

Bogotá D.C., febrero 11 de 2016.

Honorable Magistrada  
María Victoria Calle  
**Corte Constitucional**  
E.S.D.

*Ref: Intervención ciudadana de Dejusticia, en el proceso Rad. D.11172. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, a 277 y 279 de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas- por vulneración del preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 58, 63, 80 209, 330, 333, 334 de la Constitución Política.*

Respetada Magistrada,

Nosotros, César Rodríguez Garavito, Diana Rodríguez Franco, Mauricio Albarracín Caballero y Helena Durán Crane, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad -Dejusticia-, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en respuesta al Oficio No. 0187 del 29 de enero de 2016, ponemos a su consideración la siguiente intervención ciudadana en la demanda de la referencia.

La intervención está dividida en tres partes. En primer lugar, haremos un breve resumen de los cargos invocados en la acción y las razones por las cuales tanto los demandantes como los intervinientes que suscriben este documento consideramos que los artículos del Código de Minas demandados son contrarios a la constitución. Esta síntesis se hace para con miras a aclarar los argumentos presentados por los demandantes. Luego, habiendo aclarado los cargos de la demanda, pasaremos a estudiar dos de los cargos planteados que consideramos más relevantes para el caso y en los cuales tenemos mayor experticia. Frente a estos cargos, incluiremos argumentos adicionales, que no fueron mencionados en la demanda, por los que consideramos que los artículos demandados deben ser declarados inconstitucionales. En esa medida, en esta segunda sección haremos referencia, en primer lugar, a la necesidad constitucional de que los contratos de concesión minera se otorguen a través de un procedimiento de selección objetiva (en lugar del procedimiento actual que se rige por el principio de “primero en tiempo, primero en derecho”) y en el reconocimiento que ha hecho el Gobierno Nacional de las falencias del procedimiento actual para otorgar contratos de concesión. En segundo lugar, mostraremos cómo el proceso del Código de Minas que es objeto de la demanda referenciada vulnera el derecho a la participación y por ende debe ser declarado inconstitucional. Finalmente, en una tercera sección, expondremos las solicitudes que se derivan de la argumentación anterior.

## **1. Síntesis de los cargos formulados en la demanda.**

De acuerdo con los argumentos planteados en la demanda, los artículos demandados de la Ley 685 de 2001 son inconstitucionales por cinco razones principales que serán retomadas a continuación.

En primer lugar, los demandantes consideran que el actual procedimiento para suscribir contratos de concesión minera, que se rige por el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho” y no por un procedimiento de selección objetiva, es contrario a los artículos 1, 13, 58, 209, 333 y 334 de la Constitución Política (en adelante CP) por las siguientes razones. El procedimiento actual impide que el Estado pueda contratar al particular más idóneo y competente, que mayores beneficios y menos daños garantice para la explotación de los recursos naturales que pertenecen al Estado (artículo 332 de la CP). El procedimiento también ignora el mandato constitucional que establece que el interés general debe prevalecer sobre el particular (artículo 1 de la CP) y que la intervención estatal y la inversión privada deben estar encaminadas a buscar el bien común (artículo 333 de la CP). Además, evita que los diferentes contratistas interesados en explotar el recurso entren en igualdad de oportunidades al proceso, dejando por fuera proponentes que pueden ofrecer mayores ventajas y menores costos (económicos, sociales, ambientales) a la nación y obviando el mandato constitucional de garantizar la libre competencia (artículo 333 de la CP).

Asimismo, al no contar con un procedimiento de selección objetiva, la suscripción de contratos de concesión minera actual vulnera los principios que deben regir la función administrativa y los objetivos de la intervención estatal en la economía. Esto último en la medida en que, por un lado, la Constitución (artículo 209) ordena que la función pública esté al servicio del interés general y, al no contar con un procedimiento que garantice la elección del contratista que mayores beneficios y garantías asegure al Estado, se está desconociendo la prevalencia del interés general que debe guiar las actuaciones administrativas. Igualmente, el procedimiento demandado desconoce los principios que deben guiar la contratación estatal (entiéndase igualdad, moralidad, eficiencia, transparencia, económica, entre otros). Estos principios son aplicables a la actividad minera no solo por ser los principios generales que deben ser aplicables a la regulación de la actividad minera (Ley 80 de 1993) sino porque son también el fundamento constitucional de la función administrativa (artículo 209 de la CP).

Por otro lado, la elección de quien primero presente una propuesta de contrato de concesión sin que se determine su idoneidad en términos financieros, técnicos, administrativos, y ambientales, desconoce los fines de la intervención estatal en la económica ya que la elección a través de este mecanismo no está encaminada a conseguir “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano,” como ordena la Constitución (artículo 334).

Por las razones anteriores, el procedimiento contenido en los artículos 16, 270 a 277 y 297 de la Ley 685 de 2001 vulneran el principio constitucional de primacía del interés general

sobre el particular (artículos 1 y 209 de la CP), el derecho a la igualdad (artículo 13 de la CP) y la libre competencia de los proponentes interesados (artículo 333 de la CP) y desconoce los fines que deben guiar la función administrativa (artículo 209 de la CP) y la intervención del Estado en la economía (artículo 334 de la CP)

En segundo lugar, los demandantes consideran que el hecho de que el procedimiento de adjudicación de contratos de concesión minera no tenga una instancia en la que las comunidades afectadas puedan participar, vulnera el derecho fundamental a la participación reconocido en el preámbulo<sup>1</sup> y en los artículos 1<sup>2</sup> y 2<sup>3</sup> de la Constitución Política. La actividad minera, desde el otorgamiento del título, implica una intervención física en el territorio, ya sea para la exploración o la explotación, y muchas veces lleva a que las comunidades que habitan en los predios donde se encuentran los minerales deban venderlos o terminen siendo expropiadas. Según los demandantes, estas comunidades usualmente son personas en situación de debilidad que por ende deberían ser especialmente protegidas y escuchadas. El proceso, tal y como está planteado en la Ley 685 de 2001, no garantiza que estas personas puedan ser partícipes del trámite mediante el cual se otorga el contrato de concesión ni que puedan ser escuchadas dentro del mismo, violando así el derecho constitucional a la participación.

En tercer lugar, los demandantes alegan que la ausencia de un proceso de selección objetiva para el otorgamiento de contratos de concesión minera vulnera los derechos de las generaciones futuras a gozar de un medio ambiente sano y a una vida digna (artículos 1, 11, 79 y 334 de la CP) y el deber del Estado de preservar el medio ambiente. Esto en la medida en que el procedimiento guiado por el principio de “primero en tiempo, primero en derecho” no garantiza que quien explote los recursos del Estado (actividad que tiene grandes impactos sociales y ambientales y ocasiona profundas transformaciones en el uso del suelo) sea la persona o empresa más idónea para hacerlo.

Dicho procedimiento, a su vez, es contrario a la disposición constitucional (art. 80) según la cual el Estado debe garantizar el desarrollo sostenible de sus recursos naturales. El concepto de desarrollo sostenible fue definido en la Ley 99 de 1993 como el desarrollo “que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, **sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo**

---

<sup>1</sup> “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, **dentro de un marco jurídico, democrático y participativo** que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana (...).” (Negrillas y subrayado es nuestro)

<sup>2</sup> **ARTICULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa** y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Negrilla y subrayado es nuestro).

<sup>3</sup> **ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación**; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Negrilla y resaltado son nuestros).

**para la satisfacción de sus propias necesidades”<sup>4</sup>** (subrayado y negrilla es nuestro). En esa medida, al no garantizar que quién tiene el derecho a explorar y explotar los recursos del Estado lo haga de la forma más conveniente y sostenible posible, garantizando que las generaciones futuras puedan llegar a disfrutar de los recursos futuros, se están violando los derechos de estas generaciones. Estos derechos, según los demandantes, deberían ser reconocidos en virtud del principio de solidaridad que se predica en el artículo 1° de la Constitución<sup>5</sup>, y, al no hacerlo, el procedimiento contenido en el Código de Minas también viola dicha disposición.

En cuarto lugar, los demandantes consideran que la forma en la que se están asignando los contratos de concesión minera es contraria al deber de planeación que tiene el Estado en virtud del artículo 80 de la Constitución. Esto en la medida en que, teniendo en cuenta los impactos de estas actividades sobre el medio ambiente, éstas deberían estar sujetas a los más altos estándares de planeación y ordenamiento. Otorgar un título a la primera persona que presente una solicitud y cumpla con meros requisitos formales, sin tener en cuenta la idoneidad del proponente, su comportamiento con el Estado, ni los efectos acumulativos de la explotación minera a lo largo del tiempo, contradice el principio de planeación que debe guiar la actuación del Estado en el desarrollo sostenible de los recursos naturales.

Finalmente, como quinto y último cargo, los demandantes argumentan que los artículos 122, 124, 128, 275 y 276 vulneran la Constitución Política en la medida en que el otorgamiento de títulos mineros sobre territorios colectivos genera una afectación directa de sus territorios y afecta su capacidad para autodeterminarse. El articulado demandado obliga a las comunidades bien a realizar o bien a permitir que otro realice una actividad a la cual no pueden oponerse. Adicionalmente, la sustracción de hecho que se realiza sobre el territorio colectivo para que el particular pueda llevar a cabo las actividades mineras contraría el carácter de inalienabilidad de los territorios colectivos previsto en la Constitución.

Por todos los cargos anteriores, los demandantes solicitan que los artículos demandados sean declarados inexecutable.

## **2. Sobre la necesidad de un procedimiento de selección objetiva y el derecho a la participación ciudadana en el otorgamiento de concesiones mineras.**

Habiendo sintetizado los argumentos principales que llevaron a los demandantes a solicitar la inexecutable de los artículos demandados, procederemos a profundizar en razones adicionales, relacionadas especialmente con el primer y segundo cargo de la demanda, por las cuáles consideramos que dichos artículos deben salir del ordenamiento jurídico. Para ello nos concentraremos en dos argumentos. En primer lugar, analizaremos la necesidad de

---

<sup>4</sup> Ley 99 de 1993. Artículo 3°.

<sup>5</sup> **ARTICULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y **la solidaridad de las personas que la integran** y en la prevalencia del interés general. (Negrilla y subrayado es nuestro).

que exista un procedimiento de selección objetiva para este tipo de contratos y traeremos a colación una situación en la que el gobierno consideró que dichas adjudicaciones debían realizarse mediante este tipo de procedimientos por considerar el procedimiento actual inadecuado. En segundo lugar, profundizaremos en el contenido del derecho a la participación, en especial en decisiones que afectan el medio ambiente, y estudiaremos la forma en que el proceso para otorgar títulos mineros aquí demandado desconoce este derecho.

**2.1. La ausencia de un proceso de selección objetiva es inconstitucional por desconocer la primacía del interés general, los límites del bien común en la actividad económica y la iniciativa privada y el deber del Estado de manejar y aprovechar los recursos naturales garantizando su desarrollo sostenible y de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.**

Como bien exponen los demandantes y resumimos arriba, el proceso mediante el cual se otorgan títulos mineros en la actualidad carece de rigurosidad y control. Con base en los artículos demandados, quien primero presente una solicitud de contrato de concesión sobre un área determinada y cumpla con unos requisitos meramente formales<sup>6</sup>, será a quién se le otorgue el contrato, sin importar si es la persona más idónea en términos técnicos, financieros, morales, sociales y ambientales. Puede llegar a suceder, por ejemplo, que a quién se le otorga un título minero sea una persona con una historia de incumplimientos contractuales con el Estado. Es decir, el proceso no garantiza en ninguna medida que la persona a quien se le otorga el derecho de explorar y explotar los recursos del Estado sea quien mayores beneficios le traerá y menores costos (tanto económicos, como sociales y ambientales) le generará. Esto no solo contradice el mandato constitucional que tiene el Estado de hacer prevalecer el interés general sobre el particular (artículos 1 y 58 de la CP) y de enmarcar la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común (artículo 333 de la CP), sino que también ignora el mandato constitucional según el cual debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su *desarrollo sostenible* (artículo 80 de la). Igualmente, ignora el mandato de dicho artículo de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y el deber de explotar los recursos naturales garantizando la preservación de un ambiente sano (artículo 334 de la CP).

---

<sup>6</sup> Ley 685 de 2001. **Artículo 271.** Requisitos de la propuesta. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:

- a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;
- b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;
- c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;
- d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;
- e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;
- f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;
- g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.

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

Si bien se podría alegar, en defensa del procedimiento establecido, que para poder explotar el mineral no basta el contrato de concesión sino que se requiere de una licencia ambiental que busca mitigar y controlar los daños ambientales, es un hecho que para la exploración no se exige la licencia ambiental. Las actividades de exploración implican unos costos ambientales y sociales significativos ya que, para realizarse, requieren de la construcción de vías, campamentos, tala de árboles, construcción de plataformas, exploración con pozos en los que se utilizan detonantes, etc. Por esto mismo, la vara con la que se escoge a quien va a realizar estas actividades debería ser especialmente alta para minimizar en lo posible los impactos de una actividad que no cuenta con un control ambiental riguroso. Además, el hecho de que se exija una licencia ambiental para la explotación tampoco garantiza que quien la obtenga sea quien mayores beneficios le traerá a la nación; únicamente garantiza que se impondrán y exigirán medidas que compensen, mitiguen y corrijan, en la medida de lo posible, el significativo daño ambiental que genera la actividad minera.

En este punto es fundamental tener en cuenta que al ser el subsuelo y los recursos naturales no renovables propiedad del Estado y por ende parte de su patrimonio, el Estado debería ser especialmente riguroso en las concesiones que da para la explotación de los mismos. Al ser estos recursos bienes comunes, su explotación debe estar encaminada a garantizar, en la medida de lo posible, los mayores beneficios y los menores costos para los ciudadanos. En esa medida, dado que la actividad extractiva trae consigo unos costos sociales y ambientales que han sido ampliamente reconocidos<sup>7</sup>, el nivel de diligencia del Estado en la determinación de quién puede explotar estos recursos, que además son finitos, debería ser aun mayor.

El proceso actual no garantiza que la actividad minera se realice con miras a garantizar el interés general y bajo los límites del bien común, y puede llegar a generar un detrimento significativo en el patrimonio nacional, representado en los recursos naturales no renovables. Por estas razones, al igual que los demandantes, consideramos que dicho procedimiento debe ser declarado inconstitucional.

Ahora bien, consideramos relevante traer a colación el reconocimiento que recientemente ha hecho el Gobierno Nacional de las falencias del actual proceso regido por el principio de “primero en tiempo, primero en derecho” y de la necesidad de implementar un procedimiento de selección objetiva para otorgar contratos de concesión minera. A través de diferentes resoluciones<sup>8</sup> y en cumplimiento del artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), el Gobierno Nacional anunció la creación de unas áreas estratégicas mineras, que, por tener minerales estratégicos para el país, tendrían una reglas de juego diferentes. Tanto en la ley como en las resoluciones se estableció que en estas áreas no se recibirían nuevas propuestas de contratos de concesión ni se aplicaría el principio de “primero en el tiempo primero en el derecho”, *sino que estarían sujetas a procesos de selección objetiva*. Más allá de la discusión en torno a la ubicación de estas áreas y el procedimiento para delimitarlas<sup>9</sup>, el hecho relevante para la demanda en cuestión

---

<sup>7</sup> Véanse, entre otras, las sentencias C-339 de 2002 y C-123 de 2014.

<sup>8</sup> Resolución 180241 de febrero de 2012, Resolución 0045 de junio de 2012 (ambas del Ministerio de Minas y Energía).

<sup>9</sup> En un reciente fallo (Sentencia C-035 de 2016) la Corte declaró que las “Áreas Estratégicas Mineras”, establecidas en el art. 108 de la Ley 1450 de 2011 y art. 20 de la Ley 1753 de 2015, eran constitucionales siempre y cuando se cumpliera con las siguientes condiciones: “(i) la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo,

es que el mismo Estado haya reconocido que el proceso actual de concesión de títulos es deficiente, lo cual es un indicador de que algo anda mal y debe ser reformado. Tanto así que en las consideraciones de dichas resoluciones, en donde se buscaba justificar la delimitaciones de las áreas mineras y la aplicación del proceso de selección objetiva, se estableció lo siguiente:

*“Que la Ley 685 de 2001 en su artículo 1º, establece como objetivos de interés público fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.*

*Que es interés del Gobierno Nacional lograr el crecimiento y desarrollo sostenible del sector minero colombiano bajo un concepto de responsabilidad técnica, ambiental y social, en el que se haga un aprovechamiento racional de los minerales estratégicos que posee el país, bajo los mejores estándares de operación y de seguridad e higiene minera, a través de la obtención de las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentran ubicadas en estas áreas estratégicas mineras”<sup>10</sup>*

En esa medida, el gobierno consideró que para lograr el crecimiento y desarrollo sostenible del sector minero y para hacer un aprovechamiento racional de los recursos minerales de la nación, era necesario crear un procedimiento de selección objetiva que garantizara no solo la responsabilidad “técnica, ambiental y social” en el desarrollo del sector minero, sino también la “obtención de las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentran ubicadas en estas áreas”. Por ende, al establecer que para poder lograr estos fines era necesario crear un procedimiento de selección objetiva para la adjudicación de contratos de concesión minera, el mismo gobierno reconoció que el procedimiento regular no daba estas garantías.

Es más, en la discusión que se generó tras la creación de estas áreas, varios funcionarios del gobierno reconocieron que la finalidad de su creación era “ponerle orden a la minería para superar el estado anterior en donde cualquiera que presentaba la cédula recibía un título minero, sin importar su capacidad técnica y las condiciones en las que realizaría la exploración y explotación”<sup>11</sup>. Igualmente, el presidente Santos, en su discurso durante la Cumbre de Río+20, estableció que la creación de dichas áreas se hacía para “garantizar la

---

conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; (ii) si la autoridad competente definió las áreas de reserva minera con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde se encuentran ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera y (iii) la Autoridad Nacional Minera y del Ministerio de Minas y Energía, según el caso, deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los respectivos planes de ordenamiento territorial.”

<sup>10</sup> Resolución 0045 de junio de 2012. Ministerio de Minas y Energía. El mismo texto es utilizado en la Resolución 180241 de febrero de 2012.

<sup>11</sup> “La reserva minera en la Amazonía que el Ministro de Ambiente aprobó sin estudiar”. La Silla Vacía. Agosto 5 de 2012. (La frase citada se atribuye a al explicación dada a ese medio por el Viceministro de Minas, Henry Medina, y el Ministro de Ambiente, Frank Pearl). <http://lasillavacia.com/historia/la-reserva-minera-en-la-amazonia-que-el-ministro-de-ambiente-aprobo-sin-estudiar-35135>

minería sostenible en una región de altísima biodiversidad”<sup>12</sup>. Asimismo, en febrero de 2012, el Presidente destacó que los procesos de selección objetiva que se harían para la concesión de estas áreas, tenían como fin “estimular la sana competencia y así desarrollar proyectos que cumplan con los estándares de responsabilidad social y ambiental”<sup>13</sup>. Es claro entonces que el mismo gobierno reconoce que el procedimiento regular que establece el Código de Minas en los artículos demandados no garantiza las mejores condiciones y beneficios para el Estado, ni el desarrollo sostenible y uso racional de los recursos minerales. Queda la duda entonces de por qué el gobierno insiste en promover una minería sostenible y responsable que garantice los mejores resultados a través de una selección objetiva en ciertas áreas y deja otras áreas a merced del principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho” que de ninguna forma garantiza la idoneidad de quien va a explotar el recurso ni de la forma en que va a hacerlo.

Como quedó claro en la primera parte de esta sección, es deber del Estado garantizar que en *todas* las actividades en las que éste intervenga se garantice la primacía del interés general y el bien común. Igualmente, quedó claro que es deber del Estado velar por un desarrollo sostenible en *todo* el territorio nacional y prevenir y controlar el deterioro ambiental. Por ello, dado que el proceso actual no garantiza que en la actividad minera se obtengan las mejores condiciones y se produzcan los menores costos ambientales y sociales, y que esto lo ha reconocido el propio gobierno, consideramos que este proceso debe ser declarado inconstitucional y en su lugar se debe establecer un proceso de selección objetiva para todo el territorio que dé las garantías necesarias para que en la actividad minera prime el interés general y el concepto de desarrollo sostenible y uso racional de los recursos de la nación.

## **2.2. El proceso actual para otorgar títulos mineros desconoce el derecho fundamental a la participación.**

En esta sección nos enfocaremos, principalmente, en el segundo cargo de la demanda según el cual los artículos que hacen referencia al procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras son inconstitucionales porque desconocen el derecho a la participación. Para ello, en primer lugar analizaremos el alcance del derecho a la participación tanto en términos generales como en decisiones que afectan el medio ambiente. Luego, estudiaremos los componentes que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, son necesarios para que se garantice el derecho a la participación en temas ambientales. Finalmente, analizaremos brevemente el procedimiento demandado y demostraremos cómo éste no garantiza el derecho a la participación de quienes se ven afectados por la decisión.

### 2.2.1. La participación como derecho fundamental y deber del Estado

El derecho a la participación ciudadana es una de las más fundamentales expresiones del principio democrático, uno de los principios rectores de la Constitución Política de 1991;

<sup>12</sup> “Palabras del Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, en la Conferencia de Rio + 20”. Junio 21 de 2012. [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Junio/Paginas/20120621\\_04.aspx](http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Junio/Paginas/20120621_04.aspx)

<sup>13</sup> Gobierno Nacional definió Áreas Estratégicas Mineras del país mediante resolución. Febrero 23 de 2012. [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Febrero/Paginas/20120223\\_02.aspx](http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Febrero/Paginas/20120223_02.aspx)



por ello, se encuentra establecido en los primeros artículos de la Carta<sup>14</sup>. Este derecho lleva implícito un modelo de comportamiento tanto de los ciudadanos como del Estado, que indica que todos deben participar en la definición del destino colectivo<sup>15</sup>. En ese sentido se ha manifestado la Corte Constitucional, al señalar lo siguiente en la sentencia C-180 de 1994:

“No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual”.

En esa medida, es a través del derecho a la participación que se materializan los principios básicos de la democracia participativa que aseguran que el ciudadano no será excluido de las decisiones que lo afectan. Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de la Corte<sup>16</sup>, son varias las obligaciones en cabeza del Estado que deben estar orientadas a fomentar las prácticas democráticas y a hacer efectivo este principio. De la mano de esto, son también varias las disposiciones de la Constitución que apuntan a hacer efectivo ese desarrollo democrático de la sociedad.

Entre ellas, merece especial atención el artículo 40 que establece que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control de poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) **Tomar parte en** elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares **y otras formas de participación democrática.**” Este derecho es, además fundamental y de aplicación inmediata, de acuerdo al artículo 85 de la Constitución<sup>17</sup>. Además, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la participación ciudadana es un derecho universal y expansivo, es decir que ha de ampliarse progresivamente. Al respecto, en la sentencia C-263 de 2010, la Corte señaló que “una de las consecuencias de lo anterior es que las autoridades públicas tengan el deber de incentivar la participación democrática y no obstaculizar su ejercicio<sup>18</sup>” (subrayado es nuestro).

---

<sup>14</sup> El artículo 1 establece que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria (...) democrática, participativa y pluralista (...)”. El artículo 2, establece que es un fin esencial del Estado “(...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica”.

<sup>15</sup> Véase Sentencia T-348 de 2012.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, T-263 de 2010

<sup>17</sup> Artículo 85: Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.

<sup>18</sup> En ese sentido, véase también la Sentencia C-089 de 1994 en donde se establece: “El principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que **es universal** en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático **es expansivo** pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción. La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el

La participación ciudadana es así un derecho fundamental y un principio constitucional que implica obligaciones en cabeza del Estado orientadas a que todo ciudadano pueda participar en la toma de las decisiones que le incumben. Estas obligaciones son tanto aquellas encaminadas a garantizarlo como aquellas orientadas a no obstaculizarlo.

Ahora bien, de los artículos anteriores y del derecho a la participación ciudadana también se desprende el derecho y la facultad que tienen las entidades territoriales para participar en las decisiones que las afectan. Además de reconocer la importancia de la participación de *todos* en las decisiones que los afecten (artículo 2° CP), la Constitución también reconoce que el Estado colombiano está “organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (...)” (subrayado es nuestro). En esa medida, en virtud de dicha descentralización y autonomía territorial, también debe garantizarse el derecho a la participación de las entidades territoriales, sin limitarlo únicamente al ciudadano de a pie. Esta participación también tiene fundamento en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución.

### 2.2.2. La participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales.

En desarrollo de la naturaleza universal, fundamental y expansiva del derecho a la participación ciudadana, la Constitución y la ley prevén, además, el derecho de los colombianos a la participación en materias relacionadas con la afectación del medio ambiente.

Traemos esto a colación en la presente intervención puesto que consideramos que el otorgamiento de un contrato de concesión minera, si bien no está sujeto a una licencia o autorización ambiental, tiene implicaciones sobre el medio ambiente. No solo hay impactos ambientales en las actividades de exploración (tala de árboles, exploración con detonaciones que generan ruido significativo, construcción de carreteras, plataformas y campamentos, uso de grandes cantidades de agua), sino que, como aducen los demandantes, “la sola suscripción de un contrato de concesión minera es el primer paso para habilitar a su beneficiario para desarrollar una actividad que ocasiona graves afectaciones ambientales, sociales y culturales, pero que además permite la intervención física en el territorio mediante la exploración”<sup>19</sup>. En esa medida, la decisión de otorgar una concesión minera es, a todas luces, una decisión que potencialmente puede llegar a afectar el medio ambiente. Tan es así que la OCDE, en su informe sobre el desempeño ambiental de Colombia publicado en 2014, reconoce que la exploración tiene un impacto ambiental negativo (págs. 91-92) y recomienda que se exijan licencias ambientales para la exploración (pág. 45). Por ende, entendido que el otorgamiento del título trae, por sí mismo, una afectación del medio ambiente, consideramos relevante hacer una breve

---

principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito.” (Subrayado es nuestro).

<sup>19</sup> Demanda del proceso de la referencia. Folio no. 7.

síntesis sobre el alcance del derecho a la participación ciudadana en la decisiones relacionadas con el mismo.

Las principales disposiciones constitucionales y legales que regulan este derecho para temas ambientales son el artículo 79 de la Constitución y la Ley 99 de 1993. El primero prevé que “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo (...)”. Por su parte, la Ley 99 de 1993 consagra en su artículo primero como principio orientador de la política ambiental que “el manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo” (subrayado es nuestro). El numeral primero de dicho artículo establece que “El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo”. Al respecto, es particularmente importante resaltar el Principio 10 de la Declaración de Río, que es entonces orientador del desarrollo socioeconómico del país y que reconoce la importancia de la participación ciudadana en asuntos susceptibles de afectar el medio ambiente. Esta disposición señala lo siguiente:

“**Principio 10.** El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos” (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, la Declaración de Río no es el único instrumento internacional ratificado por Colombia que contiene disposiciones referentes a la participación en temas ambientales. El Convenio de Diversidad Biológica (Ley 165 de 1994), trae tres principios que por su estrecha relación con el derecho a la participación en materia ambiental vale la pena resaltar. Así, el Principio 1° establece que “la elección de los objetivos de la gestión de los recursos de tierras, hídricos y vivos debe quedar en manos de la sociedad”, el Principio 2° señala que “la gestión debe estar descentralizada al nivel apropiado más bajo” y el Principio 12 determina que “en el enfoque por ecosistemas deben intervenir todos los sectores de la sociedad y las disciplinas científicas pertinentes”.

Otro instrumento internacional que si bien no es vinculante dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ha sido citado reiteradamente por la Corte Constitucional es la Convención de Aarhus de 1998 de la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas. Este es un referente necesario en esta materia ya que se trata de la primera convención vinculante sobre el tema de participación ambiental. La Convención reconoce que “en la esfera del medio ambiente, un mejor acceso a la información y una mayor participación del público en la toma de decisiones permiten tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente (...)”. Respecto de la significancia de dichos instrumentos internacional no vinculantes, la Corte recientemente se manifestó diciendo lo siguiente:

“Si bien tales estándares están recogidos en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que carecen de fuerza obligatoria en el derecho interno, con fundamento en lo previsto en el artículo 94 CP es posible entender que aquellos suministran razones para la acción dotadas de autoridad, en el sentido de ofrecer pautas interpretativas que orientan la definición del sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, estas sí plenamente vinculantes, que reconocen el derecho a la participación ciudadana en asuntos ambientales, como los artículos 40 y 79 superiores” (Sentencia T-294 de 2014).

Como puede apreciarse, tanto en Colombia como en el ordenamiento internacional está claramente previsto el derecho a la participación ciudadana en asuntos susceptibles de afectar el medio ambiente. La participación en la toma de decisiones relacionadas con la afectación del medio ambiente es, entonces, tanto una previsión constitucional, como, valga la redundancia, un principio de rango legal que debe orientar la interpretación que se haga de todas aquellas otras disposiciones de su mismo nivel o inferior.

### 2.2.3. Componentes y alcance del derecho a la participación en materia ambiental.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha venido desarrollando a través de diversas sentencias el alcance y los componentes del derecho de participación en materia ambiental. En un fallo reciente<sup>20</sup>, la Corte reconoció la aplicación del concepto de justicia ambiental, definido por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos como “el **tratamiento justo** y la **participación significativa** de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”, dentro del ordenamiento jurídico colombiano<sup>21</sup>. Para desarrollar lo anterior, en esa misma providencia, la Corte definió los elementos que componen la esfera participativa de la justicia ambiental. Al respecto dijo:

“la justicia ambiental incorpora una demanda de justicia participativa, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes” (subrayado es nuestro).

Con base en esta definición de la justicia participativa y en otros pronunciamientos jurisprudenciales en donde se ha abordado el tema de la participación en temas ambientales (entre ellos, las sentencias C-535 de 1993, T-348 de 2012 y T-294 de 2014) hemos hecho

---

<sup>20</sup> Sentencia T-294 de 2014, M.P. María Victoria Calle

<sup>21</sup> Al respecto, la Corte determinó que “el componente de justicia participativa viene asegurado, de manera general, por el artículo 2º Superior, que consagra, entre los fines esenciales del Estado, el “de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, así como por el derecho fundamental a la participación recogido en el artículo 40 de la Carta Política. Pero además, el constituyente consagró de manera específica el derecho de todas las personas a participar en las decisiones que puedan afectar el disfrute de un ambiente sano (art. 79 CP) y, para el caso específico de los grupos étnicos, a través del mecanismo de la consulta previa (art. 330 CP).”

un ejercicio de integración jurisprudencial<sup>22</sup> para definir cuáles son los componentes necesarios para que el derecho a la participación en materia ambiental se garantice en debida forma. De manera que si bien la Corte no ha definido de forma unificada estos componentes, una lectura integral del amplio desarrollo jurisprudencial sobre este derecho, nos permite concluir que para que la participación en temas ambientales sea real debe ser: (i) previa a la toma de la decisión, ya que con es con este requisito de temporalidad que se garantiza la función instrumental de la participación como forma de prevención del deterioro ambiental<sup>23</sup>; (ii) libre, en el sentido de que quienes participen en estos escenarios no lo hagan bajo ninguna presión y puedan manifestar sus opiniones sin miedo a represalias<sup>24</sup>; (iii) representativa, es decir, que incluya a todas las personas que se puedan llegar a ver afectadas por la decisión<sup>25</sup>; (iv) informada, ya que para poder materializar el derecho a la participación las personas deben contar con información “completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna”<sup>26</sup>; (v) activa, en el sentido de que no se limite a un espacio de mera socialización e información del proyecto o la decisión sino que los afectados puedan en efecto hacerse escuchar<sup>27</sup>; (vi) y eficaz, garantizando que las discusiones que se den en esta instancia tengan efectos y resultados tangibles sobre la decisión y se llegue a una verdadera concertación<sup>28</sup>. De acuerdo con el análisis integral de la jurisprudencia realizado, es evidente que para garantizar realmente el goce efectivo de este derecho, la participación debe cumplir con *todos* los componentes, ya que si bien todos son necesarios ninguno es suficiente.

En esa medida, habiendo aclarado la importancia, el alcance y los componentes del derecho a la participación en decisiones que afectan el medio ambiente, procederemos a analizar el

---

<sup>22</sup> Este ejercicio de integración jurisprudencial hecho por Dejusticia se basa en uno que ya había sido presentando ante la Corte en la intervención realizada en el Proceso D0010935 (Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos artículos de la Ley 1753 de 2015, presentada por Claudia López, Jorge Iván Ospina y Jorge Prieto).

<sup>23</sup> Para más información sobre la función instrumental de la participación en materia ambiental, véase la Sentencia T-348 de 2012. De no contar con una participación previa a la toma de la decisión, será imposible tener claro cuáles serán los efectos de dicha decisión y cómo se podrán compensar y corregir teniendo en cuenta el conocimiento que tienen los ciudadanos de su territorio y los usos que quieren darle al mismo.

<sup>24</sup> Tanto en la sentencia T-348 de 2012 como en la T-135 de 2013, la Corte Constitucional ha reiterado que incluso en los casos en los que las comunidades afectadas no sean grupos étnicos debe haber espacio de participación en donde las comunidades afectadas puedan manifestar su consentimiento de forma libre.

<sup>25</sup> Al respecto, en la sentencia T-135 de 2013, la Corte estableció lo siguiente: “Deben analizarse cuáles son las comunidades que se verán afectadas, y por ende, a quienes debe garantizársele los espacios de participación y de concertación oportunos para la ejecución de determinada decisión. Se recuerda entonces que, cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según qué personas vayan a verse afectadas”.

<sup>26</sup> Sentencia C-891 de 2002.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia T-348 de 2012 se determinó que “la participación de una comunidad específica no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto, sino que éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación” (subrayado es nuestro). En ese sentido, para que la participación sea activa la comunidad debe tener las herramientas para participar vivamente y no como meros espectadores pasivos dentro de un procedimiento meramente informativo.

<sup>28</sup> Así se ha manifestado la Corte al respecto: “Uno de los contenidos que la jurisprudencia constitucional ha adscrito a esta disposición constitucional, es el derecho de la población local impactada por la ejecución de este tipo de proyectos a disponer de espacios de participación y concertación, y no de mera socialización, en el momento de la evaluación de los impactos y del diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación, de modo tal que en ellos se incorpore el conocimiento local y la voz de los afectados” (Sentencia T-294 de 2014).

procedimiento demandado para ver si incluye alguna instancia de participación que cumpla con estos requisitos.

#### 2.2.4. Ausencia de una instancia de participación el procedimiento demandado.

Lo primero que debe mencionarse es que dentro de los requisitos para la presentación de la propuesta de contrato de concesión minera no hay ninguno que exija que se haya notificado o comunicado previamente a quienes se verán afectados por la suscripción eventual del contrato. Es decir, ni el dueño del predio, ni la comunidad que habita en la zona, ni las entidades locales (entiéndase el concejo, el alcalde, la autoridad ambiental, etc.) deben ser notificados de que se va a presentar una propuesta para la realización de un contrato que los afecta.

Respecto de las entidades territoriales, la Corte Constitucional estableció claramente, mediante la sentencia C-123 de 2014, que en el proceso mediante el cual se autorice la realización o exclusión de actividades de exploración o explotación minera, debe garantizarse la participación activa y eficaz de las mismas para que, junto con las autoridades nacionales concernidas, *acuerden* las medidas para la protección del medio ambiente. Igualmente, en la reciente sentencia C-035 de 2016 en donde se estudió la constitucionalidad de las normas que creaban Áreas Estratégicas Mineras, la Corte determinó que, para armonizar la tensión entre las facultades del Estado para extraer recursos de su propiedad y la autonomía de las entidades territoriales para definir los usos del suelo, era necesario que en el proceso de selección de estas áreas hubiera una concertación entre las entidades nacionales y las locales. Esta decisión se basó en el hecho de que, de acuerdo con la Corte “si bien es cierto que el Estado es propietaria (sic.) de los recursos del subsuelo, la extracción de dichos recursos también afecta el uso del suelo”. Por ende, quien tiene competencia para regular los usos del suelo debería participar en las decisiones sobre la extracción de sus recursos. Si bien en dicho fallo se está haciendo referencia a áreas con características especiales, ese razonamiento debería aplicar en todas las actividades mineras ya que, sea una reserva estratégica o no, no hay forma de extraer minerales sin afectar el suelo y los municipios son igualmente los encargados de regular los usos del suelo. En esa medida, la Corte ha sido clara en reiterar que las entidades municipales deben tener una participación significativa y poder concertar con el gobierno central la decisión de extraer los recursos del subsuelo.

Sin embargo, a la fecha no hay ningún procedimiento que garantice esa participación y que establezca ese proceso de negociación. Como ya se dijo, ni siquiera existe la obligación de notificar a estas entidades sobre las propuestas para contratos de concesión sobre sus territorios, aún cuando estos sean los constitucionalmente competentes (artículo 313.7 de la CP) para ordenar los usos del suelo y que la minería tenga una afectación inminente e inevitable sobre el suelo.

Ahora bien, los artículos que hacen alusión a algún tipo de notificación o instancia de participación de terceros, se refieren únicamente a comunidades étnicas. Así, los artículos 124, 128 y 275 indican que, en caso de que el área objeto de la propuesta se encuentre en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas, estas deberán ser notificadas para que decidan si ejercen o no su derecho de prelación. Esto, si bien garantiza

someramente la participación de las comunidades étnicas deja por fuera a los campesinos, los terratenientes, los ciudadanos, las entidades locales, las organizaciones ambientales, entre otros actores que van a verse afectados por el eventual otorgamiento de un título minero.

Sin embargo, antes de continuar con el argumento de la violación del derecho a la participación de entidades territoriales y comunidades diferentes a las étnicas, debemos reiterar que apoyamos el quinto cargo de la demanda sobre la violación del derecho a la autodeterminación de las comunidades étnicas y la inalienabilidad de sus territorios. El hecho de que a estas comunidades se les obligue ya sea a explotar los recursos minerales dentro de su territorio o a permitir que un tercero los explote (pues únicamente tienen un derecho de prelación para explotar), sin dejar la posibilidad de que se opongan a la explotación, vulnera de forma vehemente el derecho que tienen a determinar el desarrollo sobre sus territorios y la obligación de velar por la preservación de los recursos naturales (artículo 333.5 de la CP). Igualmente, dado que estas comunidades no suelen tener los recursos y capacidades necesarias para llevar a cabo la explotación, optan, en muchos casos, por no ejercer el derecho de prelación. Esto lleva a que terceros intervengan sus territorios generando tanto impactos sociales como ambientales, y a que, como lo exponen los demandantes, haya una apropiación de hecho de un territorio que, según la Constitución debería ser inalienable. Por consiguiente, consideramos que aunque los artículos sobre el derecho de prelación garantizan en alguna medida una participación de las comunidades étnicas, deben ser declarados inconstitucionales por desconocer el derecho a la autodeterminación y la inalienabilidad de sus territorios.

Ahora, volviendo al derecho a la participación de comunidades diferentes a las étnicas, debemos hacer algunas precisiones. Por un lado, el artículo 276 establece que las oposiciones a la propuesta que se hayan presentado vencido el término del artículo 275 (que habla sobre la comunicación que se debe hacer a las comunidades étnicas) se resolverán en una sola providencia. Sin embargo, no es claro quién puede presentar oposiciones ni en qué momento puede hacerlo. Por ejemplo, el artículo 302 (que no es objeto de la demanda) abre la puerta a que quienes tengan una “pretendida propiedad del suelo o subsuelo” puedan oponerse a la propuesta del contrato; no obstante, no es claro cómo pueden llegar a oponerse si siquiera se les notifica que hay una solicitud en trámite. Esto, además, deja por fuera a las comunidades y a las entidades que pueden llegar a verse afectadas por la decisión.

Por otro lado, el artículo 277 establece que “Las solicitudes e intervenciones de terceros que no se refieran a oposiciones, al ejercicio del derecho de prelación, a superposiciones y a *intervención de los representantes de la comunidad en interés general*, serán rechazadas por improcedentes (...)”. En esa medida, si bien abre una escueta posibilidad de permitir algún tipo de intervención de la comunidad, tampoco queda claro bajo qué figura pueden intervenir o en qué momento. Nuevamente, si la comunidad y las entidades locales no tienen que ser notificadas del proceso, es improbable que intervengan o se opongan al mismo.

En esa medida, el procedimiento previo a la firma del contrato no da oportunidad alguna para que las personas y entidades locales (diferentes a las comunidades étnicas) que se

verán afectadas por el eventual desarrollo del proyecto minero se puedan manifestar al respecto. Como se mencionó, el otorgamiento de un título minero es una decisión que conlleva impactos ambientales y por ende, antes de la toma de la misma, se debería garantizar alguna instancia de participación. Esto no solo reduciría la conflictividad que se genera usualmente alrededor de estos proyectos sino que daría mayor seguridad jurídica al inversionista que está interesado en hacer una propuesta sobre determinada área y mejoraría el conocimiento que el Estado tiene sobre las zonas ricas en minerales. Esto en la medida en que, antes de firmar el contrato, el Estado y el interesado podría contar con el conocimiento local de las comunidades que conocen la zona y tienen mayor información sobre las complejidades del área. Por ejemplo, si hubiese un proceso previo de comunicación y participación a las comunidades y entidades de la zona, habría menos casos de otorgamiento de títulos sobre zonas protegidas o ecosistemas frágiles como páramos, humedales o parques nacionales. Si el inversionista conoce previamente la situación y la posición de los eventuales afectados antes de firmar el contrato, es probable que se eviten conflictos tanto entre las empresas y las comunidades como entre las empresas y las entidades estatales, ya que tomará una decisión más informada. La misma OCDE, en su evaluación del desempeño ambiental (2014), reconoce que una mayor participación pública en temas ambientales “podría ayudar a mejorar la calidad y coherencia en la toma de decisiones”<sup>29</sup>, dando así mayor seguridad jurídica a los inversionistas.

En síntesis, el procedimiento para otorgar títulos mineros demandado en la acción de la referencia, no garantiza el derecho a la participación de quienes se ven afectados por una decisión que tiene impactos sobre el medio ambiente. Ni las entidades locales, que son quienes tienen la facultad constitucional para regular el suelo en sus territorios, ni las comunidades afectadas son escuchadas dentro del proceso antes de que se tome la decisión de otorgar el título. Esto no solo vulnera el derecho a participar en este tipo de decisiones, sino también va en contra de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales (artículo 1 de la CP), así como de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (artículo 288 de la CP). También es contrario a lo establecido en las sentencias C-123 de 2014 y C-035 de 2016 de la Corte Constitucional, ya que no garantiza una participación activa y eficaz de las entidades territoriales en el proceso mediante el cual se autoriza o no la realización de actividades de exploración o explotación minera. Por las razones anteriores, consideramos que el procedimiento actual debe ser declarado inexecutable y, en su lugar, se debe crear un procedimiento de selección objetiva en el que se cuente además con una instancia de participación real (cumpliendo los requisitos arriba mencionados) de las comunidades y entidades territoriales.

Ahora bien, es necesario aclarar que no estamos proponiendo que se realice un proceso de “consulta previa” como se hace en los casos en los que se ven afectadas comunidades étnicas. Lo que se propone es un mecanismo expedito en donde se busque un balance entre la participación de las comunidades y las entidades territoriales y las decisiones relacionadas con el medio ambiente y el desarrollo económico que se toman sobre sus regiones.

---

<sup>29</sup> Evaluaciones del desempeño ambiental: Colombia. 2014. OCDE; Cepal. Pág. 44.



En esa medida, si unimos los argumentos hasta ahora propuestos sobre participación y selección objetiva, se podría pensar, por ejemplo, en el siguiente procedimiento para el otorgamiento de contratos de concesión minera. El Estado, con base en sus conocimientos geológicos identifica cuáles serán las áreas que ofrecerá a los inversionistas mediante un proceso de selección objetiva, tal y como sucede en materia de hidrocarburos (ver cargo 1 de la demanda y solicitudes) y en las áreas estratégicas mineras (ver arriba, sección 2). Sin embargo, antes de hacer la oferta o abrir la licitación, puede abrir una etapa de participación con las entidades territoriales y las comunidades de la zona para que éstas, con su conocimiento local y con base en sus competencias territoriales, presenten sus aportes e inquietudes sobre la realización de la actividad en dicha área y la delimitación de la misma. Esto puede garantizar que el Estado cuente con información más completa sobre los territorios que pretende ofertar, haya mayor seguridad jurídica y se disminuyan los conflictos que genera la toma de decisiones sin participación. Con base en esta información, el Estado podría decidir no ofertar ciertas zonas que inicialmente pensaba licitar o cambiar la delimitación que en un principio había pensado. Finalmente, una vez toma la decisión definitiva sobre las zonas que ofertará, se abre un proceso de selección objetiva. Ahora bien, vale la aclaración que desde el momento en que se otorga el título en adelante deben mantenerse las instancias de participación que prevé la ley, como es el caso de las audiencias públicas ambientales (artículo 72 de la Ley 99 de 1993). Un proceso de este tipo, que además está en clara sintonía con el condicionamiento hecho a las Áreas Estratégicas Mineras en la sentencia C-035 de 2016, garantiza que a quién se le otorgue el título minero sea la persona más idónea, que mayores beneficios y menores costos traerá al Estado, y, a su vez, se garantiza el respeto al derecho a la participación de quienes se ven afectados por la decisión, así como la seguridad jurídica al inversionista.

Finalmente, declarar la inexecutable de los artículos demandados e implementar un procedimiento como el anterior también serviría para asegurar que se respeten los principios que deben guiar la función administrativa ya que garantizaría la transparencia, igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad de la actuación estatal en el otorgamiento de títulos mineros. Esto, a la vez, garantizaría que la intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales esté encaminada a conseguir un mejoramiento en la calidad de vida de los ciudadanos y a que haya una distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo, preservando un medio ambiente sano.

### **3. Solicitudes**

Por los argumentos expuestos en los apartes precedentes, solicitamos respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional que declare: i) INEXEQUIBLES los artículos 16, 53, 270 a 277 y 279 por establecer un procedimiento que desconoce la primacía del interés general, los fines de la actividad económica y la iniciativa privada, el objetivo de la intervención del Estado en la economía y el deber de planificar y aprovechar los recursos naturales de forma sostenible, previniendo y controlando el deterioro ambiental; ii) INEXEQUIBLES los artículos 270 a 277 y 279 por establecer un procedimiento que desconoce el derecho a la

participación de las comunidades y entidades territoriales en la toma de decisiones que puedan afectar el medio ambiente; y iii) INEXEQUIBLES los artículos 122, 124 y 128, por desconocer el derecho de las comunidades étnicas a autodeterminarse y el carácter inalienable de sus territorios. Igualmente, solicitamos respetuosamente a esta Honorable Corte que exhorte al Gobierno Nacional para que cree un procedimiento de selección objetiva para otorgar títulos mineros en todo el territorio (y no solo en unas áreas especiales) en el cual haya una instancia de participación previa, así sea expedita, para quienes se verán afectados por el otorgamiento del título.

Cordialmente,

**César Rodríguez Garavito**  
**C.C. 79.555.322 de Bogotá D.C.**  
Director de Dejusticia

**Diana Rodríguez Franco**  
**C.C. 52.716.626 de Bogotá D.C.**  
Investigadora de Dejusticia

**Mauricio Albarracín Caballero**  
**C.C. 91.514.122 de Bucaramanga**  
Investigador de Dejusticia

**Helena Durán Crane**  
**C.C.1.032.422.656.**  
Investigadora de Dejusticia