



**EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DEBE CUMPLIR LA
MEDIANA Y PEQUEÑA MINERÍA:**

EL CASO DE LA MINERÍA DEL ORO EN ANTIOQUIA

Por:

**LINA NADER
PAOLA ANDREA CANO**

Asesor:

**EDGAR ANTONIO ESCOBAR LOPEZ
ABOGADO**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLIN
2016**



**EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DEBE CUMPLIR LA
MEDIANA Y PEQUEÑA MINERÍA:
EL CASO DE LA MINERÍA DEL ORO EN ANTIOQUIA**

**Por:
LINA NADER
PAOLA ANDREA CANO**

TRABAJO FINAL DE GRADO PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

**Asesor:
EDGAR ANTONIO ESCOBAR LOPEZ
ABOGADO**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLIN
2016**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

DEDICATORIA

“A nuestras familias por su apoyo y motivación, a nuestro asesor por su inestimable orientación, a todas aquellas personas que hicieron parte de nuestro proceso de formación académica y a nuestros Mineros Colombianos por su lucha y valor.”

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
OBJETIVO GENERAL.....	17
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	17
JUSTIFICACIÓN	18
CAPÍTULO PRIMERO	23
CONTEXTUALIZACIÓN DEL DESARROLLO DE LA MINERÍA	23
1. LA EXPLOTACIÓN DEL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA ...	23
1.1 RECUENTO HISTÓRICO DE LA EXPLOTACIÓN MINERA DEL ORO EN COLOMBIA	24
1.1.1 La minería del oro en Antioquia	26
1.2 RECUENTO DE LA LEGISLACIÓN DE MINAS EN COLOMBIA.....	28
1.3 LA PROPIEDAD SOBRE LOS YACIMIENTOS	30
1.4 LA EXTRACCIÓN DE MINERALES.....	33
1.5. CLASES DE EXPLOTACIÓN MINERA EN COLOMBIA	37
1.5.1 La minería legal.....	37
1.5.2 La gran minería.....	37
1.5.3 La mediana y pequeña minería.	39
1.5.4 Obligaciones que se deben cumplir en la etapa de explotación minera.	41
2. LA LEGALIZACIÓN DE LA MINERÍA	46
CAPÍTULO SEGUNDO	48
LA NORMATIVIDAD QUE RIGE LA MEDIANA Y PEQUEÑA MINERÍA DEL ORO EN COLOMBIA	48
1. NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	48
1.1 LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA	51
1.2 LA VISIÓN DE LA MINERÍA COMO EMPRESA PRODUCTIVA	52
1.3 LAS FACULTADES DEL ESTADO, EL TEMA MINERO Y LA LEGALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD.....	55
1.4 FORMALIZACIÓN DE MINAS EN ANTIOQUIA.....	60

1.5	LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL DECRETO 0933 DE 2013 POR EL CONSEJO DE ESTADO	61
1.6	CONSECUENCIAS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL.....	63
	CAPÍTULO TERCERO	66
	LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS CONDICIONES, CARACTERÍSTICAS, OBLIGACIONES Y SANCIONES A LA MINERÍA MEDIANA Y PEQUEÑA	66
1.	LA VISIÓN DESDE EL DESARROLLO SOSTENIBLE	67
2.	SOBRE LA FORMALIZACIÓN MINERA.....	68
	CONCLUSIONES	76
	BIBLIOGRAFÍA.....	79

|

INTRODUCCIÓN

El auge de la minería es un hecho incontrovertible en muchos países del mundo y particularmente en Colombia, país que desde la época de la colonia se consolidó como un territorio con vocación extractiva. El Gobierno Nacional, de acuerdo con sus funciones constitucionales, adoptó como política el desarrollo sostenido e inclusivo, cuya tarea será “asegurar que la economía tenga fuentes de energía competitivas que le permitan a la economía crecer y generar empleo”¹. Se considera que la minería constituye un importante sector para la economía, como lo ha documentado Fedesarrollo en un estudio preparado por Astrid Martínez Ortiz², en el que se señalan el potencial minero y su desempeño positivo que se crea, puesto que, entre 2006 y 2010, el sector minero colombiano mejoró su posicionamiento pasando del puesto 44 entre 65, al puesto 16 entre 72, no obstante que en el último año (se refiere a 2012) se ubicó en el puesto 29 entre 93. Los indicadores, según Fedesarrollo, en el estudio citado³ para los principales productos de la minería pueden verse en la siguiente tabla:

1. Principales productos mineros de Colombia				
Tabla 4. Principales productos mineros exportados por Colombia				
Ranking mundial en producción 2010	Producto	Producción 2010	Unidades	% de la producción mundial
10	Carbón	85	Millones de toneladas	1,2
7	Níquel	72.000	Toneladas	4,5
20	Oro	56	Toneladas	2,2
1	Esmeraldas	5,23	Millones de quilates	55,0

Fuente: Mineral Commodities Summaries 2011, US Geological Survey

Tabla tomada de Fedesarrollo, 2013

¹ Plan de Desarrollo 2014-2018. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN..

² FEDESARROLLO. Estudio sobre los impactos socio-económicos del sector minero en Colombia: encadenamientos sectoriales. Estudio preparado para la Asociación del Sector de la minería a gran escala, Bogotá, 2013. Datos recuperados de: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Estudio-sobre-los-impactos-socio-econ%C3%B3micos-del-sector-minero-en-Colombia-Informe-La-miner%C3%ADa-en-Colombia-180513.pdf>

³ Fedesarrollo, ibid

En términos económicos la minería representa para el país beneficios importantes, un mayor flujo de capital extranjero y la implementación de unidades productivas en regiones que lo demandan. Como lo afirma Fedesarrollo⁴, en los últimos años las compañías mineras internacionales han llegado al país y año por año han incrementado las inversiones en exploración y explotación:

América Latina es un destino privilegiado de la inversión minera en medio del dinamismo reciente. En 2001, cuando se iniciaba el auge exploratorio reciente, la región latinoamericana era el destino más dinámico para la inversión minera internacional, al recibir cerca de 30% de los flujos totales. Desde entonces los gastos de exploración en la región se han duplicado. Esa actividad se ha reflejado en una notable expansión de las exportaciones mineras de la región.

[...] A pesar de la fragilidad de las instituciones, la minería ha tenido un impacto económico significativo en los últimos años. Después de haber tenido un desempeño modesto en los años noventa, desde comienzos de esta década la minería colombiana registró un dinamismo importante. Este hecho se manifiesta en que el sector ha tenido tasas de crecimiento superiores a las presentadas por otros segmentos productivos como manufacturas, energía, servicios personales, agropecuario, silvicultura y pesca.

En el mismo estudio, afirma el organismo que en la medida en que el contenido local de la demanda de la minería sea mayor, los efectos positivos de su crecimiento en términos de empleo y de cadenas de valor serán también mayores. Las compañías dedicadas a la exploración y explotación minera están en la capacidad de contribuir al análisis de las dificultades de los proveedores locales y sumarse al esfuerzo del gobierno para mejorar sus competencias.

⁴ FEDESARROLLO, *ibid*, pags. 4 y 6

En este contexto de la minería y teniendo en cuenta que efectivamente se da en el país un incremento importante de esta actividad y que es el interés de los gobiernos y de los particulares – nacionales y extranjeros - que dicha actividad fructifique para poder así generar riqueza y participar de las regalías, se han aprobado leyes y se han dictado decretos que, a juicio de los analistas, han flexibilizado las normas vigentes, lo que ha estimulado la inversión extranjera que invierte en la gran minería.

Pero, como al lado de la gran minería coexisten en Colombia tanto los mineros tradicionales, que desarrollan su labor extractiva de manera informal, como los ilegales cuya actividad evade los sistemas de control sobre los recursos naturales renovables, como el caso de la licencia ambiental⁵, de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, así como evasión de las cargas tributarias y del pago de regalías, tal como lo describe la Procuraduría General de la Nación⁶. La minería ilegal desconoce las normas sobre ordenamiento territorial y las normas sobre apertura y cierre de las minas, utiliza para su trabajo a menores de edad, y en la mayoría de los casos, infringe las normas de seguridad y, en general, las normas laborales vigentes.

La acción del Estado está orientada a controlar las actividades de la gran minería, a obligar a que los mineros informales acojan la normatividad minera para sus explotaciones y a combatir la segunda, considerando que para la economía del país debe existir la minería como fuente de riqueza y de empleo, pero dicha actividad debe estar sometida a las normas constitucionales y legales, así como a los principios de cuidado del medio ambiente.

Con el criterio de impedir las actividades informales e ilegales en la minería, abundan las normas relacionadas con las licencias, pero de ellas dicen Cabrera

⁵ La licencia ambiental permite realizar la evaluación técnica y los impactos que el proyecto puede tener sobre el medio ambiente.

⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Minería ilegal en Colombia. Informe preventivo. Bogotá, 2012. Datos recuperados de:
<http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>

y Fierro⁷, en el informe de la Contraloría General de la República, que estas son inoperantes pues, como se muestra en el informe del año 2010 del mismo organismo oficial, son muy pocas las licencias ambientales que se niegan, a pesar de no cumplir con las exigencias para la preservación del medio ambiente y el cumplimiento de las obligaciones que exige la ley. Y, en consecuencia, el deterioro ambiental es constante y las pólizas que exige el Código de Minas – Ley 685 de 2001 para garantizar dicho cumplimiento, no se hacen efectivas.

El estudio sobre la minería muestra que es muy amplio y genera polémicas jurídicas, económicas y ambientales, además de que polariza ciertos sectores de la opinión, dividiéndolos entre quienes consideran que la minería debería ser proscrita, porque es la causa de numerosos problemas y genera un impacto negativo en el ecosistema y quienes defienden esta actividad como generadora de riqueza.

Dentro de sus defensores se encuentra el Estado y es por esta razón que se ha propuesto la formalización de la actividad minera pues, como lo expresó el doctor Juan Carlos Henao⁸, la minería es necesaria en la vida de los países, porque numerosísimos productos son fabricados con minerales extraídos de la tierra o sacados de los ríos. El problema radica en reglamentar las actividades y controlarlas, además de establecer políticas que, más que perseguir a los mineros, lo que hagan sea contribuir a que ajusten sus actividades a las normas de protección de la naturaleza, de respeto al trabajo y contribución a las finanzas de las regiones, con el fin de que las ganancias de las minas sean verdaderamente para el país.

⁷ CABRERA LEAL, Mauricio, FIERRO MORALES, Julio. Implicaciones ambientales y sociales del modelo extractivista en Colombia. En: Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Contraloría General de la República. Mayo de 2013. Datos recuperados de: http://lasillavacia.com/sites/default/files/mineropedia/mineria_en_colombia.pdf

⁸ CM& LA NOTICIA.HENAO, Juan Carlos. Falta control estatal sobre la minería ilegal. [versión digital] < <http://www.cmi.com.co/pregunta-yamid/falta-control-estatal-sobre-la-mineria-ilegal-rector-de-el-externado/320710/>

Teniendo en cuenta lo expresado por Henao sobre la importancia económica y tecnológica de la minería, este trabajo se orienta hacia la indagación sobre la normatividad y la jurisprudencia que se refiere a la minería, principalmente, la artesanal, la de pequeña escala, la ilegal, la de hecho y la minería tradicional, buscando establecer las condiciones sociales y legales en que deben funcionar, orientando la acción del Estado hacia la creación de condiciones que favorezcan el trabajo minero, respetando los derechos al medio ambiente sano.

Para lo anterior el trabajo se ha dividido en tres capítulos: en el primero se da cuenta del contexto histórico, económico y legal del desarrollo de la minería, especialmente en el departamento de Antioquia. En el segundo se identifica la normatividad que rige para la mediana y pequeña minería del oro. En el tercero se determinan, con base en la doctrina constitucional, las condiciones, características, obligaciones y sanciones a la minería mediana y pequeña.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La minería es una actividad que, en América, iniciaron los indígenas que poblaban el continente. Con la llegada de los españoles, la actividad se intensificó al advertir las enormes riquezas existentes tal como lo narran historiadores como Nubia González⁹, Ann Twinam¹⁰ y juristas como José Luis Aramburo Arango¹¹. El régimen extractivo se prolongó durante la Colonia y continuó hasta los primeros años de la República y, en 1863 con la creación de los Estados Soberanos, estos pudieron legislar en sus territorios en el caso del Estado Soberano de Antioquia, las minas de metales no preciosos, a excepción del cobre, el hierro, el plomo y otras sustancias minerales se atribuyeron al dueño del suelo y se adoptó el sistema de adjudicación, como lo afirma González¹².

Al expedirse la Constitución de 1886, las normas mineras que regían en Antioquia fueron adoptadas en todo el territorio nacional y el subsuelo volvió nuevamente al dominio del Estado; en consecuencia, a él pertenecían, de acuerdo con el artículo 202 de la Carta, además de las minas de esmeraldas cedidas por la Unión, las de piedras preciosas, excepto en el Estado del Tolima y del Cauca, y “las minas de metales preciosos, en algunos; o de toda clase de metales en otros Estados”¹³

Con la Constitución Política de 1991 y con las nuevas condiciones impuestas por la globalización, los recursos minerales adquieren una mayor importancia. Se ratifica en la Carta la propiedad estatal del subsuelo, y la dirección de la explotación de los recursos naturales no renovables, como lo afirma González¹⁴. En armonía con estas normas, cada día se reglamenta más la

⁹ GONZÁLEZ, Nubia. La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica., Bogotá, 1914

¹⁰ TWINAM, Ann. Mineros, comerciantes y labradores, Las Raíces del espíritu empresarial en Antioquia: 1763-1810. FAES, Medellín, 1985.

¹¹ ARAMBURO ARANGO, José Luis. Curso de Derecho Minero. Con una compilación de las disposiciones vigentes sobre la materia. Editorial El Catolicismo, Bogotá, 1980

¹² GONZÁLEZ, op cit

¹³ ARAMBURO ARANGO, op. cit., p. 23

¹⁴ GONZALEZ, op. cit, p. 27

actividad minera; se expide el nuevo Código Minero mediante la Ley 685 de 2001 y se definen las etapas de prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte, aprovechamiento y comercialización. Se dispone la concesión como forma de realizar esta actividad y se establece una compleja regulación para el ejercicio de esta actividad. A este escenario pertenecen las diversas tipologías mineras y el Estado emprende la tarea de lograr que los particulares ajusten la actividad a las normas legales, e implementa los controles mediante la intervención de las autoridades mineras y ambientales y obliga al trámite de la licencia ambiental para otorgar la concesión.

Lo dicho por Fedesarrollo sobre la minería¹⁵ y citado unas líneas atrás, corresponde a una visión optimista y a la imagen positiva de la minería; pero, esta actividad causa daños irreversibles a la naturaleza y la inutilización de territorios que no vuelven a su estado anterior. Este impacto es variado según que la minería sea subterránea o a cielo abierto: en el primer caso, los efectos se dan con mayor intensidad a nivel del subsuelo, en las corrientes de agua y generan efectos de tala de bosques, e incluso de deslizamientos de tierra y de los desastres correlativos. La minería a cielo abierto tiene un impacto que es más perceptible porque se utilizan zonas dedicadas a actividades agropecuarias, o se invaden zonas de reserva, y estas se abandonan al agotarse las minas, y se deja la tierra sin capa vegetal.

Los principales impactos que causa la minería pueden enumerarse y han sido documentados ampliamente; aquí se tomarán algunos informes como el de la Contraloría General de la Nación¹⁶, en el cual Garay afirma que dichos impactos son: modificación significativa del paisaje, cambios en la vocación del suelo, degradación del medio ambiente visual, alteración del curso del agua, destrucción de suelos agrícolas y forestales, emisión de gases y material particulado, sedimentación, erosión, vibración por voladuras, generación de vectores de enfermedades transmisibles. El impacto por el uso de materiales

¹⁵ FEDESARROLLO, op. cit

¹⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN op. cit

químicos, como sucede en el caso de la minería del oro por el uso del cianuro y el mercurio, impactan directamente sobre el medio ambiente.

Estas modificaciones son consideradas como DAÑOS al medio ambiente y como tales causan perjuicios a las comunidades donde se localizan las explotaciones mineras. Al respecto dice Garay en el informe de la Contraloría que se cita¹⁷, y refiriéndose a la normativa minera y a la forma como contribuye a la activación de las actividades y estas al deterioro irreversible del medio ambiente, que la flexibilización de las normas, con el fin de vincular al capital internacional, no “consulta los avances científicos y técnicos que se han generado en el mundo, razón por la cual no toman en cuenta los verdaderos impactos de la minería sobre los ecosistemas” (p. 37).

La “flexibilización” normativa, tomando de manera amplia el término usado por Garay¹⁸, ha tenido como objetivo el permitir la explotación minera y dar seguridad jurídica a los inversionistas, no obstante que la Constitución Nacional ha reconocido y protegido el medio ambiente como un derecho colectivo, radicado en las comunidades y como un derecho social que genera obligaciones para el Estado y que debe ser protegido por el Estado en forma directa; al respecto dice Briceño (2006) que la posición jurisprudencial no ha coincidido con una defensa férrea del derecho al medio ambiente y menos cuando la parte infractora son las compañías extranjeras. Al respecto dice el tratadista en el artículo “Responsabilidad por daños ecológicos: dos supuestos Colombia- Unión Europea: “Como puede verse, la legislación y la jurisprudencia colombiana están aún lejos de comprometerse a formular un régimen especial de responsabilidad por daños ecológicos o ambientales de las empresas transnacionales (Briceño, 2006, p. 15).

¹⁷ GARAY, Luis Jorge. Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Contraloría General de la República. Mayo de 2013. Datos recuperados de: http://lasillavacia.com/sites/default/files/mineropedia/mineria_en_colombia.pdf

¹⁸ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. Responsabilidad por daños ecológicos: dos supuestos Colombia- Unión Europea. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012

En efecto, aunque la Constitución Nacional consagra la obligación del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia y fomentar la educación para el logro de dichos fines, es mucho lo que hay que hacer para armonizar el medio ambiente y las disposiciones constitucionales, puesto que las normas solas no son suficientes.

Es así que el artículo 80 incluye la planificación para el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Y en el inciso segundo se dice: “Deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

Teniendo en cuenta la obligación constitucional del Estado de garantizar el medio ambiente, como se establece en el artículo 80, se ha diseñado una política para el control a la minería tradicional, pequeña y mediana, no criminal, con el fin de que se acoja a las normas, entre ellas las que buscan la protección del ambiente. Y es que como lo documenta Pedro Vargas¹⁹, el 82% de las exportaciones de oro provienen de la ilegalidad a la que pertenecen grupos guerrilleros y bandas criminales, pero de lo que se trata es de formalizar la minería tradicional, de manera que realice sus actividades conforme a la Constitución que garantiza el derecho a la libre iniciativa particular y de conformidad con la ley que considera que la minería, como actividad lícita, y siempre y cuando se cumplan las obligaciones ambientales, fiscales, de seguridad industrial y las exigencias laborales, debe ser protegida.

La Ley 685 de 2001, buscó ajustar las normas sobre la minería a las nuevas condiciones ambientales, tal como lo exigen las normas constitucionales y los convenios internacionales sobre protección del medio ambiente. Para el desarrollo de las actividades extractivas el Estado debe cumplir con el principio de precaución a que está obligado el Estado.

¹⁹ VARGAS, Pedro. Así “lavan” el oro de la minería ilegal en el país. Portafolio, junio 10 de 2016. Datos recuperados de <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/lavan-oro-mineria-ilegal-pais-497191>

Sin embargo, y a pesar de la existencia de la ley que adoptó el Código de Minas, las condiciones existentes en las zonas mineras no cumplen con la normatividad y en poco se han beneficiado dichas zonas con esta actividad, pues como dice el documento del Ministerio de Minas²⁰ que formula la “Política para la formalización de la minería”, las regalías, a pesar de ser significativas, no se traducen en verdaderas fuentes de desarrollo para las regiones. Y los datos demuestran esta verdad: de catorce mil (14.000) unidades mineras en el país, el 65% se encuentra en ilegalidad y un “porcentaje similar no paga contraprestaciones económicas al estado, un 70% no implementa acciones de seguridad, higiene y salud ocupacional, el 61% de los mineros cuenta apenas con educación básica primaria, el 23% con educación secundaria y únicamente el 6% con algún grado de educación superior, así mismo existe un muy bajo nivel de empresarismo, asociatividad y bancarización, factores que obstaculizan la productividad y la competitividad de las unidades productivas y del sector así como a las normas internacionales cuyo objetivo es la conservación del medio ambiente.

Lo anterior puede resumirse diciendo que existe una intensa actividad minera, grande, mediana, pequeña y de subsistencia. Esta actividad debe ser legal, pero muchos mineros, sin incurrir en conductas delictivas, si pueden calificarse como ilegales, por cuanto su actividad no cumple con las exigencias que la Ley 685 consagra para el ejercicio de la minería.

Lo afirmado da lugar a la pregunta acerca de ¿cuáles son las condiciones constitucionales, jurisprudenciales y legales que se exigen a los mineros medianos y pequeños y que caracterizan su actividad como legal y protegida por las normas jurídicas?

Para dar respuesta a esta pregunta se han propuesto los objetivos de este trabajo:

²⁰ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Política Nacional para la formalización de la minería en Colombia. Bogotá, julio de 2014. Datos recuperados de: <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/581708/DocumentoPoliticaVersionFinal.pdf/9fd087db-7849-4728-92ff-6e426accf9c>

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar, teniendo como referente la Constitución Política, la Jurisprudencia constitucional y la legislación minera, las condiciones jurídicas para el desarrollo lícito de las actividades de la mediana y pequeña minería.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Contextualizar el desarrollo de la minería del oro en Colombia y especialmente en Antioquia.

Conocer el conjunto normativo que rige para la minería mediana y pequeña del oro en Colombia.

Indagar en la Jurisprudencia y la doctrina Constitucional sobre las condiciones, características, obligaciones y sanciones a la minería mediana y pequeña.

JUSTIFICACIÓN

No solo el Plan de Desarrollo 2014-2018 se propone la protección de las actividades mineras, sino que el Plan Nacional de Desarrollo Minero, 2010 - 2018²¹ fue concebido para garantizar que dicho interés coincidiría con la realidad de los proyectos mineros. El Plan de Ordenamiento Minero²² establece como su objetivo:

El propósito del ordenamiento minero es la identificación de las circunstancias requeridas para que la minería sea una actividad económica productiva, social y ambientalmente responsable, que contribuya al desarrollo sostenible de las regiones y que permita mejorar las condiciones de vida de quienes directa o indirectamente están asociados al desarrollo de la actividad. En ese sentido, un Plan de Ordenamiento Minero propugna responder el por qué, qué, en dónde, cómo y cuándo debería promoverse la actividad minera en ciertas regiones del territorio nacional, teniendo en cuenta los riesgos económicos, ambientales y sociales asociados a la extracción y transformación de ciertos tipos de minerales estratégicos, el tipo de minería (cielo abierto y subterránea) y tecnología asociada, y las escalas productivas.

En relación con la minería informal y la ilegal, determina que es necesaria su caracterización así como la de las actividades conexas, y la identificación de los requerimientos para la interdicción de minería ilegal e incentivos para la formalización de la actividad minera. Este proceso, descrito en el Plan Nacional de Desarrollo Minero²³ se ha implementado a lo largo de los últimos años, no obstante que el Estado privilegia la gran minería que, como lo afirma Henao²⁴,

²¹ UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA –UPME. Plan Nacional de Desarrollo Minero 2010-2018, Bogotá, 2013. Datos recuperados de: http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Minero/PNDM_2010_2018_dic_31.pdf

²² UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA – op. cit

²³ Ibid, pag. 89

²⁴ HENAO, op cit.

dispone de tecnología para prescindir del uso del mercurio y el cianuro y que según sus palabras “está en capacidad de evitar los desastres ambientales”, situación que en el contexto real de la exploración y explotación del oro en el país no coincide con la realidad, situación que tuvo en cuenta la Sentencia C-035 de 2016 al prohibir la minería en las zonas de páramos y en la Sentencia C-389 de 2016 que establece condiciones para el otorgamiento de las concesiones mineras.

En Colombia, la minería informal o de hecho ha sido una forma ancestral de explotación minera, como bien lo detalla la historiadora Ann Twinam²⁵, y en ella se usan métodos empíricos de producción, generando altos costos en combustibles y mano de obra, así como un gran impacto ambiental donde se desarrolla. Según el censo minero 2009-2011 existían 14.357 unidades de producción minera, de las cuales el 56% no tiene título minero²⁶.

Para normalizar esta situación, afirma Pardo²⁷ el actual programa de formalización de la minería artesanal consiste en:

Aplicación del Decreto 1970 de 2012 mediante el cual se facultó a la autoridad minera para adelantar los trámites de legalización “para explotadores, grupos y asociaciones que acrediten ser mineros tradicionales y que exploten minas de propiedad estatal sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional”. Esta norma establece los requisitos, el procedimiento y los beneficios para quienes se acojan a esta nueva oportunidad. Para ello:

1. Se pretende utilizar un sistema de rastreo para toda la maquinaria que ingrese al país, con el fin de evitar el contrabando.
2. En julio de 2012 fue adoptada la Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal, mediante la Decisión 774, definida por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Según la Decisión, “Los Países

²⁵ TWINAM, Ann. Mineros, comerciantes y labradores: Las raíces del espíritu empresarial en Antioquia 1763-1810. FAES Biblioteca colombiana de Ciencias Sociales, Medellín, 1984

²⁶ PARDO, María del Pilar. Minería informal, ilegal y criminal en el gobierno Santos. En razón pública.com, 19 de noviembre de 2012. Datos recuperados de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3420-mineria-informal-ilegal-y-criminal-en-el-gobierno-santos>

²⁷ PARDO, ibid

Miembros se encuentran facultados para decomisar e incautar, inmovilizar, destruir, demoler, inutilizar y neutralizar los bienes, maquinaria, equipos e insumos utilizados en la minería ilegal, para lo cual los Gobiernos reglamentarán la oportunidad y el procedimiento respectivo, a fin de hacer efectivas estas medidas"

En desarrollo de esta decisión, el Ministerio de Defensa Nacional expidió el Decreto 2235 del 3 de octubre de 2012, que autoriza a la Policía Nacional a destruir la maquinaria pesada o sus partes que se utilicen en actividades de exploración o explotación de minerales sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley.

3. Por otra parte, el gobierno ha decidido combatir la minería criminal mediante dos herramientas:

i. Aumento de controles –licencia previa y otras restricciones- sobre la importación de maquinaria para evitar su uso en minería “criminal”; el Decreto 2261 de 2012 avanzó en este sentido:

ii. Tipificación del delito de minería ilegal, proyecto que será radicado próximamente en el Congreso. Aunque las normas penales vigentes permiten judicializar estas actividades por sus impactos sobre el medio ambiente, el presidente lamenta que “lo único que podemos hacer es castigarlo por causar un daño grave contra el medio ambiente (énfasis añadido)”. El gobierno dispone de 30.000 millones de pesos para la formalización minera.²⁸

Ahora bien, la Corte Constitucional en fallo reciente, Sentencia C-389 de 2016, del cual se conoce lo que anuncia el comunicado número 31 del alto tribunal, se restringen las zonas de explotación minera al considerar la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 685 de 2001 y declarar que la norma es exequible, pero de manera condicionada²⁹.

²⁸ PARDO, ibid

²⁹ **Segundo.-** Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 16, 53, 570 y 271 de la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, por los cargos analizados y bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios

Abordar la situación jurídica de la minería informal, pequeña y mediana, a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la ley, constituye un asunto académico y profesional importante porque en él se evidencia una tensión entre lo estipulado por las normas, lo dispuesto por la Corte Constitucional y la realidad de la minería del oro en Colombia. Se espera hacer un aporte al conocimiento del tema y que pueda ser el inicio de una indagación profunda sobre diversos aspectos que hacen parte de la reglamentación y de la actividad minera misma.

diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados.

MARCO DE REFERENCIA

El marco de referencia fundamental está dado por las normas constitucionales y legales que rigen para la minería, expuestas por Ortiz Rodríguez³⁰; igualmente se tomarán las sentencias de la Corte Constitucional entre las cuales puede mencionarse la C-331 de 2012, la C-398 del mismo año, la T-204 de 2014, en cuanto han definido el alcance los principios de precaución y prevención ambiental, pero también la T-438 de 2015 que considera “la erradicación de la minería ilegal e informal junto con la formalización de las actividades mineras de subsistencia, informal, tradicional y artesanal, con el objeto de mermar el daño del ecosistema, de preservar la vida y la integridad de las personas que se dedican a dicha actividad, de impedir las violaciones de los derechos humanos y de incentivar el crecimiento económico del sector”. Igualmente las sentencias C-035 y C-389 de 2016, además de la reglamentación legal sobre la actividad minera y el Plan de Desarrollo minero.

Igualmente se ha considerado el importante trabajo de Nubia E. González (2014) “LA CONCESIÓN MINERA EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE EL MARCO NORMATIVO Y REGULATORIO FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y ESTABILIDAD JURÍDICA”

³⁰ ORTIZ RODRIGUEZ, Alexa Catherine.. Manual de Derecho Minero. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014

CAPÍTULO PRIMERO

CONTEXTUALIZACIÓN DEL DESARROLLO DE LA MINERÍA

1. LA EXPLOTACIÓN DEL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Según Aramburo Arango³¹, el dominio ejercido por la Corona Española sobre el subsuelo coincidió con el sistema de propiedad privada, sometida a condiciones resolutorias de los descubridores o restauradores a quienes se les adjudicaban las minas “en posesión y propiedad”. De esta manera las minas no se separan del dominio de la Corona, aunque las posean quienes las exploten, mediante un sistema de adjudicación. Este sistema se conservó bajo el régimen de la Gran Colombia, de acuerdo con el estatuto sancionado por Bolívar en 1829 y por el Código e Minas de Antioquia, dictado en 1878 y adoptado para la República en 1887. A partir de 1969, las minas nacionales pueden explotarse mediante concesión o aporte.

De acuerdo con la Ley 685 de 2001, artículo 5º, se define la propiedad de los recursos mineros:

Artículo 5º. 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.

³¹ ARAMBURO ARANGO, op. cit

E igualmente, se define la fuente del derecho a explotar los yacimientos:

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.

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

1.1 RECUENTO HISTÓRICO DE LA EXPLOTACIÓN MINERA DEL ORO EN COLOMBIA

Uno de los objetivos de la Conquista de América fue la búsqueda del oro existente en sus territorios y como lo expresa José Luis Aramburo A.³² en su obra:

El señuelo del oro lleva ejércitos de aventureros hacia regiones antes desconocidas. El Oeste norteamericano, Alaska, Klondike, Australia, Sur África reciben un impulso inicial de los buscadores de oro y luego el progreso halla formas definitivas y se arraiga en empresas agrícolas e industriales. Los primitivos campamentos se transforman en ciudades. En la América española, la inasible fantasía de El Dorado hace que los conquistadores, febriles y ansiosos, recorran un continente selvático y arisco, lleno de peligros, de una parte a otra, acelerando increíblemente el proceso de la colonización.

³² ARAMBURO ARANGO, *ibid*, pag. 55

Emilio Álvarez³³ en el año 1900 se refiere al oro de Colombia como la principal riqueza del suelo en las zonas cálidas y templadas, lugar de asiento de la mayoría de la población. Sus referencias a minas de oro, con trabajos importantes desde la Conquista, datan del año 1550. Los principales lugares de asiento minero se localizaban en Panamá, Santander, Tolima; igualmente, existían minas de oro en la provincia del Cauca – que comprendía minas en Popayán, Cali, Anserma, Marmato, Supia, Barbacoas. En Antioquia se encontraron, desde la fecha señalada, muchas minas trabajadas por indígenas con la ayuda de instrumentos de piedra y madera. Los españoles tomaron posesión de estas minas, en especial las de Buriticá, descritas por Pedro Cieza de León, en 1554.

De acuerdo con lo consignado por Álvarez³⁴ las minas de aluvión situadas al lado de la ciudad de Remedios, una ciudad fundada por Francisco Martínez de Ospina, fueron explotadas por españoles quienes con las utilidades que obtuvieron compraron esclavos para la su explotación. El descubrimiento de las minas de Cáceres y Zaragoza fueron el origen de la fundación por Gaspar de Rodas en los años 1576 y 1581 de esas ciudades; según este autor, el impuesto del oro entre 1602 y 1620 fue de dos millones de francos³⁵ y la producción de treinta millones de francos. Otras explotaciones importantes fueron las de Santa Rosa de Osos, Titiribí y en los ríos Cauca, Porche, Nechí. Desde el mismo siglo XVI, conquistadores como Vasco Núñez de Balboa se refiere – en 1913 - a las enormes riquezas del cacique Dabeiba quien recoge y funde oro en su casa con la ayuda de cien hombres que continuamente lo labran y se lo entregan para fundirlo.

³³ ÁLVAREZ, Emilio. Las minas de oro de Colombia. Banco de la República. Año 1900. Versión conservada en el Banco de la República y digitalizada en: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/1536>

³⁴ ALVAREZ I ibid

³⁵ Hay que tener en cuenta que el libro fue escrito por su autor en el año 1900 y como vivía en Paris, hizo los cálculos en la moneda francesa de la época.

1.1.1 La minería del oro en Antioquia. Germán Colmenares³⁶ afirma que “casi todas las ciudades fundadas en las regiones andinas poseyeron distritos mineros tributarios en el siglo XVI. La ciudad de Santa Fe de Antioquia no solo explotó desde muy temprano el cerro vecino de Buriticá, sino que fue la metrópoli de nuevas fundaciones como San Jerónimo, Cáceres, Zaragoza y más tarde Guamocó”

Como afirman Romero³⁷ y García Jácome³⁸, los datos de la minería que consignó Frey Jerónimo se refieren a que:

Hay en la provincia de Santafé de Antioquia cerca de 600 esclavos negros, que todos trabaja en las minas de oro de una famosa montaña que los indios llaman Buriticá de donde se han sacado ya grandes riquezas. De un libro de fundición correspondiente a los primeros años de la colonia tomamos los siguientes sobre el producto de las minas de Buriticá:

1586 – de julio a diciembre.....	15.424 castellanos
1587 – todo el año 15/38 todo el año.....	21.580 castellanos
1588 – todo el año.....	22.829 castellanos
1589 - todo el año.....	21.186 castellanos
1590 - de enero a julio.....	15.907 castellanos
Suma	96.926 castellanos

Gabriel Poveda³⁹ igualmente habla de la minería y afirma que fue una actividad que iniciaron los indígenas que poblaban el continente, desde antes de la conquista española, y la calidad de la orfebrería muestra el dominio del oficio,

³⁶ COLMENARES, Germán. Germán. La economía y la sociedad coloniales 1550-1800. La minería del oro. En Manual de Historia de Colombia. Bogotá, Procultura, 1992 p. 243

³⁷ ROMERO H., Antonio. La minería y la industrialización del país. Una mirada desde Antioquia. En Memoria, Universidad de Antioquia. Datos recuperados de: <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/57455fdb-3a2c-4597-bfa7-49ff41d056a9/mineria-industrializacion-pais-mirada-antioquia-economia.pdf?MOD=AJPERES>

³⁸ GARCÍA JÁCOME, Eduardo. Boletín Sociedad Geográfica de Colombia, número 113 volumen 33 1978. Datos recuperados de: http://www.sogeocol.edu.co/documentos/el_oro_en_col.pdf

³⁹ POVEDA RAMOS, Gabrie. La minería colonial y republicana. Banco de la República. Datos recuperados de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/julio2002/lamineria.htm>

aprendido desde épocas ancestrales. Fue con la llegada de los españoles que la actividad se intensificó al advertir las enormes riquezas existentes y con el criterio de que las minas pertenecían al adjudicatario, siempre y cuando este explotara efectivamente las minas y pagara los impuestos debidos a la Corona, tal como lo documenta Nubia González ⁴⁰

Entre 1492 y 1555, los conquistadores buscan metales preciosos, en especial oro que obtienen por lavado del agua de los ríos o en los yacimientos superficiales con vetas de las cuales se obtiene el metal sin complicaciones; cuando esas complicaciones aparecen, se abandona la explotación y la búsqueda se traslada a otro yacimiento y así sucesivamente, y por esta razón se dice que la explotación del oro se desplazó en fronteras sucesivas dentro del Nuevo Reino de Granada, como lo afirma el historiador German Colmenares⁴¹. Este régimen se prolongó hasta los primeros años de la República y en 1863 con la creación de los Estados Soberanos, estos pudieron legislar en sus territorios y en el caso del Estado Soberano de Antioquia, las minas de metales no preciosos, a excepción del cobre, el hierro, el plomo y otras sustancias minerales se atribuyeron al dueño del suelo y se adoptó el sistema de adjudicación. (p. 25)

Al expedirse la Constitución de 1886, las normas mineras que regían en Antioquia fueron adoptadas en todo el territorio nacional. Con la Constitución Política de 1991 y con las nuevas condiciones impuestas por la globalización, los recursos minerales adquieren una mayor importancia y se ratifica en la Carta la propiedad estatal del subsuelo, y la dirección de la explotación de los recursos naturales no renovables⁴². En armonía con estas normas, cada día se reglamenta más la actividad minera; se expide el nuevo Código Minero mediante la Ley 685 de 2001 y se definen las etapas de prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte, aprovechamiento y comercialización. Se dispone la concesión como forma de realizar esta

⁴⁰ GONZALEZ, Nubia. Op cit

⁴¹ COLMENARES, op. cit

⁴² GONZÁLEZ op cit. pag. 27

actividad y se establece una compleja regulación para el ejercicio de esta actividad. Y en este escenario aparecen las diversas tipologías mineras y el Estado emprende la tarea de lograr que los particulares ajusten la actividad a las normas legales e implementa los controles mediante la intervención de las autoridades mineras y ambientales y obliga al trámite de la licencia ambiental para otorgar la concesión.

1.2 RECUENTO DE LA LEGISLACIÓN DE MINAS EN COLOMBIA

Entre los autores que se refieren a las fuentes históricas del Derecho Minero se encuentran José Luis Aramburo Arango⁴³, ya citado, y Angelika Rettberg, Juan Felipe Ortiz- Riomalo y Sandra Yañez Quintero⁴⁴, autores que señalan a la Novísima Recopilación y la Recopilación de Indias como las normas donde se contemplan los regímenes de minas, y las cuales rigieron durante el tiempo de la colonia. En efecto en el libro noveno de la Nueva Recopilación se encuentran los principios legales para su regulación mediante un sistema “regalista”⁴⁵ mediante el cual, los recursos mineros eran propiedad del Rey, y este debía participar en las utilidades generadas por la explotación.

Ya en la época de la República, en 1821, la Constitución declaró que las minas eran propiedad del nuevo Estado independiente, preservando el régimen impuesto por la Corona Española. En 1823, se autorizó al Gobierno para entregar en arriendo las minas, a excepción de las de platino. En 1929, Bolívar decreta la que se considera la Primera Ley Minera en la que se reafirma la

⁴³ ARAMBURO ARANGO, José Luis. Op. cit pag. 15

⁴⁴ RETTBERG, Angélica, ORTIZ-RIOMALO, Juan Felipe, YAÑEZ QUINTERO, Sandra. Legislando minas. Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829-2001). Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Universidad de los Andes, 2014

⁴⁵ Existen, según el Consejo de Estado, cinco sistemas: el fundiario en el que el propietario del suelo también lo es del subsuelo; el sistema liberal en el que la propiedad de las minas y los minerales es del que las descubre y ocupa; el sistema regaliano o regalista en el que el subsuelo pertenece al monarca y el participa de las riquezas que produce; el sistema dominial en el que la propiedad de las mismas pertenece al Estado, quien las administra en beneficio de la comunidad; y el sistema de la nacionalización en el que las minas de dominio privado pasan a ser de dominio público. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de febrero de 2010, citada por Rettberg, Ortiz y Yañez, pag. 12)

propiedad de la República sobre todas las minas, y se autoriza la concesión en “propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan”.

En 1858 y 1863, bajo la orientación federalista, los gobiernos locales decidían acerca del régimen de las minas y el método de asignación fue el de la accesión, lo que significó que el dueño del terreno lo era de las minas que en él hubiera. La Nación se reservó las minas encontradas en terrenos baldíos.

En 1886, la Nación recupera las tierras de propiedad de los estados soberanos y las minas vuelven a su patrimonio; con la ley 38 de 1887 se acoge el Código de Minas del Estado de Antioquia como legislación permanente. En este mismo año se adopta el Código Civil y se consagran los diversos modos de adquirir la propiedad, con lo cual entran en tensión las normas que los consagran con aquella que establece la propiedad del Estado sobre el subsuelo; de esta manera se ha interpretado que la accesión sobre el subsuelo minero sería ilegal.

Entre 1887 y 1969 hubo tres formas legales de acceso y aprovechamiento de minerales, además de la adjudicación, el arrendamiento y la iniciativa privada; estas formas fueron: la concesión, el permiso minero para la pequeña minería (Decreto 2514 de 1952) y el aporte de las minas por parte del Estado a empresas organizadas para su explotación, como fue el caso de las minas de sal.

En 1969 y hasta 1988, la ley 20 de 1969 dispuso que todas las minas pertenecen a la Nación; las formas de explotación mediante ocupación, accesión y tradición fueron abolidas, pero se salvaguardaron los derechos adquiridos con anterioridad a la Ley. El Decreto 1275 de 1970, conocido como el Estatuto Minero, reglamentó la Ley 20 de 1969. Del artículo tercero de este decreto se lee: “todas las minas pertenecen a la Nación, cualquiera que sea su clase, naturaleza o localización, o el título, modo y época de adquisición de los

terrenos en donde estén ubicadas, ya se encuentren en el suelo o en el subsuelo, o en predios de entidades de derecho público o de particulares colombianos o extranjeros. De esta regla general se exceptúan los derechos constituidos a favor de terceros [esto es, las situaciones individuales creadas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969].

Entre 1988 y 1991 rigió el Código de Minas expedido en 1988 que estableció que los recursos mineros son del Estado, quien podrá explorarlos y explotarlos directamente; la minería, según el Código, fue considerada como una actividad de utilidad pública y de interés social.

En 1991 se expide la Constitución Política, la cual establece la propiedad del Estado sobre el subsuelo y la predominancia del interés general sobre el interés privado. Con la creación del Ministerio del Medio Ambiente, en 1993, se creó la licencia ambiental y su prerrequisito, el estudio de viabilidad ambiental para los proyectos mineros.

Con la adopción del Código de Minas, Ley 685 de 2001 se reafirma la propiedad del Estado sobre los minerales de cualquier clase, yacentes en el suelo o en subsuelo y se tuvo en cuenta la minería marina. Mediante el marco jurídico creado, se da la posibilidad de otorgar contratos especiales de concesión inera.

1.3 LA PROPIEDAD SOBRE LOS YACIMIENTOS

Dentro del actual régimen, los recursos mineros son propiedad del Estado, él es el titular del derecho sobre el subsuelo y sus minerales y es el propio Estado el que adjudica a los particulares las zonas donde se encuentran, de tal manera que sean las personas naturales o jurídicas las que lleven a cabo la exploración y la explotación de los recursos y, aunque el Estado los entregue

temporalmente tiene la obligación constitucional de velar por la preservación del medio ambiente tal como lo consagran los artículos 79 y 80 de la Constitución Política⁴⁶ y como lo ha dicho la Corte Constitucional que, en repetidas sentencias, se ha pronunciado en este sentido.

Es el artículo 332 de la Constitución Política el que prevé establece la propiedad del subsuelo y de sus recursos y el artículo 334 es que ha determinado que la intervención en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución y consumo de los bienes, con el fin de racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes.

Así mismo, el artículo 360 estipula que la ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. Así mismo, dispone esta norma que la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

De otra parte, el artículo 80 Superior afirma, que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su consecución, restauración o sustitución.

Sobre el tema de la propiedad del subsuelo ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-983 de 2010:

⁴⁶ En la sentencia C-123 de 2014 dijo la Corte: “La protección y promoción del ambiente no es un bien absoluto en nuestro ordenamiento constitucional, por lo que los mandatos derivados a partir de las disposiciones constitucionales deben ser interpretados en conjunto con otros principios y derechos protegidos por el ordenamiento constitucional, incluso cuando en un caso concreto parezcan contradictorios o incoherentes con la protección del ambiente. Un concepto que desarrolla este principio, y que se relaciona con el tema ahora analizado, es el de desarrollo sostenible, con el que se significa que las actividades que puedan tener consecuencias en el ambiente –verbigracia, actividades económicas– deben realizarse teniendo en cuenta los principios de conservación, sustitución y restauración del ambiente. De esta forma se busca disminuir el impacto negativo que actividades también protegidas por la Constitución puedan generar en la flora y la fauna existentes en el lugar en que las mismas tienen lugar; por esta razón la conservación de la biodiversidad resulta un objetivo esencial para la sociedad en general, siendo responsabilidad prioritaria de todas las instituciones del Estado armonizar su protección con los objetivos de crecimiento económico y desarrollo de la actividad minera”.

En relación con estas disposiciones, la Corte ha reiterado lo establecido en los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, en cuanto a que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos de conformidad con las leyes preexistentes, sobre la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como sobre la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. Igualmente, esta Corporación ha analizado el régimen legal de propiedad de los recursos mineros, establecido en los artículos 5°, 7° y 10 de la Ley 685 de 2001, determinando la constitucionalidad del precepto que estatuye que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes 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.

Siendo el Estado, propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, es el titular originario de las regalías, que son las rentas que se producen como consecuencia de la contraprestación para la explotación de estos bienes.

Y agrega la Corte que:

Por consiguiente, en relación con la propiedad y explotación minera en Colombia, reitera esta Sala que la Constitución de 1991 determina la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos conforme a las leyes preexistentes (artículo 332); que el Estado se encuentra facultado para intervenir 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, con el fin de lograr la racionalización de la economía y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes -artículo 334 Superior-; que por disposición de la Carta es el Legislador quien debe determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos y que la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte; y que el Estado se encuentra facultado para establecer una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículos 80). Todo lo anterior, en armonía con la función ecológica de la propiedad -artículo 58 CN-, el respeto por el derecho a un medio ambiente sano, y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han reconocido (artículos 9, 94 y 226)

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades en relación con la figura jurídica de la concesión para el uso y explotación de recursos naturales no renovables, como el agua, los metales preciosos o las salinas, encontrando que el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales, de conformidad con el conjunto de las disposiciones constitucionales y legales que le son aplicables, tiene un claro sustento constitucional.

1.4 LA EXTRACCIÓN DE MINERALES

La minería es una actividad que los particulares pueden ejercer legalmente, siempre y cuando cumplan con las obligaciones legales y ambientales, las cuales constituyen el marco para la acción extractiva. El Estado no puede ser

un espectador frente a la minería, porque esta actividad por su naturaleza genera cambios en el suelo, en el agua y en el aire y estos a su vez tienen consecuencias que afectan la vida y la salud en las zonas donde está ubicadas. El Estado tiene la obligación constitucional de prevenir y controlar estos factores y de crear mecanismos legales que le permitan imponer las condiciones para que esto no suceda y para que en caso de su ocurrencia se reparen los daños que se causen⁴⁷.

La extracción de minerales del subsuelo como actividad productiva reglamentada por la ley y sometida a las normas que expiden los Ministerios de Minas y Energía, de Medio Ambiente, de Salud y de Trabajo, así como las respectivas Autoridades Nacionales Minera y Ambiental. Sobre ella también ejercen vigilancia las Corporaciones Regionales, puesto que el Estado ha asumido la obligaciones de prevención y que ejerce de distintas maneras, entre las cuales se incluyen las normas ambientales que específicamente están consignadas en las Guías Minero Ambientales y que el empresario minero deberá adoptar en el estudio de impacto ambiental que constituye el antecedente de la licencia ambiental para el ejercicio de la minería.

Este estudio debe contener el diagnóstico de la actividad que se adelantará, el diagnóstico de los impactos que producirá la actividad y la forma de contrarrestar sus efectos y mitigar sus consecuencias⁴⁸, porque, aunque no se diga en cada contrato es obligación del particular, como titular de una

⁴⁷ La Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido, dando aplicación al artículo 80 de la Constitución Política y advirtiendo que por el hecho de que la minería se realice bajo la concesión estatal, esta circunstancia no le permite a los titulares del contrato de concesión actuar sin tener en cuenta las normas ambientales. Corte Constitucional, Sentencia T-318 de 1993, MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁸ La Sentencia C-339 de 2002 se pronuncia en este sentido: "Las explotaciones mineras por lo general se encuentran acompañadas de obras de infraestructura como tendidos de transmisión energética, accesos viales o ferroviarios, además de la abstracción de cantidades importantes de agua. Igualmente, puede impactar sobre los hábitos de la flora y fauna a través del ruido, polvo y las emanaciones provenientes de los procesos de molienda.

Es por ello que la Constitución de 1991 reafirma la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables (artículo 332), para establecer una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículos 80 y 339). Es así como el artículo 58 establece una función ecológica inherente de la propiedad privada e incluye el respeto por el derecho a un medio ambiente sano y la protección del medio ambiente enmarcados en los tratados internacionales que en materia ecológica se han reconocido (artículos 9, 94 y 226)". Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

concesión minera, cumplir en su integridad todas las obligaciones ambientales que le imponen la Constitución, la ley y las normas de las autoridades citadas⁴⁹, entre las cuales se cuenta la de la consulta a las comunidades cuando la explotación minera se realiza en un territorio donde viven comunidades étnicas. Esta obligación es fundamental cuando la exploración y explotación ocupa estos territorios, puesto que es necesario que la autoridad ambiental escuche las solicitudes y requerimientos de las comunidades y las tenga en cuenta al momento de otorgar la respectiva licencia ambiental. Aunque el concepto de las comunidades no es obligatorio, si lo es tenerlas en cuenta, como sucedió en el caso de Mineros El Dorado S.A contra el Ministerio del Medio Ambiente en el que se negó la Licencia Ambiental porque de la consulta a las comunidades que habitan cerca al río Saldaña, donde se pretendía realizar la exploración, se concluyó que la afectación a 80 comunidades alteraría sus formas de vida⁵⁰

Estas obligaciones competen a todos los ciudadanos quienes deberán ajustar sus conductas a las previsiones ambientales y tienen que ver directamente con quienes explotan los recursos naturales, quienes no podrán alegar desconocimiento de dichas normas, por el hecho de que se consignan en el contrato respectivo.⁵¹ Las obligaciones ambientales como protectoras del medio ambiente parten de la base de que la naturaleza debe conservarse en beneficio de la vida y del hombre que la habita, que es lo que dice la Sentencia C-126 de 1998 cuando afirma que el mandato constitucional obliga a la utilización sostenible de los recursos.

⁴⁹ En este sentido se pronuncia la Sentencia C-229 de 2003: la autorización contractual para construir las obras necesarias no le impide al Estado realizar los controles a lo largo del contrato de concesión: la Autoridad siempre estará facultada para hacerlo Corte Constitucional, Sentencia C-229 de 1993 MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación número: 25000-23-24-000-1998-91164-01, Mineros El Dorado vs. Ministerio del Medio Ambiente.

⁵¹ En la Sentencia C-891 de 2002, MP. Jaime Araújo Rentería, dijo la Corte Constitucional: El hecho de que las normas demandadas no indiquen de manera expresa que las disposiciones constitucionales - incluyendo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 169 de la OIT- se deben respetar en tratándose de asuntos mineros y de explotación de recursos naturales yacientes en territorios indígenas, en nada contradice la Carta Política, toda vez que la prevalencia del ordenamiento superior no requiere del reconocimiento legal expreso.

Entre las actividades productivas, la actividad minera es una de las que pueden generar altos impactos sobre la naturaleza; la explotación que se lleva a cabo con ella busca obtener recursos extrayéndolos del suelo y para regularla y controlarla existe el contrato de concesión por parte del Estado, el cual contiene las obligaciones a cargo de las partes. Las acciones que se requieren para el desarrollo minero conllevan riesgos y generan impactos y afectaciones y, para precaver los efectos y prevenir las consecuencias⁵², el Código Minero, Ley 685 de 2001, establece las obligaciones que están a cargo del concesionario minero y exige la constitución de una póliza minero ambiental que deberá mantenerse vigente durante la ejecución del contrato, y cuyo objeto consiste en garantizar el cumplimiento de las obligaciones pactadas, además de las que se contemplan en la Ley 685 de 2001, tanto las mineras como las ambientales, de conformidad con lo que establece el artículo 202 de la Ley 685 de 2001, en armonía con el artículo 59 de la misma. Además de garantizar las obligaciones contractuales, ampara las obligaciones que se derivan de la ley y las obligaciones ambientales que hacen parte del conjunto normativo fijado por la Constitución de 1991. La póliza minero ambiental debe mantenerse vigente durante el término de duración del contrato de concesión, las prórrogas del mismo y tres años más.

⁵² De acuerdo con la sentencia T-204 de 2014, los “principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos”.j

1.5. CLASES DE EXPLOTACIÓN MINERA EN COLOMBIA

1.5.1 La minería legal. La minería legal es la que cumple con todas las normas que exigen las leyes colombianas, en especial las que establece la Ley 685 de 2001 y las normas complementarias.

La minería del oro ha sido clasificada como gran minería, mediana, pequeña y de subsistencia. La clasificación se ha hecho teniendo en cuenta en la de subsistencia la producción de gramos de oro por mes. Y en las pequeñas y medianas por el volumen de tierra movida por año. Las grandes empresas son aquellas asociadas al capital transnacional.

1.5.2 La gran minería. En Colombia, el desarrollo de los proyectos de minería a gran escala se lleva a cabo por grandes compañías mineras multinacionales, de alta capitalización bursátil. Estas compañías, ejecutan el ciclo minero, en zonas que presentan condiciones de pobreza extrema, habitadas por individuos en condición de vulnerabilidad y altos índices de bajo desarrollo humano.

La Globalización generó la internacionalización masiva de la exploración de metales en el mundo. A este circuito pertenece Colombia y la legislación ha facilitado a las compañías transnacionales el ingreso al país. El alto precio del oro ha estimulado esta actividad económica. Las más grandes empresas exploradoras y explotadoras de oro en el país disponen de la capacidad técnica para explotar el oro y estas son, según la información de Gustavo Rugeles⁵³:

Anglogold Ashanti Colombia S A.

Es la tercera productora de oro en el mundo. La Gigante Sudafricana tiene asignados 406 títulos mineros en el país, distribuidos en cinco proyectos que abarcan 781 hectáreas divididas así: La Colosa en el Tolima, Quebradona y Gramalote en Antioquia, Salvajina en el

⁵³ RUGELES, Gustavo. Las cinco empresas dueñas del oro en Colombia. Septiembre 3 de 2013. En Las dos orillas. Datos recuperados de: <http://www.las2orillas.co/estas-son-las-5-empresas-duenas-del-oro-se-extrae-en-colombia/>

Cauca, la Llanada en Nariño, Chaparral en el Tolima y Rio dulce en Antioquia.

Minerales Andinos de Colombia, Gran Colombia Gold.

Gran Colombian Gold nació de la compra que hizo en el gobierno de Uribe a Mineros de Antioquia, una empresa nacionalizado por la que pagaron 25 millones de dólares en Febrero del 2010. El capital es canadiense y los dos accionistas mayoritarios son Serafino Lacono y Miguel de la Campa los mismos del Grupo Pacific Rubiales y desde el comienzo la Presidente es la ex canciller María Consuelo Araujo. Son propietarios de 111 títulos mineros y opera en Segovia, Antioquia y en Marmato, Caldas, donde realiza operaciones de cielo abierto y conviven con una antigua minería artesanal que existe desde el siglo XIX.

Negocios Mineros S.A.

Tiene 88 títulos que comprenden 35 mil hectáreas en los departamentos de Antioquia, Chocó, Risaralda, Cauca y Tolima. Esta firma hace parte del Grupo Allen cuyo Gerente y representante legal es el ingeniero Robert William Allen, también Director de Grupo de Bullet SA. Se dice que Allen encontró la primera mina de Oro en Buriticá Antioquia gracias a un campesino que le enseñó el tesoro a mediados de los años 80. Desde entonces el empresario le paga un salario mínimo mensual al campesino que lo sacó de sus aprietos económicos.

Continental Gold De Colombia

Ésta firma también hace parte del Grupo Allen. Tiene asignados 67 títulos repartidos en 79 mil hectáreas en los municipios de La Vega y La Sierra en el Cauca, Bagadó y Lloró en Chocó, Suratá y Vetan en Santander, Silos y Mutiscua en Norte de Santander y en Antioquia.

Mineros S.A

Es una firma conformada con capital Nacional que tiene adjudicados 67 títulos mineros. Sus mayores accionistas son el Grupo Colpatria de la familia Pacheco y la Corporación Financiera Colombiana, controlada por Carlos Ardila Lulle, sus operaciones se extienden en 116 mil hectáreas en los municipios del Bagre, Zaragoza y Nechí, Bajo Cauca Antioqueño y tiene una producción anual de 120 mil onzas aproximadamente.

1.5.3 La mediana y pequeña minería.

1.5.3.1 Minería de subsistencia. Para definir la minería de subsistencia, en conjunto con la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), la Agencia Nacional de Minería (ANM) y el Ministerio de Minas y Energía – Viceministerio de Minas se estableció que para minería de subsistencia los topes serían los siguientes:

	MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN	METALES PRECIOSOS Y PIEDRAS PRECIOSAS	ARCILLAS
MINERÍA DE SUBSISTENCIA	60 m ³ /mes	20 gm/mes	75 Ton/mes

Los datos de minería de subsistencia son el resultado de trabajo de campo en varias regiones del país en donde se tomaron cifras de niveles de producción de mineros que hacen de la minería una actividad económica que les permite cubrir sus necesidades básicas.

1.5.3.2 La minería informal. Altos niveles de ilegalidad y/o informalidad en la actividad minera. Según el Censo Minero⁵⁴, de las 9.044 Unidades de

⁵⁴ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Censo Minero Departamental 2010-2011. Dicho censo se elaboró para 23 de los 32 departamentos del territorio nacional

Producción Minera (UPM) que no trabajan bajo el amparo de un título en los 23 departamentos censados, el 75 % son de pequeña escala y no cuentan con instrumento ambiental. De igual forma, de estas UPM que no cuentan con título, solo un 14 % llevan la contabilidad de su actividad, mientras que el 77 % no cuentan con ningún tipo de herramienta empresarial para el buen desarrollo administrativo del proyecto minero. De otro lado, se encuentra actividad minera que aunque cuenta con un título minero, no tiene instrumento ambiental o teniéndolo no desarrollan la actividad conforme al Programa de Trabajos y Obras (PTO) y al Plan de Manejo Ambiental (PMA) aprobados por las autoridades. Lo anterior genera bajos niveles de formalidad de la actividad minera en Colombia en aspectos legales, técnicos, ambientales, económicos y tributarios, sociales y laborales, que traen impactos sociales negativos en las regiones donde se desarrolla la extracción minera (baja competitividad, productividad y bajos índices de desarrollo humano)

1.5.3.3 La minería criminal. Según el informe “Actores Armados Ilegales y Sector Extractivo en Colombia, V Informe 2012”⁵⁵ realizado en conjunto por el CITpax y el Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, las modalidades de operación de los grupos armados ilegales, dentro del sector minero del oro, se manifiestan mediante: la participación directa, la explotación directa, la explotación legal criminal, la participación indirecta y en forma de grupos criminales para protección y seguridad:

La participación directa se realiza cuando los actores armados ilegales gestionan los procesos extractivos a nivel local, de esta manera lavan dinero y se roban las regalías.

La explotación directa que ocurre cuando los grupos armados ilegales invierten en maquinaria, utilizan pocos trabajadores y se camuflan como minería

⁵⁵ OBSERVATORIO INTERNACIONAL-DDR – Ley de Justicia y Paz. CITpax Colombia. Actores armados ilegales y sector extractivo en Colombia, 2012. [Versión digital] <: <http://www.citpaxobservatorio.org>>

artesanal tradicional, en zonas de difícil acceso, principalmente donde se localizan los grupos guerrilleros.

La explotación legal criminal a través de Empresas fachada, que es el caso en el cual los grupos ilegales logran operar de forma legal por medio de empresas “fachada”. A través de estas empresas logran obtener los permisos y concesiones necesarias para llevar a cabo operaciones de explotación y exploración del oro.

Participación Indirecta: Actores armados ilegales como proveedores de servicios, facilitadores e intermediarios.

Grupos Criminales, como proveedores de protección, exigen dinero a cambio de no atentar contra las operaciones de los mineros y sus trabajadores, pero, también, ofreciendo el servicio de seguridad contra las amenazas de grupos ilegales o contra la criminalidad común. Estos grupos criminales también actúan como facilitadores de la llegada de empresas multinacionales, utilizando la intimidación, los asesinatos selectivos y el desplazamiento forzado como mecanismos facilitadores del despeje de zonas específicas, para realizar presión sobre los trabajadores, los sindicalistas o los movimientos sociales que puedan amenazar los intereses de la empresa de extracción.

1.5.4 Obligaciones que se deben cumplir en la etapa de explotación minera. Los contratos de concesión están consagrados en el artículo 32, numeral 2 de la Ley 80 de 1993 y en esta norma se definen el objeto, la remuneración de los mismos y la facultad de vigilancia y control que conserva el Estado durante el tiempo de ejecución. Como modalidad de este tipo de contrato estatal se encuentra el contrato de concesión minera como el acto jurídico mediante el cual el Estado concede a un particular, que puede ser una persona jurídica o una persona natural, la titularidad minera de recursos naturales no renovables por un tiempo determinado y con el lleno de requisitos legales, de manera que el particular pueda adelantar labores de exploración y explotación de esos recursos, mediante el desarrollo de un proyecto de minería. Este es el único medio legal que existe en Colombia para adelantar

esos proyectos: el contrato de concesión inscrito en el Registro Minero Nacional.

1.5.4.1 Obligaciones de contenido normativo. Como se ha dicho, la explotación minera en Colombia está regida por el Código de Minas, Ley 685 de 2001, en ella se contemplan todas las actividades mineras,. Igualmente establece aspectos que tienen que ver con la parte técnica de la explotación minera que incluye a su vez las guías que debe seguir todo minero, constituyéndose, no solo en una herramienta de orientación, sino de consulta conceptual y metodológica, tendiente a mejorar el desempeño sostenible y la gestión ambiental.

La solicitud debe acompañarse de los siguientes documentos:

El interesado debe ingresar al Radicador Web de la página de la ANM (www.anm.gov.co) y relacionar la información solicitada sobre sus datos y la localización del proyecto. Al ser radicada la solicitud se deben presentar en la Agencia Nacional de Minería los siguientes:

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)

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

En cuanto a los requisitos para la legalización de una mina que se encuentra bajo explotación y cuyos propietarios se quieran acoger a la reglamentación del artículo 165 de la Ley 685 de 2001, deberán diligenciar un formulario y anexar:

1. Mínimo dos (2) pruebas de las enumeradas a continuación, que permitan demostrar sus actividades de explotación con anterioridad al 17 de agosto del 2001:

a) Declaración extra proceso de dos (2) testigos rendida ante Juzgado, Alcaldía o Notaría, sobre la antigüedad y ubicación de las actividades de explotación;

b) Formulario de declaración de producción y liquidación de regalías y su correspondiente recibo o certificado de pago;

c) Facturas de comercialización y venta del mineral explotado;

d) Cualquier otro documento o prueba que demuestre la antigüedad de la explotación con anterioridad al 17 de agosto de 2001.

2. Plano a escala 1:5000, delimitando el polígono objeto de legalización por una de las siguientes opciones: Por coordenadas planas de Gauss o por rumbos y distancias, donde uno de los vértices del polígono deberá estar relacionado mediante rumbo y distancia, al punto arcifinio. El punto arcifinio deberá ser fácilmente identificable y estar definido por coordenadas planas, las cuales pueden ser tomadas directamente de planchas o fotomosaicos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi o, cuando no existan las referencias en las mencionadas planchas, por métodos astronómicos o geodésicos de los accidentes geográficos que conforman el punto arcifinio seleccionado.

3. Identidad o certificado de existencia y representación legal.

El interesado puede solicitar la asesoría técnica y jurídica de la autoridad minera.

1.5.4.2 Obligaciones de contenido contractual. Son todas aquellas que el concesionario se obliga a poner en práctica las reglas, métodos y procedimientos técnicos propios de la explotación minera, que eviten daños a los materiales explotados o removidos o que deterioren o esterilicen las reservas *in situ*, susceptibles de aprovechamiento. El concesionario deberá pagar los impuestos o gravámenes de orden nacional, departamental o municipal que se deriven de la actividad.

1.5.4.3 Obligaciones ambientales. Para la Corte Constitucional Colombiana, la evaluación del impacto ambiental constituye una expresión clara de los principios de precaución y prevención que obligan a las autoridades colombianas de acuerdo con las normas internacionales y la Constitución misma, según lo ha establecido el mismo organismo en sentencias como la T-201 de 2014, en la cual se afirma que la Constitución de 1991 apunta a un modelo de desarrollo sostenible en el que la actividad productiva debe guiarse por la sociedad, la economía, la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y los principios de precaución y prevención ambiental, entre otros.

El principio de prevención se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo fundamento está en la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.

La evaluación del impacto ambiental exige que, científicamente mediante un esquema de causa-efecto, se determine cuáles serán los factores que impactarán el medio ambiente y como podrán tratarse de manera que sus efectos no sean nocivos. Sin embargo, no siempre es así y aunque muchos de los proyectos extractivos o industriales hayan sido sometidos a estudios de impacto ambiental, los resultados pueden ser otros o pasar inadvertidos por muchos años, como sucedió en la parte del cañón del río Cauca en cercanías de Santa Fe de Antioquia donde la minería del oro de aluvión predominó durante los dos primeros siglos de la Colonia, habiéndose degradado la tierra de tal manera que el uso de ella fue la ganadería extensiva en los siglos XVIII, XIX y XX ⁵⁶ y que hoy se manifiesta en su baja capacidad agrícola, la desertización de ciertas zonas y las altas temperaturas de la región⁵⁷.

Sin embargo, el minero cumple con su obligación presentando la evaluación del impacto ambiental, obteniendo la licencia ambiental e incluyendo en su plan de explotación las acciones de mitigación de los efectos negativos; hay que decir que las obligaciones ambientales que la Constitución y las leyes consagran son de obligatorio cumplimiento y de esta manera, aunque las Guías Minero ambientales recomiendan adelantar acciones y adoptar modelos sugeridos para la evaluación del impacto, los concesionarios deberán tener siempre en cuenta las normas de orden superior. Y a ello se ha referido la Corte Constitucional en varias ocasiones.

⁵⁶ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, CORANTIOQUIA, ALCALDÍA DE SANTA FE DE ANTIOQUIA. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Agenda Ambiental del municipio de Santa Fe de Antioquia. 2011. [Versión digital] < <http://www.idea.unal.edu.co/proyectos/sigam/sant.pdf>

⁵⁷ La consideración de estos efectos hace que la evaluación anticipada del impacto ambiental sea un tema de primordial importancia, sobre el cual se dijo en la Sentencia C-339 de 2002: Para poder hablar de un desarrollo sostenible de la explotación minera que respete la biodiversidad, es indispensable tener en cuenta como instrumento la evaluación de impacto ambiental, entendida como instrumento administrativo y como instrumento de gestión que permite articular los diversos aspectos ambientales de la actividad minera tales como la mitigación de la contaminación, la protección de especies y la recuperación post-clausura de las explotaciones y exploraciones mineras.

2. LA LEGALIZACIÓN DE LA MINERÍA

La Corte Constitucional entre el año 2010 y 2016 ha proferido 25 fallos relacionados con el sector, de los cuales más del 90% han representado decisiones adversas para las compañías y que, en la mayoría de los casos, esto ha tenido impactos de diversa índole.

Entre las más importantes está la Sentencia C-035 de 2016 sobre el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2016, donde fueron declarados inexecutable aspectos mineros como los Proyectos de Interés Nacional Estratégico (PINES).

También la Sentencia C-192 del 2016 en la que se establece que no existen derechos adquiridos en materia de usos del suelo. La Sentencia C-273 de 2016 que reconoce la participación de las entidades territoriales en la política minera y la C- 389 de 2016 del 27 de julio de 2016 en la cual se Declaran EXEQUIBLES los artículos 16, 53, 570 y 271 de la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, “bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados”.

En consecuencia, puede decirse que formalizar no es solo tener la titularidad de la mina, sino que hay tener el permiso estatal para la exploración y explotación. La formalización de la actividad minera en Colombia no sólo hace referencia a la titularidad; es decir que cada persona que extraiga minerales de un área del territorio nacional debe contar con el permiso por parte del estado para su exploración y explotación. Pero también se refiere a que se organice mediante estructuras empresariales que faciliten el acceso al crédito y a la

tecnología para hacer una minería que sea sostenible y que impulse el desarrollo en la zona donde se localice. Por ello es necesario el cuidado ambiental, el respeto por las normas laborales y de seguridad.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA NORMATIVIDAD QUE RIGE LA MEDIANA Y PEQUEÑA MINERÍA DEL ORO EN COLOMBIA

1. NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Ya se ha visto, en el contexto de este trabajo, que el ejercicio de la actividad minera ha tenido un desarrollo importante, a la vez que una evolución jurídica que, a partir del Código de Minas de 1988, está orientada hacia la consolidación de dicha actividad según un esquema empresarial que permita ejercer el control financiero, fiscal, ambiental y social. Es así como, desde el articulado del Decreto-Ley 2655 de 1988, se fijaron los objetivos relacionados con la materia, teniendo en cuenta el fomento de la exploración minera, el establecimiento de la existencia de materiales, su explotación para atender la demanda creando oportunidades de empleo y el estímulo de la inversión en las zonas donde se encuentran las minas.

En el mencionado Código de 1988 se establecieron las formas jurídicas de acceder a la explotación minera, y se conservó la figura jurídica del Aporte que era una de las modalidades de participación y que el tratadista José Luis Aramburo⁵⁸ define como “El acto administrativo en virtud del cual el Estado confiere un derecho de explotación de un yacimiento de minerales básicos para la economía nacional a un Establecimiento Público, una Empresa Industrial y Comercial del Estado o una Empresa Mixta con predominio de capital oficial”.

Este antecedente es importante, porque se le confiere a la participación privada un papel principal en la explotación minera. Sin embargo, la ley de 1988 fue derogada y sustituida por la Ley 685 de 2001, ya que su expedición se dio en un contexto de globalización que exigía un cambio en el Estado, pasando de este como empresario a Estado regulador, vigilante y controlador de las

⁵⁸ ARAMBURO ARANGO, José Luis, op cit

funciones productivas, considerando que eran los particulares, y en especial la empresa privada quien estaba en capacidad de producir de manera más eficiente.

De esta manera, se sustituye el Código de 1988 por el que adopta la Ley 685 de 2001 que definió con mayor nitidez los objetivos de la actividad minera y sobre la cual afirmó que se busca su aprovechamiento en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y de fortalecimiento económico del país.

En el Código de 2001, subsistió el aporte, en los casos en que había sido constituido al amparo del anterior Código. Así lo dijo el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 25 de Septiembre del 2012⁵⁹: "Estima la sala que el contrato 051-96M, habiéndose ajustado a la normatividad entonces vigente, el decreto 2655 de 1988, conserva hoy toda su fuerza y validez, específicamente en cuanto a los derechos que adquirieron las partes y las obligaciones que asumieron, a pesar de que dicho decreto fue reemplazado por un nuevo estatuto minero, la ley 685 de 2001. Ello es así en virtud del principio consagrado en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, conforme al cual " En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...)".

Lo importante de resaltar es que con la Ley 685 de 2001, la actividad minera es de utilidad pública e interés social (artículo 13), la participación privada se establece como la principal en el medio minero y el Estado pasa a cumplir con las obligaciones que le imponen la Constitución Política y las leyes sobre la minería, así como lo regulan los principios de precaución y prevención que contemplan los convenios internacionales de defensa del medio ambiente⁶⁰.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala d Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra, rad. 2122 del 25 de septiembre de 2012

⁶⁰ ORTIZ RODRÍGUEZ, Alexa Catherine. Manual de Derecho Minero. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014

Esta participación privada se materializa, según la Ley 685, mediante el contrato de concesión minera que se define como:

Artículo 45. Definición. El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.

El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.

Así definido, hay que agregar que, el contrato de concesión es una modalidad de contrato estatal consagrado por la Ley 80 de 1993 y tiene sus particularidades especiales que lo caracterizan: el Estado concede a un particular, que puede ser una persona jurídica o una persona natural, la titularidad minera de recursos naturales no renovables por un tiempo determinado y con el lleno de requisitos legales, de manera que el particular pueda adelantar labores de exploración y explotación de esos recursos, mediante el desarrollo de un proyecto de minería. Este es el único medio legal que existe en Colombia para adelantar esos proyectos: el contrato de concesión inscrito en el Registro Minero Nacional.

Aunque la ley 685 de 2001 consagró en el artículo 14 que la única manera de adquirir y probar la existencia del derecho a la exploración y la explotación las minas de propiedad estatal era por medio del contrato de concesión con su inscripción en el Registro Minero Nacional, no desconoció los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de

aporte, vigentes al entrar a regir este Código. De la misma manera procedió con las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto⁶¹.

1.1 LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA

El Código de Minas en su artículo 18, instituye la posibilidad de que las personas naturales y jurídicas extranjeras, como contratistas, tengan los mismos derechos y obligaciones que los nacionales colombianos atendiendo al principio de trato nacional. Este artículo constituye uno de los pilares de la inversión, y da garantía a los inversionistas, pues se cimenta en el principio de igualdad, por tanto cualquier trato desfavorable que se perciba deberá ser limitado por disposición de la misma Ley.

Según la ley, quienes pueden acceder a un título minero, requisito fundamental para realizar la explotación, son:

- Personas naturales con capacidad legal;
- Personas jurídicas que dentro de su objeto social esté el de la exploración y explotación minera;
- Los consorcios;
- Las uniones temporales;
- Organizaciones de economía solidaria que se constituyan con el objeto de desarrollar actividades de minería.
- Mineros asociados o cooperados o en forma individual, a los mineros vinculados a los planes comunitarios (Art. 249, literal c, del C.M.)
- Asociaciones comunitarias de mineros (Art. 250 del C.M.)
- Proyectos mineros comunitarios de que trata el artículo 248 del Código de Minas.

⁶¹ MANCERO BUCHELI, Gabriela. Adquisición de empresas en el sector minero y petrolero colombiano. Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pag. 28

En cuanto a la capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal. Dicha capacidad, si se refiere a personas jurídicas, públicas o privadas, empresas nacionales y extranjeras, requiere que en su objeto se hallen incluidas, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras.

En caso de que la propuesta sea presentada por unión temporal y luego de adjudicada la concesión, deberán constituirse en figura societaria, con la misma participación que se derive de la propuesta presentada.

También podrán presentar propuestas y celebrar contratos de concesión los consorcios, caso en el cual sus integrantes responderán solidariamente de las obligaciones consiguientes. (Art. 17 C.M.).

Igualmente, las personas jurídicas extranjeras podrán, a través de representante domiciliado en Colombia, presentar y tramitar propuestas. Para la celebración del contrato de concesión deberán establecer una sucursal, filial o subsidiaria, domiciliada en el territorio nacional. (Art. 19 del C.M.).

Teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 17 del C.M., es pertinente hacer mención sobre las disposiciones que sobre capacidad legal consagra la Ley 80 de 1993:

“ART. 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.

1.2 LA VISIÓN DE LA MINERÍA COMO EMPRESA PRODUCTIVA

González Salazar⁶² afirma que la formalización de la actividad minera bajo las normas de la Ley 685 de 2001 se inscribe en la estrategia del Banco Mundial que planteó la necesidad de un régimen tributario estable, como garantía para los inversionistas extranjeros. Según la autora, las modificaciones a los códigos

⁶² GONZÁLEZ SALAZAR, op cit, pag. 34

mineros en América Latina tuvieron todos esta orientación enfocada hacia la inversión privada, nacional o extranjera.

Fue así como los países mineros de América Latina habían cambiado sus legislaciones mineras entre ellos, Argentina (Ley 24498 de 1995), Bolivia (Ley 1777 de 1997), Brasil (Ley 9314 de 1996), Venezuela (1999), Honduras (1998), Nicaragua (2000), Ecuador (Ley 126 de 1991), Perú (Ley General minera 1992), y Colombia lo realizó en el año 2001. Estas son las que se conocen como reformas de primera generación inspiradas en las líneas del Banco Mundial.

Dentro de esta concepción global de la economía, está inscrito el enfoque medio ambiental consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política, en armonía con la garantía de la propiedad privada que obliga a asumirla como un conjunto de responsabilidades, y no como una potestad absoluta, y que trasciende los límites del derecho individual y se proyecta hacia lo colectivo, cumpliendo con el principio de solidaridad.

Las condiciones enunciadas y la acumulación del efecto nocivo sobre el territorio, la preocupación por la supervivencia de las especies y por el bienestar humano, constituyeron uno de los fundamentos del establecimiento de normas para la mitigación del impacto ambiental, que son de obligatorio cumplimiento y que tienen especial proyección hacia la minería, como lo ha establecido la Jurisprudencia Constitucional, como se verá en el capítulo siguiente.

Pero, no fueron solamente las normas ambientales las que preocuparon al legislador colombiano, pues la seguridad y la estabilidad jurídica, como ya se ha dicho, también lo fueron. González Salazar⁶³ afirma al respecto que, con la expedición de la Constitución Política, los cambios fueron importantes ya que le dieron fuerza al sector, en términos de desarrollar la economía del país y de

⁶³ GONZALEZ, *ibid*

establecer un ámbito donde los negocios tuvieran la garantía jurídica y la estabilidad necesarias para generar inversión en el sector minero.

Entre los elementos que dan seguridad, se señala⁶⁴ la ratificación del Estado como propietario de subsuelo y de los recursos naturales no renovables,—sin perjuicios de los derechos previamente adquiridos — de acuerdo con el artículo 332. Por su parte el artículo 334 contempla la intervención de la ley, en la explotación de los recursos naturales, entre otras acciones, con el fin de racionalizar la economía y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. El artículo 360, por su parte, estipula, que la ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. Dispone esta norma, que la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. De otra parte, el artículo 80 Superior afirma, que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su consecución, restauración o sustitución.

Sobre el sentido y alcance de estas disposiciones, se ha pronunciado la Corte Constitucional en relación con la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como sobre la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. Igualmente, hay que decir que, de conformidad con el ordenamiento constitucional colombiano, el derecho minero hace parte del derecho público y es el Ministerio de Minas y Energía de Colombia, el órgano encargado de contratar con los particulares y otorgar las licencias mineras. Con la Ley 685 de 2001 se reafirmaron la seguridad y la estabilidad jurídica, la primera como sustento de la inversión para el establecimiento de proyectos mineros y la segunda respaldada en el cuerpo normativo adoptado por el órgano deliberante por

⁶⁴ GONZALEZ, *ibid*

excelencia que es el Congreso y porque en ella se definen los asuntos principales que tienen que ver con el contrato de concesión minera, única forma jurídica válida para detentar derechos de esta naturaleza.

El conjunto de obligaciones que se adquieren por la suscripción del contrato de concesión, se garantizan mediante el otorgamiento por el concesionario de una póliza minero ambiental, la cual está instituida para la garantía de las de tipo legal, ambiental y contractual. Para el otorgamiento de la póliza, las compañías de seguros exigen una serie de requisitos que deben cumplir tanto las personas que se dedican a la minería, como las empresas. Y dicha póliza es consecuente con la regulación de control y cumplimiento a los requisitos medioambientales de la Constitución de 1991 y aunque no ha sido posible encontrar procesos de ejecución generados a partir de esta póliza, jurídicamente es una garantía importante. Para el otorgamiento de la póliza, las compañías de seguros exigen una serie de requisitos que deben cumplir tanto las personas que se dedican a la minería, como las empresas. Y dicha póliza es consecuente con la regulación de control y cumplimiento a los requisitos medio ambientales de la Constitución de 1991.

1.3 LAS FACULTADES DEL ESTADO, EL TEMA MINERO Y LA LEGALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD

Ahora bien, dentro de las facultades del Estado se encuentra la de otorgar las concesiones mineras, sin que por el acto jurídico correspondiente se transfiera el dominio del subsuelo, ya que este, constitucionalmente, pertenece al Estado. Como características de la concesión se encuentra la de ser la culminación de un procedimiento, con sus etapas claramente definidas, y que genera derechos mineros para el particular.

En cuanto al contrato de concesión, constituye el principal elemento de seguridad y estabilidad jurídica, porque en él se consignan los derechos y

deberes del titular, la posibilidad de ceder los derechos conferidos, la autonomía que se le concede para realizar las actividades en la forma técnica que disponga, siempre y cuando se respeten los límites de la concesión y no se menoscaben las condiciones ambientales. Igualmente, el término de la concesión, durante 30 años, constituye una importante previsión que da firmeza jurídica a la situación del minero. Un aspecto importante que consagra la ley es el darle validez de derecho, frente a otros proponentes, a la propuesta de contrato de concesión desde el momento en que se radica dicha propuesta.

De conformidad con las facultades concedidas al Estado en relación con el tema minero, y para efectos de que todas las actividades se realicen de acuerdo a la ley, se dictó el decreto 933 de 2013, en armonía con la ley 1382 de 2010, que estableció un término de dos años para que los explotadores, los grupos y asociaciones de mineros tradicionales que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero nacional se les otorgue contrato de concesión minera con el lleno de unos requisitos”.

En el Decreto mencionado se define la minería tradicional en el artículo 1º:

Minería tradicional: La minería tradicional es aquella que se ha ejercido desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001, en un área específica en forma continua o discontinua, por personas naturales o grupos de personas naturales o asociaciones sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, en yacimientos minerales de propiedad del Estado y que, por las características socioeconómicas de éstas y la ubicación del yacimiento, constituyen para dichas comunidades la principal fuente de manutención y generación de ingresos, además de considerarse una fuente de abastecimiento regional de los minerales extraídos. Esta minería es también informal y puede ser objeto de procesos de formalización a los que hacen referencia los artículos 31 y 257 de la Ley 685 de 2001, así como los programas de qué trata el Capítulo XXIV de la

Ley 685 de 2001- Código de Minas. Por lo anterior, se entiende que la minería tradicional es una especie de la minería informal.

Para la legalización se exigen los requisitos del artículo 6º:

Artículo 6º. Requisitos. A los solicitantes cuyo trámite esté en curso y aquéllos que radicaron su solicitud vía web entre la fecha de expedición de este Decreto y el 10 de mayo de 2013 se les tendrán en cuenta para analizar la viabilidad de su solicitud, los siguientes documentos:

1. Documentos comerciales o técnicos.

2. El plano deberá ser presentado de manera digital o análoga y cumplir mínimo con las siguientes especificaciones: • Georeferenciación con Coordenadas Planas de Gauss del área o polígono de interés, Coordenadas Geográficas o Magna Sirgas o el sistema adoptado por la Autoridad Minera. • Referenciación Geográfica de Frentes de explotación o Boca Minas activas e inactivas presentes en el área de interés. • Concordancia en escala gráfica, numérica y grilla o concordancia en escala numérica y grilla. • El plano deberá ser presentado a escala entre los rangos 1:500 a 1:10.000. • El plano deberá tener orientación, para lo cual deberá indicarse el Norte geográfico. • Datos básicos del solicitante, es decir: nombres y apellidos, ubicación del área solicitada (departamento, municipio, y en lo posible corregimiento o vereda), mineral explotado y fecha de elaboración del plano. • No debe presentar tachaduras ni enmendaduras.

3. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía, si se trata de persona natural; tratándose de Grupos deben demostrar por medios idóneos la existencia de los mismos y fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de cada uno de los integrantes; tratándose de Asociaciones deben demostrar por medios idóneos la existencia de las mismas y allegar fotocopia de la Cédula de Ciudadanía sólo del representante de la Asociación. Para la firma del contrato de concesión la

Asociación deberá tener capacidad jurídica para adelantar actividades de exploración y explotación de minerales.

4. En los casos en que los grupos y asociaciones no cumplan con la antigüedad de conformidad con la definición de minería tradicional, se tendrá en cuenta la antigüedad de la explotación minera realizada por las personas naturales que hacen parte de dicho grupo o asociación.

5. Únicamente podrán ser solicitados por los interesados en la solicitud de que trata este decreto, los minerales que han venido explotando de manera tradicional.

6. Documentos que acrediten la tradicionalidad de los trabajos mineros, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Parágrafo. Solamente podrán ser requeridos para la presentación del plano los requisitos señalados en el numeral 2 del presente artículo, es decir, no se tendrá en cuenta para la evaluación del mismo, lo estipulado en el Decreto 3290 de 2003.

Allegados los documentos mencionados, la Autoridad Minera, revisará si cumplen con las exigencias que trae el decreto, ordenará que se subsanen los requisitos para lo cual dará un término de un mes. Si no se cumplen los requisitos exigidos, la solicitud se archiva. Cumplidos los requisitos, la Autoridad Minera ordenará la visita que verificará si los anexos presentados cumplen con los trabajos realizados, con la ubicación y antigüedad de los trabajos, y la viabilidad de la petición.

De la visita se hará un informe técnico dentro del mes siguiente a la visita y se harán las obras que se requieran y de no hacerlo, se rechazará la solicitud.

La parte solicitante deberá cumplir con los requisitos de orden ambiental que el establece el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en su guía ambiental; si del informe técnico se estima viable continuar con el proceso,

ordenará la presentación del Programa de trabajos y obras PTO a la Autoridad Minera y el Plan de manejo ambiental - PMA - a la Autoridad Ambiental.

Es importante destacar que la solicitud de formalización se rechaza cuando esta se hace para los siguientes casos:

Artículo 28°. Causales de rechazo. Se rechazará de plano la solicitud de formalización de minería tradicional en los siguientes casos: 1. Cuando las áreas solicitadas se encuentren ocupadas por títulos mineros diferentes a los contratos de concesión, contratos en áreas de aporte o autorización temporal. 2. Cuando las áreas solicitadas se encuentren dentro de las áreas excluibles de la minería, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, con las modificaciones introducidas por la Ley 1450 de 2011 respecto a las prohibiciones de realizar actividades mineras en ecosistemas de páramo teniendo como referencia mínima el Atlas de páramos del Instituto Humboldt, reservas forestales protectoras que no se pueden sustraer para estos fines, así como arrecifes de coral, manglares y humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la convención RAMSAR, como tampoco en áreas incompatibles con la minería de acuerdo con el artículo 61 de la Ley 99 de 1993. 3. Cuando las áreas solicitadas se encuentren dentro de las señaladas en el artículo 35 de la Ley 685 de 2001 y no cuenten con los respectivos permisos a que hace mención dicho artículo. 4. Cuando efectuados los respectivos recortes por la Autoridad Minera competente se determine que no queda área susceptible de otorgar, que las explotaciones queden por fuera del área susceptible de continuar con el trámite, o que en el área resultante no se pueda desarrollar técnicamente un proyecto minero. 5. Cuando la persona que radique la solicitud no sea aquella a la que se le asignó el PIN. 6. Cuando el interesado esté inhabilitado para contratar con el

Estado, de acuerdo con las causales previstas en la ley. 7. Cuando allegada la documentación a la Autoridad Minera competente, ésta no cumpla con los requisitos señalados en los artículos 6 y 7 del presente decreto o la misma no sea aprobada por la Autoridad Minera competente. 8. Cuando la Autoridad Ambiental haya impuesto sanción de cierre definitivo y dicha decisión se encuentre en firme. DECRETO No. DE Hoja No. 14 de Continuación del Decreto "Por el cual se dictan disposiciones en materia de formalización de minería tradicional y se modifican unas definiciones del Glosario Minero 9. Cuando la Autoridad Minera competente, por condiciones de seguridad minera, haya impuesto sanción de cierre definitivo y dicha decisión se encuentre en firme. 10. En aquellos casos en los cuales se haya producido una sentencia judicial debidamente ejecutoriada que ordene el cierre de las minas, en relación con el área objeto de la solicitud de formalización. 11. Cuando se determine en la visita técnica de viabilización que la explotación minera no acredita la tradicionalidad o que se considere que no es viable continuarla por razón de sus fallas en aspectos técnicos, mineros o ambientales. 12. Cuando se detecte la presencia de menores trabajando en actividades mineras asociadas a las distintas etapas del ciclo minero. 13. Cuando el área solicitada por el interesado exceda el área máxima definida por el Ministerio de Minas y Energía. 14. La no aprobación del Plan de Trabajos y Obras o el Plan de Manejo Ambiental por la Autoridad competente.

1.4 FORMALIZACIÓN DE MINAS EN ANTIOQUIA

De acuerdo con los datos suministrados por el Ministerio de Minas⁶⁵ en temas de formalización, entre 2013 al 2015, a través de convenios con

⁶⁵ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Política Minera de Colombia. Bases para la minería del futuro. Bogotá, 2016. [Versión digital] < <https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome->

diferentes entidades como corporaciones autónomas regionales, universidades, centros provinciales y alcaldías, se caracterizaron 7.322 UPM y se les dio asistencia técnico-práctica a 1405 UPM en los departamentos de Antioquia, Tolima, Valle del Cauca, Huila, Boyacá, Caldas, Santander, Chocó, Cauca, Cundinamarca, Guajira, Sucre y Córdoba, que cubren 180 municipios.

Como resultado de la mediación institucional del Ministerio de Minas y Energía, se han suscrito actualmente nueve subcontratos de Formalización en el departamento de Antioquia inscritos en el Registro Minero Nacional y dos en el departamento de Córdoba pendientes de aprobación definitiva.

1.5 LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL DECRETO 0933 DE 2013 POR EL CONSEJO DE ESTADO

Los procesos de formalización de la minería se encuentran suspendidos, por cuanto el Consejo de Estado, Sección Tercera, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, suspendió provisionalmente el día 20 de abril de 2016, el Decreto 933 de 2013, proferido por la Nación – Ministerio de Minas y Energía. Siguiendo lo establecido por la Corte Constitucional, se trata de una suspensión cuyos efectos son de “estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad” (Sentencia) Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las

circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesoria porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,⁸ argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta⁹ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

Para fundamentar la decisión, se tuvieron en cuenta los argumentos del demandante quien sostuvo que el acto administrativo está viciado de falsa motivación por cuanto era la Ley 1382 de 2010 la que establecía la diferencia entre minería ilegal y minería informal y esta la que debía formalizarse. Sin embargo, la Ley fue declarada inexecutable, por cuanto no se surtió la consulta previa a las comunidades indígenas a quienes afectaba. El Gobierno Nacional, con el objeto de continuar el trámite y apoyado en el artículo 107 de la Ley del Plan de Desarrollo, expide el Decreto 0933 de 2013 con el cual se adelantaban los procedimientos para la normalización.

Pero, sucede que la formalización minera es un asunto de reserva legal, y porque ella fue consagrada por la Ley 1382, excluida del ordenamiento, razón por la cual no podían revivirse sus normas mediante un decreto que, además, tampoco tuvo el trámite de la Consulta Previa. Realizado el análisis del caso concreto, la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció la identidad entre las normas del Decreto 1970 de 2012, reglamentario de la Ley 1382 de 2010 y el Decreto 0933 de 2013.

1.6 CONSECUENCIAS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Los trámites de formalización minera se encuentran suspendidos hasta tanto no se decida en el proceso de nulidad. Si efectivamente el Decreto es retirado del ordenamiento por nulidad, deberá tramitarse una nueva Ley, previa consulta con las comunidades, que de nueva vida a los trámites iniciados.

En cuanto a los mineros, muchos de ellos, han interpuesto acciones de tutela para proteger sus inversiones en las minas. Así lo confirma el Periódico La República del día 30 de julio de 2016.

En el caso del municipio de Buriticá, sobre el proceso de formalización de la actividad minera, se ha encontrado que solo la empresa Continental Gold (canadiense) posee título legal sobre un área de 61.784 hectáreas aunque en junio de 2016 no tenían licencia ambiental; además, que existen 108 bocaminas ilegales. De estas se han intervenido 52 y se decomisaron \$84.784 millones en bienes provenientes de la minería ilegal.

La información que se pudo recoger en la zona por las autoras de este trabajo es que la formalización está suspendida, en este lugar como en los demás del departamento de Antioquia, pero existen algunos acuerdos en los que se incluye a la compañía canadiense, que se legalizarán los títulos de las personas que son del municipio y que tenían adelantadas actividades mineras, como lo exigía el Decreto 933.

En cuanto a la información que publica la Gobernación de Antioquia, se refiere a la “recuperación de la tierra en Buriticá”⁶⁶ y al empadronamiento de los mineros tradicionales del municipio⁶⁷. La Agencia Nacional Minera, por su

⁶⁶ GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA. La Gobernación de Antioquia hace presencia en Buriticá, descentralizando servicios. < <http://antioquia.gov.co/index.php/component/k2/item/800-la-gobernacion-de-antioquia-hace-presencia-en-buritic%C3%A1,-descentralizando-servicios>

⁶⁷ H13 NOTICIAS. Gobernación de Antioquia empadrona mineros tradicionales de Buriticá. Mayo 24 de 2016. <http://h13n.com/gobernacion-de-antioquia-empadrona-mineros-tradicionales-de-buritica/>

parte, publica la versión que entrega la compañía Colombia Gold, la cual se anexa a este trabajo.

En lo que tiene que ver con el Bajo Cauca antioqueño, zona minera ancestral, se estaban ejecutando las tareas de formalización, hasta cuando se suspendió provisionalmente el Decreto 0933 de 2013. Por información directa recogida por las autoras, algunas minas de las que estaban en el proceso de formalización, continúan operando, al amparo de las licencias ambientales ya obtenidas y de las solicitudes adelantadas, aunque suspendidas. Se conoce que, en la zona, se han realizado operativos de destrucción de maquinaria.

Sobre la experiencia de los laboratorios de legalización en la zona del Bajo Cauca, estrategia implementada como una forma de legalizar y formalizar la actividad de los mineros en esta zona, fue un convenio entre el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación de Antioquia a través de la Secretaría de Minas, la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia – CORANTIOQUIA– y la Universidad Nacional de Colombia (sede Medellín), con el objeto de:

Aunar esfuerzos para establecer la colaboración y cooperación mutua entre las partes, con el fin de aprovechar en la medida de sus posibilidades sus recursos humanos, materiales y económicos, mediante la organización, coordinación y desarrollo de actividades relacionadas con la legalización y formalización minera en la subregión del Bajo Cauca, a través de proyectos, que se desarrollarán mediante Convenios y/o Contratos Específicos⁶⁸. En el estudio citado se afirma en las conclusiones: “De los resultados obtenidos puede concluirse que el Laboratorio de Legalización y Formalización Minera del Bajo Cauca Antioqueño no fue eficaz instrumentalmente en la medida en que para la

⁶⁸ GARCÉS MEJIA, Gloria Patricia. La legalización minera en el Bajo Cauca Antioqueño. Resultados del Primer Laboratorio de Legalización y Formalización Minera en Colombia. Trabajo de grado para obtener el título de Maestría en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad EAFIT, Medellín, 2015. [Versión Digital] <
https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8735/GloriaPatricia_GarcesMejia_2016.pdf?sequence=2

fecha y después de cuatro años de articulación institucional con la destinación e inversión de recursos económicos y humanos, no se cuenta con ninguna unidad minera legalizada”.

Estos laboratorios se institucionalizaron en el país, a partir de la Ley 1382 de 2010 y el Decreto 0933 de 2013, cuando la Ley fue declarada inconstitucional mediante la Sentencia C-366 de 2011 de la Corte Constitucional. Suspendido provisionalmente el Decreto, no tiene sustento normativo

La Jurisprudencia y la doctrina Constitucional y la minería mediana y pequeña.

CAPÍTULO TERCERO

LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS CONDICIONES, CARACTERÍSTICAS, OBLIGACIONES Y SANCIONES A LA MINERÍA MEDIANA Y PEQUEÑA

En la Constitución de 1991 existen más de treinta disposiciones que se relacionan con el medio ambiente, un sistema de protección “complejo”, como lo ha denominado la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2014:

Se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas. (...) La esencia y el significado del concepto “ambiente” que se desprende de los instrumentos internacionales y que armoniza con la Constitución de 1991 limita la discrecionalidad de los operadores jurídicos al momento de establecer i) cuáles elementos integran el ambiente y ii) qué protección debe tributárseles por parte del ordenamiento jurídico”.

El ordenamiento constitucional concibe una forma de protección de la naturaleza ligada al hombre en su interacción con ella de manera que pueda hablarse de equilibrio entre los diversos elementos que la componen. En la Carta se siguieron los principios de orientación medioambiental que partieron de la Conferencia de Estocolmo, en 1972 y de la Reunión de Río de Janeiro en 1992, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y que se materializaron en los artículos 79, 333 y 334.

La Corte Constitucional recogió los principios ambientales, teniendo en cuenta el informe de la Comisión Brundlandt ⁶⁹ que definió el desarrollo sostenible como el que es capaz de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos y posibilidades de las generaciones futuras; y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional los apropió, teniendo en cuenta que en la Reunión de Río se consideró que el desarrollo sostenible hace parte de los objetivos del Estado contemporáneo.

1. LA VISIÓN DESDE EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Como se dijo, en el ordenamiento colombiano la protección del ambiente no consiste en la protección de la naturaleza aislada del hombre, sino que se ha considerado fundamental la relación entre el entorno y la garantía efectiva del derecho a la vida y la calidad de esta, razón por la cual se entiende que lo que busca la preservación del medio es la protección de la subsistencia actual y la garantía de la futura, que es lo que se conoce como sostenibilidad del medio para garantizar a las personas sus condiciones de vida.

El sistema de protección ambiental de la Constitución de 1991 consagra el deber del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, el control a los factores de

⁶⁹ La señora Brundlandt, primera ministra de Noruega; en 1990 recibió el encargo de preparar el informe para la denominada Cumbre o Reunión de Río.

deterioro y la facultad de imponer obligaciones a los particulares para su conservación y a sancionar a quienes causen daños ambientales (artículo 80); además se impuso al Estado el deber de intervenir en la explotación de los recursos naturales (...) con el fin de preservar un ambiente sano y lograr así los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (artículo 334 de la C.P). Dentro de este ámbito de regulación se encuentra la actividad minera, sometida a las normas constitucionales y legales.

En consecuencia, la sostenibilidad obliga a ejercer un control sobre los agentes que pueden llegar a causar alteraciones en los elementos de la naturaleza y con ellas causar daños irreparables que afecten el futuro de las especies vivas. Entre las acciones de los agentes se encuentran las actividades económicas de explotación de los recursos naturales mediante la concesión por parte del Estado y el correlativo control por parte de este para que no se rompa el necesario equilibrio ambiental.

Se trata entonces de una forma de crecimiento económico que apunte al aumento de la productividad, sin que este enfoque excluya aspectos como la conservación de los recursos naturales y el respeto por la convivencia entre las personas y el disfrute de estos de los recursos existentes. Como lo dijo la Sentencia T-411 de 1992, se trata de hacer compatibles medio ambiente y desarrollo, mediante la coexistencia de los derechos al trabajo, a la propiedad privada, la libertad de empresa y el derecho a un ambiente sano, utilizando racionalmente los recursos naturales.

2. SOBRE LA FORMALIZACIÓN MINERA

Sobre la forma de normalizar aquellas situaciones en las cuales existe minería ilegal, de hecho y tradicional, la ley 685 de 2001, contempló en su artículo 165:

Artículo 165. *Legalización*. Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1°) de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código.

Ante una demanda reciente que fue resuelta según la Sentencia C-259 de 2016, consideró la Corte Constitucional varios asuntos, con los cuales se sintetiza su posición con relación a esta variable minera, de la cual existen en el país, miles de mineros que sobreviven de ella y sobre los cuales se han intentado medidas represivas que no solucionan el problema, pero que si tienen efectos sociales y económicos que han afectado a muchas familias en las zonas mineras. En esta sentencia se decidió sobre los siguientes temas:

1. Sobre la propiedad del suelo

El artículo 332 de la Constitución prevé que 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. Por su parte, el artículo 334 de la Carta, señala que el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, entre otras, con el fin de mejorar 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. Finalmente, el artículo 360 del Texto Superior, le otorga al legislador la atribución de determinar *“las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables”*.

2. Sobre la exploración y explotación del subsuelo

[] el legislador tiene una amplia facultad de configuración normativa con el fin de precisar las condiciones en que cabe la explotación de los recursos naturales no renovables, entre ellos, los derivados de la actividad minera sobre yacimientos de propiedad estatal, como se sostuvo en las sentencias; Sentencia C-983 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.[\[120\]](#).

3. Sobre la forma de probar la explotación de los recursos

Para regularizar la explotación de estos recursos, Precisamente, con el propósito de regularizar la explotación de estos recursos y de asegurar una planeación estratégica en su uso, la Ley 685 de 2001 exigió un único título minero para declarar y probar el derecho a explorar y explotar las minas de propiedad estatal, consistente en la celebración de un contrato de concesión previo cumplimiento de los requisitos de capacidad e idoneidad del oferente, y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos ambientales y de las leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la Nación .

De lo previsto en el artículo 159 de la Ley 685 de 2001, en el que se establece que existe una explotación o explotación ilícita de yacimientos mineros, *“cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o de captación de minerales de propiedad nacional (...), sin el correspondiente título minero vigente (...)*”. Como excepciones a este último se consagran dos manifestaciones en la ley, la primera es la *minería ocasional* realizada por los propietarios de las superficies, en pequeñas cantidades y por medios manuales; y la segunda, es el *barequeo*, que consiste en el lavado de las arenas por medios manuales, sin maquinaria y con el objeto de separar y recoger metales preciosos.

4. Formas ilegales de explotación

Toda actividad minera sin título inscrito en el Registro Minero Nacional es ilegal y, por ende, susceptible de las medidas que el ordenamiento jurídico prevé para asegurar que la exploración y explotación se ajusten a los parámetros consagrados en la ley.

5. Porque combatir la minería ilegal

La importancia de combatir la minería ilegal se encuentra en los efectos negativos que produce en el ámbito económico, social y ambiental. En cuanto al *componente económico*, porque al ser la minería una actividad que impacta de forma irremediable en el medio ambiente, lo que justifica su control por parte del Estado, cuando la misma se realiza por fuera del derecho, conduce a que ese deber de supervisión no sea efectivo y, por ende, a que no exista la posibilidad de garantizar el equilibrio entre el desarrollo económico y el uso razonable de la oferta ambiental. Esta circunstancia perjudica la planeación macroeconómica y las posibilidades de crecimiento del Estado. Por otra parte, la ilegalidad disminuye las rentas fiscales y afecta la generación de regalías[128], como recursos que se destinan para financiar proyectos de desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, con el propósito de mejorar las condiciones de vida de la población[129].

En el *ámbito social* la informalidad minera evita el control efectivo sobre las condiciones laborales en las que se lleva a cabo la explotación de las minas (v.gr., mediante la proscripción del trabajo infantil y niega la posibilidad de verificar el contexto de seguridad en el que se desenvuelve su práctica, por ejemplo, en lo referente al uso de maquinaria y de medidas de prevención y seguridad en las labores mineras.

Por último, en el *campo ambiental*, la minería ilegal como actividad carente de control ha estado ligada a fenómenos como la erosión del suelo, la liberación de sustancias tóxicas (v.gr. el cianuro y mercurio), el manejo inadecuado de fuentes de agua y la producción de polvo y ruido por encima de los niveles permitidos. Lo más grave es que su actuación por fuera de la intervención del Estado impide tomar medidas que mitiguen, compensen o corrijan los efectos generados, como ocurre con los sistemas de planificación ambiental ideados en el ordenamiento jurídico.

6. Clasificación de la minería

Dentro del esquema expuesto y teniendo en cuenta las consecuencias negativas que se generan, es preciso advertir que por vía reglamentaria, de derecho internacional y jurisprudencial, se ha venido haciendo referencia a una sub-clasificación de la minería ilegal. Particularmente, esta distinción puede agruparse en la *minería ilícita* frente a la *minería de hecho* (también denominada *minera informal*). En la primera se encuentra aquella que se asocia con el patrocinio de actividades ilícitas, como lo es, por ejemplo, la realizada por los grupos armados ilegales o las bandas criminales, que utilizan este negocio como un medio de financiación de sus actividades. Por el contrario, en la segunda, se estaría en presencia de aquella minería de pequeña escala, generalmente tradicional, artesanal o de subsistencia, que se desarrolla en las zonas rurales del país, como una alternativa económica frente a la pobreza y como una forma de obtención de recursos económicos, que permite asegurar la satisfacción del mínimo vital de familias que por tradición se han ocupado del oficio minero como herramienta de trabajo.

El principal elemento distintivo entre ambas formas de minería es que mientras la ilícita no tiene la intención de legalizarse, pues la destinación de sus recursos es eminentemente ilegal; en la minería de hecho o informal, sí existe la vocación de acceder al otorgamiento de un título que, según lo visto, permita

preservar la posibilidad de desarrollar una actividad de subsistencia. Por ello, no sólo en el derecho internacional sino también en la jurisprudencia de esta Corporación, se ha consagrado la obligación del Estado de promover la formalización minera.

7. El deber de prevención

Este deber también ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte. En una primera oportunidad, en la Sentencia C-983 de 2010^[137], en la que se dijo que conforme a la amplia facultad de configuración del legislador respecto de la explotación de los recursos naturales no renovables (CP arts. 332, 334 y 360), el Congreso podía establecer “los procesos necesarios con el fin de lograr la formalización y legalización de la explotación tradicional” de las minas, con el fin de regularizar “una situación de transición para quienes han ejercido de tiempo atrás [dicha actividad]” amparados en el derecho al trabajo y en la libertad de empresa.

En la Sentencia T-204 de 2014, este Tribunal destacó que la minería de hecho ha sido “una actividad tolerada tácitamente por el Estado al permitir su funcionamiento y operación durante extensos períodos de tiempo. Circunstancia ésta que [la] convierte (...) en una situación (...) que debe ser vigilada y controlada de inmediato, sin desconocer la confianza legítima derivada del ejercicio al derecho al trabajo de los trabajadores informales que logran cubrir su mínimo vital con la labor de explotación minera informal”.

Bajo esta consideración se observa que los procesos de formalización minera constituyen un mecanismo al cual debe acudir el Estado para lograr acercar una realidad social a las exigencias que se imponen en la ley para efectos de explorar y explotar un yacimiento minero de propiedad del Estado. Por esta vía, las deficiencias operativas que permitieron el desarrollo de una actividad sin

título, logran brindar una solución frente a quienes han tenido en dicho oficio la fuente por excelencia de su subsistencia.

La importancia de las consideraciones sobre la minería informal en esta sentencia está dada porque en ella se sintetizan las razones jurídicas expuestas por el máximo Tribunal acerca del tema de la minería mediana y pequeña, la cual no puede ser combatida militarmente, sino, por el contrario, debe recibir apoyo, estímulo, asesoría y orientación con el fin de que se acoja a la normatividad, como lo plantea el Decreto 0933, suspendido. Pero, también tiene importancia por el hecho de que, estando este Decreto en suspenso, es necesario que se brinde protección a los mineros que se encontraban en proceso de formalización y esta sentencia brinda elementos para hacerlo y aunque la sentencia se refiere a las legalizaciones que se hicieron, de acuerdo con la Ley 685 de 2001 que concedió tres años para que los mineros se acogieran a la formalización, en el caso presente, quienes habían iniciado las acciones y estaban dando cumplimiento a las normas, no podrían quedarse sin actividad económica, ya que es de la minería y sus resultados que viven muchísimas familias en el país. Sobre el tema se dijo en la Sentencia C-259 de 2016:

La Corte concluyó que contrario a lo sostenido por el actor, la norma demandada tiene la virtualidad de convertirse en un medio para asegurar la defensa del medio ambiente y de los recursos naturales, en cuanto privilegia la legalización del minero informal, bajo parámetros acordes con los deberes de prevención, mitigación y control del ambiente, en los términos dispuestos por la Constitución y la ley. Encontró que el proceso de legalización es un proceso reglado que se rige por la garantía del debido proceso y en el que, como pudo constatar, se prioriza el deber de protección al medio ambiente, no solo con la proscripción de la entrega de títulos en zonas prohibidas o ecológicamente sensibles, sino también con la participación activa de las autoridades ambientales. En virtud de la solicitud de legalización de actividades de

explotación minera anteriores al 17 de agosto de 2001, que debe haberse presentado a más tardar el 31 de diciembre de 2004, los mineros informales o de hecho se hacen beneficiarios de unas prerrogativas delimitadas en la ley: no hay lugar al decomiso de los minerales derivados de la explotación, ni a la suspensión de la actividad que no cuenta con un título inscrito en el Registro Minero Nacional y no se prosigue en su contra con la acción penal por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. Estas medidas corresponden a una política social que se encamina a garantizar los derechos al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital de los pobladores de zonas rurales del país que viven de este oficio, a la vez que le otorga prioridad a los deberes de prevención y mitigación del daño, sobre la posibilidad de imponer medidas sancionatorias, cuya exclusión temporal, permite crear un estímulo para combatir la minería ilegal y evitar el impacto ambiental desmedido que ésta pueda llegar a tener, a partir del control que se asume por el Estado. De esta forma, la norma acusada no permite que las minas funcionen sin control y al margen de la normatividad ambiental, toda vez que con excepción de las medidas sancionatorias que se excluyen, el ordenamiento jurídico deja salvo las competencias de prevención, mitigación y control del impacto ambiental, las cuales hacen parte fundamental del proceso de legalización minera.⁷⁰

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Comunicado número 21 de mayo 18 de 2016

CONCLUSIONES

La minería, una actividad económica que se practica desde antes del descubrimiento de América, ha tenido, a lo largo de los años de vida republicana en Colombia, cambios enormes en su enfoque y en el ajuste a la normatividad. Es así como ha cambiado la concepción de la propiedad sobre los terrenos en los cuales se desarrolla, se ha abandonado por completo la teoría de la accesión y el Estado ha monopolizado el derecho sobre el subsuelo y en ejercicio de la soberanía, se ha reservado la facultad de conceder el uso, la exploración y la explotación de las minas, con el lleno de los requisitos que la ley exige.

En las últimas décadas y a partir de la Constitución de 1991, el tema del cuidado del medio ambiente que, de acuerdo con los convenios internacionales y con las normas de la Carta, es obligatorio, pues responde al principio de precaución, y se incorpora con fuerza en el Código Minero, Ley 685 de 2001.

El único modo de acceder a la exploración y explotación minera es a través del contrato de concesión, como forma específica de contrato estatal, regido por el Derecho Administrativo, reglamentado por la ley y concebido con el objetivo de que la actividad se ajuste a los lineamientos económicos que el Estado adoptó en la Constitución Política y en el Plan de Desarrollo 2014-2018.

Además de lo anterior, mediante el contrato de concesión, la actividad entra dentro de la esfera del control estatal que incluye: el reconocimiento de la compensación por el uso, mediante la imposición de las regalías; que exista en debido control fiscal, pero que, además, al contraerse obligaciones de naturaleza contractual, legal y ambiental, los mineros – personas jurídicas o naturales – tendrán que cumplir con las normas laborales y de seguridad industrial, afiliar a los trabajadores y empleados al régimen de la seguridad social, y dar un trato humano conforme con dichas normas. En cuanto a las

exigencias legales, para poder contratar con el Estado, han debido realizar la exploración minera, teniendo en cuenta los pasos a que obligan las normas y a establecer planes de trabajo que el Estado debe conocer, porque ellos son el requisito para que puedan preverse los riesgos humanos y ambientales que comporta la actividad.

Es así como esta actividad ha pasado a estar completamente controlada por el Estado, que la considera como uno de los sectores más importantes de la economía, en el mundo globalizado. Este control le exige y le permite al Estado obligar a quienes han ejercido la minería de manera informal o tradicional, así como a quienes la desarrollan de hecho, a ajustarse a la reglamentación que cumple la minería legal.

Para desplegar esta facultad, el Estado ha acudido a las normas legales y ha diseñado un plan de legalización de la minería, que abarca la minería del oro ya que por ser una actividad productiva importante, debido a los altos costos del oro, ha sido utilizado por las fuerzas ilegales, como la guerrilla, las Bacrim, los narcotraficantes, como forma de legalizar ingresos del exterior.

Sin embargo, los resultados del proceso de formalización no son los mejores, por cuanto se estaban realizando los procedimientos administrativos de acuerdo al Decreto 0933 de 2013, teniendo en cuenta la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382 de 2010 de acuerdo con la Sentencia C-366 de 2011, y el decreto fue suspendido provisionalmente, hasta tanto se decida de fondo si adolece de nulidad, según se considera en el proceso.

Con ello quedan en suspenso muchas formalizaciones, y los derechos de las personas que se acogieron al proceso, también están en suspenso. Ahora bien, la conclusión que consideran las autoras que se impone es la aplicación de lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-259 de 2016, en cuanto a que no puedan adelantarse y tomarse medidas represivas contra

ninguno de los mineros que formalizaban su situación cuando se produjo el decreto de suspensión provisional y, en el evento de que prospere la nulidad, durante todo aquel que tome la expedición de una nueva ley.

Otra conclusión es que esta situación de suspensión y eventual declaratoria de nulidad, en el caso de que llegue a aprobarse mediante el Plebiscito el acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC, constituye una situación que retrasará la incorporación de las personas pertenecientes a este grupo y que se dedicaban a dichas labores, con el riesgo eventual de trasgredir los acuerdos y conformar nuevos grupos ilegales. También se concluye que con la suspensión se da cabida a que el grupo guerrillero ELN tome fuerza en estos territorios y pase a ocupar la posición de los mineros que el Estado obligue a abandonar las minas.

Para la expedición de una nueva Ley que reglamente esta situación, deberá realizarse la consulta previa a las comunidades, tal como lo ordena la Constitución y ello demora de manera importante solución a este problema.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Emilio. Las minas de oro de Colombia. Banco de la República. Año 1900. Versión conservada en el Banco de la República y digitalizada en: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll10/id/1536>

ARAMBURO ARANGO, José Luis. Curso de Derecho Minero. Con una compilación de las disposiciones vigentes sobre la materia. Editorial El Catolicismo, Bogotá, 1980

BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. Responsabilidad por daños ecológicos: dos supuestos Colombia- Unión Europea. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012

CABRERA LEAL, Mauricio, FIERRO MORALES, Julio. Implicaciones ambientales y sociales del modelo extractivista en Colombia. En: Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Contraloría General de la República. Mayo de 2013. Datos recuperados de: http://lasillavacia.com/sites/default/files/mineropedia/mineria_en_colombia.pdf

CM& LA NOTICIA.HENAO, Juan Carlos. Falta control estatal sobre la minería ilegal. [versión digital] < <http://www.cmi.com.co/pregunta-yamid/falta-control-estatal-sobre-la-mineria-ilegal-rector-de-el-externado/320710/>

FEDESARROLLO. Estudio sobre los impactos socio-económicos del sector minero en Colombia: encadenamientos sectoriales. Estudio preparado para la Asociación del Sector de la minería a gran escala, Bogotá, 2013. Datos recuperados de: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp->

content/uploads/2011/08/Estudio-sobre-los-impactos-socio-econ%C3%B3micos-del-sector-minero-en-Colombia-Informe-La-miner%C3%ADa-en-Colombia-180513.pdf

GARAY, Luis Jorge. Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Contraloría General de la República. Mayo de 2013. Datos recuperados de: http://lasillavacia.com/sites/default/files/mineropedia/mineria_en_colombia.pdf

GARCÉS MEJIA, Gloria Patricia. La legalización minera en el Bajo Cauca Antioqueño. Resultados del Primer Laboratorio de Legalización y Formalización Minera en Colombia. Trabajo de grado para obtener el título de Maestría en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad EAFIT, Medellín, 2015. [Versión Digital] < https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8735/GloriaPatricia_GarcésMejia_2016.pdf?sequence=2

GARCÍA JÁCOME, Eduardo. Boletín Sociedad Geográfica de Colombia, número 113 volumen 33 1978. Datos recuperados de: http://www.sogeocol.edu.co/documetos/el_oro_en_col.pdf

GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA. La Gobernación de Antioquia hace presencia en Buriticá, descentralizando servicios. < <http://antioquia.gov.co/index.php/component/k2/item/800-la-gobernaci%C3%B3n-de-antioquia-hace-presencia-en-buritic%C3%A1,-descentralizando-servicios>

GONZÁLEZ, Nubia. La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica., Bogotá, 1914

H13 NOTICIAS. Gobernación de Antioquia empadrona mineros tradicionales de Buriticá. Mayo 24 de 2016. <http://h13n.com/gobernacion-de-antioquia-empadrona-mineros-tradicionales-de-buritica/>

MANCERO BUCHELI, Gabriela. Adquisición de empresas en el sector minero y petrolero colombiano. Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pag. 28

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Censo Minero Departamental 2010-2011. Dicho censo se elaboró para 23 de los 32 departamentos del territorio nacional

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Política Nacional para la formalización de la minería en Colombia. Bogotá, julio de 2014. Datos recuperados de: <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/581708/DocumentoPoliticaVersionFinal.pdf/9fd087db-7849-4728-92ff-6e426acccf9c>

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Política Minera de Colombia. Bases para la minería del futuro. Bogotá, 2016. [Versión digital] < <https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=CORTE+CONSTITUCIONAL+FORMALIZACION+DE+LAMINER%C3%8DA>

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, CORANTIOQUIA, ALCALDÍA DE SANTA FE DE ANTIOQUIA. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Agenda Ambiental del municipio de Santa Fe de Antioquia. 2011. [Versión digital] < <http://www.idea.unal.edu.co/proyectos/sigam/sant.pdf>

OBSERVATORIO INTERNACIONAL-DDR – Ley de Justicia y Paz. CITpax Colombia. Actores armados ilegales y sector extractivo en Colombia, 2012. [Versión digital] <: <http://www.citpaxobservatorio.org>>

ORTIZ RODRIGUEZ, Alexa Catherine.. Manual de Derecho Minero. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014

PARDO, María del Pilar. Minería informal, ilegal y criminal en el gobierno Santos. En razón pública.com, 19 de noviembre de 2012. Datos recuperados de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3420-mineria-informal-ilegal-y-criminal-en-el-gobierno-santos>

Plan de Desarrollo 2014-2018. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN..

POVEDA RAMOS, Gabriel. La minería colonial y republicana. Banco de la República. Datos recuperados de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/julio2002/lamineria.htm>

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Minería ilegal en Colombia. Informe preventivo. Bogotá, 2012. Datos recuperados de: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>

RETTBERG, Angélica, ORTIZ-RIOMALO, Juan Felipe, YAÑEZ QUINTERO, Sandra. Legislando minas. Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829-2001). Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Universidad de los Andes, 2014

ROMERO H., Antonio. La minería y la industrialización del país. Una mirada desde Antioquia. En Memoria, Universidad de Antioquia. Datos recuperados de: <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/57455fdb-3a2c-4597-bfa7-49ff41d056a9/mineria-industrializacion-pais-mirada-antioquia-economia.pdf?MOD=AJPERES>

RUGELES, Gustavo. Las cinco empresas dueñas del oro en Colombia. Septiembre 3 de 2013. En Las dos orillas. Datos recuperados de: <http://www.las2orillas.co/estas-son-las-5-empresas-duenas-del-oro-se-extrae-en-colombia/>

TWINAM, Ann. Mineros, comerciantes y labradores, Las Raíces del espíritu empresarial en Antioquia: 1763-1810. FAES, Medellín, 1985.

UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA –UPME. Plan Nacional de Desarrollo Minero 2010-2018, Bogotá, 2013. Datos recuperados de: http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Minero/PNDM_2010_2018_dic_31.pdf

VARGAS, Pedro. Así “lavan” el oro de la minería ilegal en el país. Portafolio, junio 10 de 2016. Datos recuperados de <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/lavan-oro-mineria-ilegal-pais-497191>.