las estrategias de conservación y medidas relacionadas con el desarrollo sostenible han tenido como centro el entorno propiamente dicho, principalmente por el valor que la generación presente le otorga a ciertos bienes, pero no porque se planee un desarrollo a largo plazo que permita garantizar el derecho del que habla el artículo 3 de la Ley 99 de 1993.

<sup>13</sup> Ver <http://inta.gob.ar/documentos/elementos-conceptuales-y-metodologicos-para-la-evaluacion-de-impactos-ambientales-acumulativos-eiaac-en-los-bosques-subtropicales.-el-caso-del-este-de-salta.-septiembre-2009>.

Es claro que las generaciones futuras no son una entidad presente o tangible<sup>14</sup>, pero sí una variable de altísima importancia para la consecución de los fines del Estado en el largo plazo, así como equidad y justicia social. Un adecuado ordenamiento jurídico que imponga la necesidad de evaluar los impactos que las decisiones administrativas puedan tener en los derechos de las generaciones por venir, puede modificar de manera positiva el curso de la historia.

La sola función simbólica del Derecho puede lograr modificar patrones de comportamiento social que incidan en la garantía de sus derechos. Pero más allá de eso, la consagración de un derecho (art. 3 de la Ley 99 de 1993) que no tenga mecanismos de acceso a la justicia, hace imposible su ejercicio.

Al respecto, y toda vez que se trata de seres humanos, cuyos derechos no solo son violados sino inexistentes, se resalta lo manifestado en la Carta Constitucional:

Artículo 13. (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado:

Ahora bien, el derecho a la igualdad prohíbe evidentemente la discriminación. Esa noción ha sido entendida por esta Corporación como *“la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando con frecuencia a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”*. La discriminación entonces, puede ser directa o indirecta. La indirecta ocurre, cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación.

(...)

Por otra parte, viola el principio de igualdad y conduce a la discriminación, *la omisión injustificada* del Estado de ofrecer un *trato especial* a las personas con debilidad manifiesta, cuando ellas requieran medidas de protección especial. En este sentido, el principio de igualdad exige frente a las personas que se encuentran en situación de desventaja, un esfuerzo por parte del Estado para superar las condiciones de marginación o exclusión que inciden en el goce de sus derechos, mediante políticas que puedan ser diseñadas para controvertir tal situación. Como lo explicó la Corte en la sentencia T-117 de 2003, la omisión injustificada del trato especial al que tienen derecho ciertos grupos de personas, privándolas injustificadamente de los beneficios, ventajas y oportunidades, puede dar lugar también a una discriminación por omisión.

Sobre ese aspecto, mediante la Sentencia C-250 de 2012 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, a la cual se hará alusión a lo largo del cargo, esa Corporación comenzó por explicar que la igualdad cumple una triple función al ser simultáneamente valor, principio y derecho fundamental, dentro de esa misma introducción se indica que la igualdad puede ser alegada ante cualquier trato diferenciado injustificado. Claramente, y aplicable de manera plena para el caso que nos ocupa, esa sentencia señaló que *“un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen*

<sup>14</sup> SANTACOLOMA MÉNDEZ, Laura Juliana. Las generaciones futuras como sujetos de derecho. Universidad de Palermo. Buenos Aires, Argentina. Tesis de Maestría. 2014. Pág. 73.

jurídico” por lo que se debe entrar a revisar el precepto jurídico respecto del cual se alega el trato discriminatorio injustificado amén del propio principio de igualdad.

En el mundo existen muy pocos intentos de establecer instrumentos de inclusión de las generaciones por venir, los cuales se han concentrado en la designación de un representante en cabeza del Defensor del Pueblo u “Ombudsman”<sup>15</sup>. En Colombia no existe ninguno; solo en relación con la violación del derecho a gozar de un ambiente sano o la omisión en el deber de protección de los recursos naturales, los cuales buscan amparo respecto de las personas afectadas en el presente.

Se subraya, sin embargo, que la Corte Constitucional en fallos anteriores<sup>16</sup> ha considerado a las generaciones futuras como sujetos de derecho, según lo que se cita a continuación:

SENTENCIA	EXTRACTO
Sentencia T-411 de 1992	“Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un “amor platónico hacia la madre naturaleza”, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. <u>Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes</u> ”. (Subrayado fuera de texto)
Sentencia C-526 de 1994	“El fundamento constitucional de la exigencia legal de la declaración de impacto o de efecto ambiental, se encuentra en el derecho constitucional que tienen <u>todas las personas, las de las generaciones presentes y futuras, de gozar un ambiente sano</u> , que emerge del siguiente conjunto normativo configurativo del sistema ambiental en la Constitución Política de 1991”. (Subrayado y negrita fuera de texto)
Sentencia C-649 de 1997	“El derecho que tienen <u>todas las personas, las generaciones presentes y futuras a gozar de un ambiente sano</u> , que emerge del conjunto normativo configurativo del sistema ambiental contenido en los arts. 8, 63, 67 inciso 2, 79, 80, 81, 82, 88, 93, 94, 226, 267 inciso 3, 268-7, 277-4, 282-5, 300-2, 310, 313-7-9, 331, 332, 33 inciso final y 340 de la Constitución Política es, sin lugar a dudas, el fundamento de la obligación que la legislación ambiental ha impuesto a las personas de presentar una declaración de efecto o de impacto ambiental, sustentada en la realización de los correspondientes estudios técnicos, acerca de cuáles son las consecuencias que en el ambiente o en los recursos naturales va a producir el desarrollo o ejecución de una determinada obra o actividad. (...) El sistema ambiental que ha configurado la Constitución fue una respuesta del Constituyente al preocupante y progresivo deterioro del ambiente y de los

<sup>15</sup>QUINZIO F., Jorge Mario. El Ombudsman: El defensor del Pueblo. Editorial Jurídica de Chile. 1992. Pág. 19. <http://books.google.com.co/books?id=N6htN30KZxAC&printsec=frontcover&dq=defensor+del+pueblo&hl>

<sup>16</sup> SANTACOLOMA MÉNDEZ. Laura Juliana. Las generaciones futuras como sujetos de derecho. Universidad de Palermo. Buenos Aires, Argentina. Tesis de Maestría. 2014.. Págs. 88 y 89.

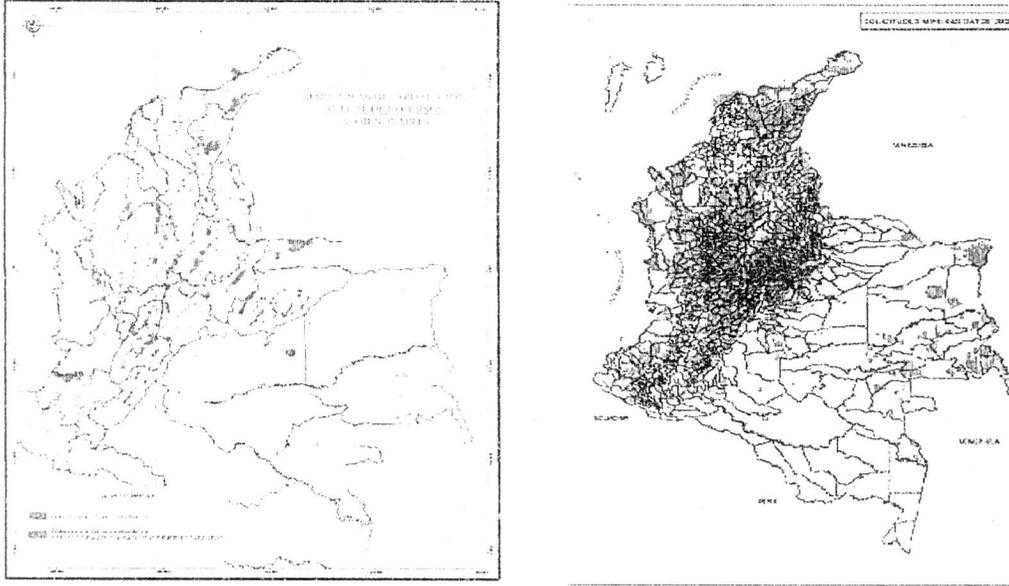
	recursos naturales renovables. <u>Ello explica la necesidad de salvaguardar para las generaciones presentes y futuras los elementos básicos que constituyen el sustrato necesario para garantizar un ambiente sano, mediante la preservación y restauración de los ecosistemas que aún perviven</u> ". (Subrayado y negrita fuera de texto)
Sentencia C-126 de 1998	"Ahora bien, en la época actual, se ha producido una "ecologización" de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, <u>ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible</u> . Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios". (Subrayado y negrita fuera de texto)
Sentencia C-189 de 2006	Ahora bien, en la época actual, se ha producido una "ecologización" de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, <u>ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible</u> . Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios". (Subrayado y negrita fuera de texto)
Sentencia T-760 de 2007	"De acuerdo con la sentencia en comento, la ecologización de la propiedad es producto de la evolución del concepto de Estado, de un parámetro puramente individual (liberal clásico) a un mandato que supera -inclusive- el sentido social de la misma para, en su lugar, <u>formular como meta la preservación de las generaciones futuras, garantizando el entorno en el que podrán vivir</u> ". (Subrayado fuera de texto)

Frente al tema minero existe una violación evidente de los derechos de las personas que habitarán en el futuro nuestro país. Las implicaciones de la desordenada y acelerada actividad minera en la futura necesidad de obtener beneficios económicos derivados de la extracción de minerales y, además, a disfrutar efectivamente de los recursos que les permitirán acceder a una calidad de vida apropiada, redundan en un muy posible futuro inequitativo. La concesión indiscriminada e insostenible actual del recurso minero y su alto impacto y duración en el tiempo, sin respaldo real frente a las consecuencias ambientales, sociales y culturales, aunado a la velocidad con la que se pretenden adelantar dichas actividades por parte del gobierno nacional, pone en alto riesgo el derecho a gozar de un ambiente sano y a una calidad de vida adecuada a los que tienen las generaciones futuras.

Para acercar a una realidad más tangible el problema jurídico que se trae a colación, en el siguiente mapa, tomado de la presentación APROXIMACIÓN AL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TIERRAS Y DESARROLLO RURAL, realizada por el entonces Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Juan Camilo Restrepo Salazar<sup>17</sup>, se da cuenta del importante impacto y extensión de la minería y sus expectativas frente a otras actividades de explotación de recursos naturales no renovables.

<sup>17</sup> Ministerio de Agricultura, Febrero de 2012.

## EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES VS. SOLICITUDES MINERAS



Gracias a la facilidad de explotar el recurso minero, derivada de los impulsos legales y tributarios pero también del bajo costo de la infraestructura requerida para extraer los minerales, la tendencia de solicitudes, títulos y explotaciones mineras es a la alza. Así, es difícil imaginar cómo se pueden recuperar suelos tipo I y II, los más ricos en nutrientes y menos costosos en términos de productividad agraria, luego de haber sido objeto de minería a cielo abierto. ¿Qué les quedará a las generaciones futuras? Si la gestión de los impactos ambientales generados por la actividad minera continúa sin satisfacer a las comunidades que deben soportarlos ¿Qué pasará con la acumulación de éstos en el tiempo?

La inexistencia de selección objetiva que permita conceder el recurso minero de propiedad estatal sin la planeación debida de todo contrato estatal, así como con la ausencia de beneficiarios idóneos de títulos mineros para la realización de dicha actividad, redundan en la explotación indiscriminada e irracional de un recurso que debe beneficiar a los habitantes colombianos presentes y futuros, sin que se obtenga los mayores beneficios que redunden en un mayor crecimiento económico. A lo mencionado se suma la inexistencia de un instrumento adecuado que permita gestionar el impacto acumulado de la actividad conforme las expectativas futuras de ordenamiento del territorio, sin lo cual existe un alto riesgo de agotar la base de los recursos naturales en las extensas zonas en las que existen solicitudes y títulos mineros.

Ante la evidente y descontrolada proliferación de solicitudes y títulos mineros otorgados por las autoridades mineras en gran parte del territorio nacional, en 2014 la Contraloría General de la República<sup>18</sup> puso de presente que esta situación, además de ocasionar conflictos sociales y ambientales, estaba llevando a que en la práctica buena parte del territorio nacional se estuviera ordenando en virtud del otorgamiento de títulos mineros lo cual contrariaba el deber de

<sup>18</sup> Libro I de la Serie Minería en Colombia. Minería en Colombia publicado por la Contraloría General de la República "Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo", en el Capítulo I. "Derechos, minería y conflictos - aspectos normativos". Rodrigo E. Negrete Montes. Pags. 22-54

planificación integral en cabeza del Estado previsto en el artículo 80 constitucional, el cual debe partir desde lo ambiental y territorial, reconociendo la base natural existente y el deber calificado de protección ambiental que le corresponde al Estado. Pese a ello, se realiza en virtud del desarrollo de una actividad sectorial, como la minería -que es llevada a cabo por particulares-, que debido a su grave impacto destruye y agota los recursos naturales renovables y no renovables y, por ende, la posibilidad de las generaciones futuras de disfrutar de los mismos en las áreas intervenidas con esta actividad.

El Estado colombiano se encuentra fundado, entre otros principios, en la solidaridad de las personas que la integran. La solidaridad, así vista, implica obligaciones de los habitantes colombianos en relación con la convivencia y empatía con el otro en aras de una convivencia armónica.

La Corte Constitucional, en un fallo sobre derechos laborales, sobre el principio mencionado, señaló:

Para la Corte, el llamado expreso de la norma superior a que las relaciones entre las personas se desarrollen bajo el principio de la solidaridad, debe extenderse a aquellas de carácter laboral. En ese sentido, las relaciones laborales deben respetar principios constitucionales que, como el de solidaridad, permiten a las partes reconocerse entre sí, como sujetos de derechos constitucionales fundamentales, que quieren desarrollar su plan de vida en condiciones mínimas de dignidad, y que para hacerlo, requieren apoyo del Estado y de los demás particulares, especialmente, en aquellas situaciones en las que las desigualdad material, la debilidad física o mental, o la falta de oportunidades, les imponen obstáculos mayores en la consecución de sus metas.

Sobre el concepto de solidaridad ha dicho la Corporación que: “[s]e trata de un principio que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo (...) La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.”

En otra decisión, dijo la Corte con respecto a este deber: “[l]a construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano, impuesto categóricamente por la Constitución, el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro.

En un fallo en sede de control abstracto de constitucionalidad, la Corte aclaró que el principio de solidaridad, entendido como deber, podía ser exigido excepcionalmente a los particulares a pesar de que no hubiera sido desarrollado en una ley de la República. Así lo señaló en la Sentencia C-237 de 1997 cuando, al ocuparse de una demanda instaurada contra el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el Código Penal, dijo que: “[e]l deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental”.

El principio de solidaridad implica el reconocimiento del otro, razón por la cual, al excluir las generaciones futuras de las acciones que les permitan acceder a garantías reales ajustadas a su naturaleza, el ordenamiento jurídico y la sociedad colombiana, las alejan de medidas que puedan equilibrar las cargas que la economía presente colombiana le impone a sus generaciones futuras.

Toda vez que esa Alta Corporación Constitucional ha reconocido derechos a las generaciones futuras, y dado que no existe un mecanismo legal existente que permita amparar dichas garantías constitucionales -que como mínimo consiste en el derecho a gozar de un ambiente sano- consideramos que en el marco de la Acción Pública de Inconstitucionalidad es posible que se incorporen mecanismos para la defensa de sus intereses vitales. En consecuencia, modificar las causas que impiden una adecuada planificación de la explotación de los recursos mineros en aras de obtener mayores beneficios ambientales y económicos para las generaciones presentes y futuras es una necesidad para alcanzar los fines del Estado.

La solidaridad intergeneracional debe contribuir a una sociedad que en la medida en que avance el tiempo obtenga mayores niveles de equidad, de justicia y de calidad de vida para las personas, en lo cual el Derecho juega un papel fundamental como herramienta de intervención en las relaciones humanas. Continuar sin tomar en serio los derechos de las generaciones futuras contribuye a desconocer el marco jurídico, democrático y hasta el participativo previsto en el Preámbulo, así como el derecho a la igualdad, toda vez que las personas por nacer no tienen representación o mecanismos de defensa de sus intereses.

#### 4. Violación de la Constitución Política por ausencia de planificación del aprovechamiento de los minerales

Como se trata de un mandato Constitucional a cargo del Estado, éste debe aplicar el principio de planificación (Artículo 80), con fundamento en el cual es preciso que se ordene el territorio y, para ese efecto, se requiere conocer la base natural existente y las comunidades asentadas, lo que en gran medida se pretende con los instrumentos de planificación y ordenamiento existentes en materia ambiental, como los planes de ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas, los planes de ordenación forestal, declaratoria de áreas protegidas y planes de ordenamiento territorial, entre otros, con fundamento en los cuales -en el marco de un proceso participativo e incluyente-, se determina el régimen de usos y, por ende, lo que se puede hacer en el territorio y la mejor forma de llevarlo a cabo.

Tratándose de la explotación de minerales, es necesario dar aplicación a un proceso de selección objetiva, con el que se le permita al mismo Estado garantizar la escogencia del mejor postor para que explote los recursos naturales no renovables (minerales) que se encuentran en el suelo y subsuelo, puesto que la extracción necesariamente ocasiona grave afectación al medio ambiente y a las comunidades presentes en el área de influencia directa e indirecta, por lo que la responsabilidad social ambiental empresarial del beneficiario del título minero, es un referente necesario a fin de evitar la vulneración de los principios, derechos y obligaciones previstas en la Constitución Política.

En ese orden de ideas, es preciso que se analicen los impactos acumulativos que ocasionan las actividades mineras, en particular porque además del deterioro grave que ocasionan sobre el ambiente, estas no están asociadas al área puntual que cubre el título minero, sino que trascienden al mismo. En el caso de la minería de carbón en el departamento del Cesar, es un claro ejemplo de ello, debido a que la explotación se realiza en los municipios de La Jagua de Ibirico, Becerril y el Paso y una vez acopiado, es transportado cientos de kilómetros hasta el municipio de Ciénaga y el Distrito de Santa Marta, en el departamento del Magdalena, de donde es exportado. Situación semejante -aunque en menor escala- se presenta en todos los sitios donde se realizan actividades mineras, sea el bajo cauca antioqueño, las montañas de Santander, Boyacá, Cundinamarca, Caldas, Antioquia, Valle del Cauca, etc.

Así mismo, la realización de actividades mineras que no estén acordes con los procesos de planificación territorial, atenta de manera directa en contra del principio del desarrollo sostenible en donde la interrelación de los factores tenidos en cuenta en el planeamiento del territorio tienen incidencia directa sobre la forma en que el país se desarrolla físicamente, a propósito de las necesidades de las comunidades mismas. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en el precitada Sentencia C-339 de 2002, señaló:

Dentro de este contexto es necesario conciliar el grave impacto ambiental de la minería con la protección de la biodiversidad y el derecho a un medio ambiente sano, para que ni uno ni otro se vean sacrificados. Es aquí donde entra el concepto del desarrollo sostenible acogido en el artículo 80 de nuestra Constitución y definido por la jurisprudencia de la Corte como un desarrollo que "satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades.

El desarrollo sostenible no es solamente un marco teórico sino que involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza. En anteriores oportunidades esta Corte trató el concepto del desarrollo sostenible a propósito del "Convenio sobre la Diversidad Biológica" hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. En esa oportunidad destacó:

*"La Constitución Política de Colombia, con base en un avanzado y actualizado marco normativo en materia ecológica, es armónica con la necesidad mundial de lograr un desarrollo sostenible, pues no sólo obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales sino que además, al establecer el llamado triptico económico determinó en él una función social, a la que le es inherente una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y del bienestar comunitario. Del contenido de las disposiciones constitucionales citadas se puede concluir que el Constituyente patrocinó la idea de hacer siempre compatibles el desarrollo económico y el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico".*

Desde esta perspectiva el desarrollo económico y tecnológico en lugar de oponerse al mejoramiento ambiental, deben ser compatibles con la protección al medio ambiente y la preservación de los valores históricos y culturales. El concepto de desarrollo sostenible no es nuevo, los principios 4, 8, 11 y 14 de la Declaración de Estocolmo establecen la importancia de la dimensión económica para el desarrollo sostenible, que luego fue reproducido por el Tratado de la Cuenca del Amazonas, del cual Colombia es uno de sus miembros exclusivos, en el cual se refirió a la relación entre ecología y economía de la siguiente manera: "(...) con el fin de alcanzar un desarrollo integral de sus respectivos territorios amazónicos, es necesario mantener un equilibrio entre el crecimiento económico y la conservación del medio ambiente".

Este tipo de consideraciones, pone de presente la existencia de una actividad que requiere ser realizada de manera responsable, con los más altos estándares, donde se armonice la minería con los procesos de planificación y ordenación existentes, de manera tal que la ausencia de un proceso de selección objetiva al momento de escoger a quien de manera objetiva pueda desarrollar la actividad minera, atenta contra el principio constitucional de planificación estatal, donde es preciso que se establezcan límites al desarrollo de dicha actividad en función de cumplir con los principios constitucionales de protección ambiental, deber de planificación y desarrollo sostenible.

La planificación del aprovechamiento de los recursos naturales, debe tener como punto de partida la consideración de todos los impactos previsibles que se pueden generar en el marco de la explotación sistemática de las riquezas naturales, en virtud del principio constitucional de prevención y de la protección de las riquezas naturales del país. En este momento, ni el Código de Minas ni ninguna otra norma incluye consideraciones sobre la necesidad de evaluar el impacto

ambiental derivado de la exploración minera, ni tampoco del acumulativo, cuando se trata de un conjunto de proyectos mineros llevados a cabo en una determinada área con condiciones biogeográficas y/o sociales homogéneas.

5. Violación de la Constitución Política por violación de los atributos de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas.

El Código de Minas establece zonas excluidas y restringidas para la minería (art. 34 y 35). Dentro de estas últimas se encuentran las zonas mineras indígenas, las cuales pueden ser objeto de concesión "siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar".

El otorgamiento de títulos mineros en los territorios colectivos de las comunidades indígenas -tal y como lo prevé el Código de Minas-, conlleva una afectación directa al entorno natural de las comunidades étnicas y, de contera, una amenaza a su existencia e integridad. Esto, especialmente porque solo existe un derecho de prelación frente a las solicitudes que se presenten para desarrollar minería en sus territorios, y no un mecanismo real y efectivo que permita a las comunidades oponerse a la realización de actividades mineras si así lo consideran dentro de su autonomía, según se lee a continuación:

Artículo 275-. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

Artículo 276-. Vencido el término de treinta (30) días de que trata el artículo anterior, en una sola providencia se resolverán las oposiciones presentadas y se definirán las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Si las oposiciones y superposiciones que fueren aceptadas comprendieren solo parte del área pedida, se restringirá la propuesta a la parte libre y si la comprendieren en su totalidad, se ordenará su archivo". (subrayado fuera de texto original)

Adicionalmente, existe una verdadera contradicción entre las normas mineras y ambientales, en tanto que las autoridades ambientales pueden establecer zonas prohibidas o restringidas para minería (artículo 34 Código de Minas) y, siendo las autoridades de las comunidades étnicas verdaderas autoridades ambientales dentro de su jurisdicción (artículo 330 Constitución Política), se les impide ejercer las facultades en esa materia. Así, las autoridades étnicas no pueden oponerse al desarrollo de la actividad minera porque aun cuando en el marco de la consulta previa decidan de manera autónoma que no quieren actividad minera en sus territorios, lo cierto es que ésta no es vinculante y termina imponiéndose una actividad que desconoce sus usos y costumbres..

En ese mismo sentido, la imposición de la actividad minera implica una sustracción de hecho de los resguardos indígenas que al tenor del artículo 63 de la Constitución Política, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En tal virtud, los artículos 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 del Código de Minas antes transcritos conllevan que estas áreas sean objeto de apropiación material, que no jurídica, de quienes realizan la actividad minera.

En este punto vale la pena resaltar que para ejercer la actividad minera en áreas diferentes a las arriba mencionadas, se requiere –además del título minero y la licencia ambiental- de la aquiescencia del propietario, o la compra o expropiación del predio. Sin embargo, en los resguardos indígenas, solo existe el derecho de prelación en el marco de la consulta previa, siendo estas tierras colectivas de carácter inalienable, inembargable e imprescriptible.

De igual manera, existe una falsa creencia de que los derechos derivados de la actividad minera no tienen relación con los derechos reales de quienes se ven en la situación de soportarla. Sobre el particular, vale la pena aclarar que si bien existen unos derechos patrimoniales derivados de la apropiación de los minerales, existe afectación sobre la propiedad privada y pública que no puede ser simplemente ignorada.

No debe perderse de vista, que conforme al artículo 14 del Código de Minas, el derecho a explorar y explotar minas se adquiere en virtud de un título minero otorgado e inscrito en el registro minero nacional; no obstante, este derecho se materializa necesariamente en el territorio donde se encuentran los minerales de interés y las comunidades –étnicas o no-, de manera que si quien pretende realizar las actividades mineras no es propietario del predio, se hace necesario que se adquiera el dominio de éste, sea por negociación directa o por expropiación. En el caso de las comunidades indígenas no es factible adelantar procesos de expropiación, pero de otorgarse el título minero a un tercero ajeno a la comunidad, como lo prevé el artículo 128 de la Ley 685 de 2001, se evidencia una sustracción de hecho del territorio colectivo, situación que no puede justificarse en que se trate de una zona minera indígena, que por demás se declara sin adelantarse el proceso de consulta previa.

Como se ha sostenido en otras ocasiones, existe una relación directa entre suelo y subsuelo en cuanto a extracción de minerales se refiere, en razón a que solo puede llegarse al segundo mediante la eliminación del primero. En ese sentido, no puede solo hablarse de derechos patrimoniales relacionados con los recursos mineros, sino que esto implica una regulación en negativo sobre los derechos reales de las personas que deben renunciar a ellos para que se lleve a cabo una explotación determinada.

Así, en la medida en que el Código de Minas establece el derecho a apropiarse de los minerales yacientes en el suelo y el subsuelo (artículo 15), y dado que no existen normas que se refieran a las controversias entre derechos reales y patrimoniales de manera puntual, dicha norma también está estableciendo cargas negativas sobre la propiedad de los predios. En el caso de los resguardos indígenas, la propiedad colectiva que es otorgada con las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y con la finalidad de proteger la integridad de las comunidades, se ve modificada de hecho en sus atributos por la intervención minera en los resguardos.

Al respecto, se subraya que la inalienabilidad de estas áreas es de orden constitucional, razón por la cual una norma de carácter legal no podría modificar dicha limitación. La intervención de un territorio constitucionalmente inalienable se ve burlada con un simple derecho de prelación. Lo anterior, además, desconoce el derecho de las comunidades indígenas a autodeterminarse en tanto que se les obliga bien a realizar o bien a permitir una actividad que no está de acuerdo con sus usos y costumbres tradicionales.

Dichas características, han sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los parques naturales. Frente al tema, en relación a las características establecidas en el artículo 63 de la Constitución Política respecto de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, la Corte Constitucional manifestó:

SENTENCIA	EXTRACTO
Sentencia C-598 de 2010	<p>Ahora bien, se preguntó la Corte si la circunstancia de que los Parques Naturales son bienes de uso público y tienen el carácter de inembargables, inalienables e imprescriptibles, inhibe al legislador para radicar en cabeza de la administración la potestad de sustraer o desafectar áreas que forman parte de estos parques.</p> <p>Respecto del sentido y alcance que debe dársele al precepto contemplado en el artículo 63 superior en relación con el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de los bienes allí previstos, precisó la Corte Constitucional que en lo que respecta a los Parques Naturales debían entenderse tales rasgos de manera que las restricciones trazadas fueron fijadas por las y los Constituyentes <i>“con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste”</i>.</p> <p>4.4. Expuesto lo anterior, la atribución legislativa a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible para <i>sustraer</i> áreas protegidas de Parques Regionales, desconoce la Carta Política en las normas señaladas en la formulación del problema jurídico-constitucional. Considera la Sala que existen serios motivos para que en el caso bajo examen se aplique el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-649 de 1997. Una interpretación sistemática y armónica de lo establecido en los artículos 63, 79 y 80 de la Carta Política lleva a concluir, por tanto, que en punto a la facultad de sustraer o cambiar la destinación de las áreas declaradas Parques Naturales Regionales contradice el sistema de protección del medio ambiente establecido en la Constitución Política.</p>
Sentencia C-649 de 1997	<p>La protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste.</p>
Sentencia T-601 de 2011	<p>A nivel de organización territorial, dispuso que los territorios indígenas son entidades territoriales (Art. 286), las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. Para tal efecto, son titulares de los siguientes derechos: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) participar en las rentas nacionales (Art. 287). Igualmente, el marco constitucional prevé que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.</p> <p>Dichos territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, correspondiéndoles: (i) velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y doblamiento de sus territorios; (ii) diseñar las políticas y planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo; (iii) promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; (iv) percibir y distribuir sus recursos;</p>

	<p>(v) velar por la preservación de los recursos naturales; (vi) coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; (vii) colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instituciones y disposiciones del Gobierno Nacional; (viii) representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y (ix) las demás que les señalen la Constitución y la ley (Art. 330).</p> <p>Adicionalmente, señala la Constitución que los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable (Art. 329) y que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330 parágrafo).</p>
--	--

Si bien es claro que los derechos fundamentales de las comunidades étnicas tales como conservar su diversidad cultural e integridad étnica, determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse y conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y de adoptar las decisiones internas o locales que mejor consideren para proteger dichas garantías, llegan a generar tensiones con otras normas que inclusive definen el Estado de Derecho, frente a lo cual la Corte Constitucional ha considerado que “en abstracto los derechos de los pueblos indígenas gozan de una dimensión de peso mayor *prima facie*, en virtud del principio de maximización de la autonomía”<sup>19</sup>. Esta situación cobra especial relevancia en tanto que la minería es considerada como una actividad de utilidad pública e interés social en todas sus fases –pese a los deficientes resultados y altos impactos de la misma<sup>20</sup>– los territorios de las comunidades étnicas parecieran estar obligados a soportar tantos títulos mineros como potencial haya en el subsuelo, independientemente de su impacto acumulativo, extensión y duración.

No obstante, si los derechos tienen un peso mayor frente a derechos fundamentales de igual jerarquía –conforme la tesis de la jerarquía axiológica móvil descrita en la Sentencia T-601 de 2011– aún mayor peso reviste sobre una disposición de carácter legal, tal como el Código de Minas. En tal sentido, lo relacionado con la intervención en el territorio inalienable, imprescriptible e inembargable indígena, consagrado en el artículo 63 Superior, contraría de manera flagrante la Carta Política.

Esta circunstancia implica que en un territorio de comunidades indígenas, que mayoritariamente no contemplan la minería como actividad acorde a sus usos y tradiciones, son obligadas a realizarla o a permitir que se realice, porque solo existe un derecho de prelación, indefectiblemente lleva a que se tenga que realizar la actividad minera, sea por la comunidad si hace uso del derecho de prelación o por el particular interesado en el título minero, el cual se suscribe sin siquiera adelantar el proceso de consulta previa. La suscripción del título minero y el consecuente desarrollo de las actividades de exploración y de explotación, llevan a que se efectúe de hecho un cambio de uso del suelo del territorio colectivo.

Si bien la Constitución Política establece que la explotación de recursos naturales que allí se realice, debe desarrollarse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, se pregunta entonces ¿Cuál es el fin de la inalienabilidad constitucional de estas áreas? En ese entendido, el simple derecho de prelación para la explotación de minerales que se otorga a

<sup>19</sup> Sentencia T-601 de 2011

<sup>20</sup> Serie “Minería en Colombia”. Contraloría General de la República. [www.colombiapuntomedio.com](http://www.colombiapuntomedio.com)

las comunidades indígenas, no garantiza su integridad y si faculta a un particular para realizar de hecho una sustracción del territorio colectivo, inalienable, imprescriptible e inembargable.

Es de anotar que la actividad minera, que de forma ancestral -por razones de supervivencia o cultural- realizan de manera ocasional las comunidades indígenas sin fin comercial, no están sujetas a la obtención de título minero, de manera que al referirnos a los contratos de concesión, estamos frente al desarrollo de actividades mineras de alto impacto, que generan deterioro grave al ambiente y para las cuales las comunidades indígena no cuentan con el conocimiento, tecnología y medios para llevarlas a cabo. En consecuencia, el derecho de prelación previsto en el Código de Minas no garantiza la conservación y protección del territorio colectivo y a *contrario sensu*, en lugar de constituirse en una garantía de los derechos de las mismas, se han convertido en una especie de *patente de corso* para que particulares ajenos a la comunidad indígena, cambien el uso del suelo, sustraigan de hecho el territorio inalienable, imprescriptible e inembargable y exploren, exploten y se apropien de los recursos allí existentes, solo amparado en una decisión de una entidad administrativa.

Así por ejemplo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Especializada de Restitución de Tierras, mediante la Sentencia 007 del 23 de septiembre de 2014 la comunidad Embera Katio del Alto Andágueda soportaba títulos y solicitudes mineras, en una extensión de 31.000 hs -62%-, respecto de las 50.000 hs de extensión de su resguardo<sup>21</sup>. Cada título se otorga hasta por 30 años y puede ser prorrogado por otros 30 más<sup>22</sup>, situación que evidencia el altísimo impacto ambiental y social que puede recibir una comunidad indígena dentro de un territorio que el mismo Estado Social de Derecho ha reconocido como inalienable, imprescriptible e inembargable.

Adicional a lo anterior, debe resaltarse que no existe limitación alguna en el Código de Minas para la cantidad de títulos mineros, lo que en teoría podría llevar al absurdo de que el 100% de un resguardo sea titulado. La profunda vulnerabilidad en la que se encuentran estas comunidades requiere de la urgente intervención de la Corte Constitucional para evitar que se sigan vulnerando el derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas y se eviten perjuicios irremediables en relación con la destrucción de su territorio ancestral.

Otorgar un simple derecho de prelación para las comunidades indígenas frente al otorgamiento de títulos, la declaratoria de zonas mineras de comunidades étnicas y de áreas estratégicas para la minería se traduce en la pérdida del territorio de las comunidades, en una sustracción de territorios que les pertenecen y que son inalienables e imprescriptibles de manera tal que los artículos 121, 124, 126, 275 y 276 del Código de Minas violan de manera abierta la Constitución Política.

### C. CONCLUSIONES

Al tenor de lo hasta aquí expuesto, los demandantes consideramos que la ausencia de un proceso de selección objetiva desconoce el mandato del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, que es norma especial; atenta contra los principios de la función pública, los fines esenciales del Estado, el principio y derecho fundamental a la igualdad, a la libre concurrencia y competencia, protección del

<sup>21</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Especializada de Restitución de Tierras, mediante la Sentencia 007 del 23 de septiembre de 2014, Pág. 4.

<sup>22</sup> Ley 685 de 2001. Artículo 70. Duración total. El contrato de concesión se pactará por el término que solicite el proponente y hasta por un máximo de treinta (30) años. Dicha duración se contará desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional

patrimonio público, el principio constitucional de planeación de los recursos naturales. De igual manera, dado que el mecanismo de selección aquí atacado impide obtener de manera eficiente los mayores beneficios para las arcas públicas colombianas, se desconoce la prevalencia del interés general consagrada el artículo superior mencionado. Aunado a lo anterior, el artículo 2 de la Constitución Política es ignorado por las normas del Código de Minas atacadas, en tanto que éstas impiden una real promoción de la prosperidad general, como fin esencial del Estado, al consagrar normas que no exigen el mejor proponente para explotar los minerales.

Finalmente, el artículo 334 Superior establece que la intervención del Estado en la explotación de recursos naturales tiene como fin la racionalización de 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, con la intención de alcanzar progresivamente los objetivos del Estado Social de Derecho. Lo mencionado, tiene una innegable relación con la gestión más eficiente de los recursos mineros y los impactos que esta actividad genera en la sociedad y el ambiente, para lo cual un proceso de selección objetiva es una herramienta de gran utilidad, tal y como sucede con las licitaciones públicas y concursos de méritos en materia de contratación estatal.

Es claro, además que conforme al artículo 333 la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero deben serlo dentro de los límites del bien común, que estaría dado por la obtención de mayores beneficios económicos y la reducción de los factores de conflicto social y ambiental. Como se ha venido sosteniendo, un proceso de selección objetiva coadyuvaría en obtener los mejores resultados posibles de una actividad que pretende ser uno de los motores de desarrollo económico del país, en virtud de lo cual es necesario modificar las normas cuestionadas porque así lo exigen el interés social y el ambiente de la Nación.

Así mismo, no existen mecanismos de participación de la comunidad en la decisión de otorgar o no un título minero pese a la afectación con el modo de vida de las personas que la soportan y las cuales, en términos muy generales, son población vulnerable.

En la medida en que no existen instrumentos de defensa efectivos para proteger los derechos de las generaciones futuras, y dado que el actual proceso para otorgar las concesiones mineras tiene una fuerte tendencia al crecimiento ilimitado, se violenta el artículo 1 de la Constitución Política, que define a Colombia como un Estado Social de Derecho fundado en la solidaridad de las personas que la integran, así como el modelo de desarrollo sostenible consagrado en el artículo 80 Superior.

Igualmente, el principio de planificación de los recursos naturales es desconocido por el ritmo y cantidad de títulos mineros que se otorgan sin que existan estudios sobre el impacto acumulativo de la suma de los proyectos, lo que también atenta en contra del principio del desarrollo sostenible.

Finalmente, el otorgamiento de títulos mineros en los territorios colectivos de comunidades indígenas y el derecho de prelación previsto para estas comunidades frente al eventual desarrollo de actividades mineras en resguardos indígenas, viola la autodeterminación de las comunidades y el carácter de inalienable, imprescriptible e inembargable de la propiedad colectiva.

---

#### IV. PETICIÓN DE LA DEMANDA

Se solicita a la Honorable Corte Constitucional declarar inexecutable los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas- por las razones expuestas a lo largo de esta demanda.

De manera subsidiaria, se solicita a la Honorable Corte Constitucional que mientras se expida la regulación del proceso de selección objetiva para el otorgamiento de títulos mineros, se ordene la aplicación del proceso de selección objetiva que se realiza en materia de hidrocarburos, de manera que el Estado, a través de las autoridades mineras, oferte las zonas del territorio nacional donde conforme con la información geológica existente, se haya determinado la existencia de minerales de interés, a fin de que estas áreas sean ofertadas y entregadas al postor que acredite las mejores condiciones financieras, legales, técnicas y operacionales necesarias para ejecutar las actividades.

---

#### V. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA CONOCER DE ESTA DEMANDA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, que establece que la Corte Constitucional tiene entre sus funciones la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, así como lo señalado en el Decreto 2067 de 1991.

---

#### VI. TRÁMITE

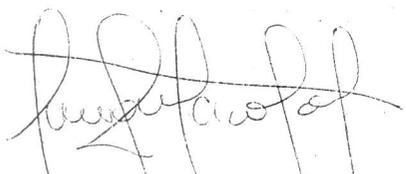
El trámite que debe seguir esta demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con las demandas con las que se presenta.

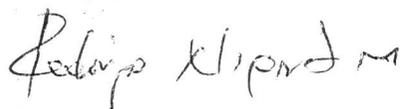
---

#### VII. LUGAR DE NOTIFICACIONES

Manifiestamos respetuosamente, que recibiremos notificaciones en la Secretaría de la Corporación, y en la Carrera 45 No. 22A -80. Apartamento 604. Conjunto Residencial Santa Clara, Barrio Quinta Paredes, Bogotá, D.C.

Atentamente,

  
52.816.979

  
cc - 73.681.609

Rodrigo Negrete Montes

RODRIGO ELIAS NEGRETE MONTES  
C.C. 78.691.601

Laura Juliana Santa Coloma Méndez

LAURA JULIANA SANTACOLOMA MENDOZ  
C.C. 52.816.979