



## *Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente* *Interamerican Association for Environmental Defense*

### **Interés público de minería vs interés público de protección ambiental: un debate constitucional**

**Elaborado por: Marcela Jiménez Larrarte, Natalia Jiménez Galindo, Astrid Puentes Riaño**

#### **1. Planteamiento del problema**

El presente documento analiza la naturaleza de los derechos emanados de los títulos mineros para proyectos mineros; en contraposición al interés público de protección ambiental; particularmente cuando hay un traslape con áreas de especial importancia ecológica o con áreas excluidas de minería.

La Constitución establece la obligación del Estado de proteger el ambiente, especialmente conservar “las áreas de especial importancia ecológica”<sup>1</sup>. En virtud de ello, la Ley 685 de 2001, en adelante, Código de Minas, establece que estas áreas están en principio excluidas de la minería. Sin embargo, el Código de Minas de manera contradictoria establece que habiéndose expedido títulos mineros o licencias de manera previa en estas áreas, los derechos de exploración y/o explotación que de dichas autorizaciones emanen, podrán ser ejercidos durante el tiempo de vigencia de los mismos (que pueden ser de treinta años), con la única salvedad que no serán susceptibles de prórroga<sup>2</sup>. Esta posibilidad de ejercer los derechos derivados de los títulos o concesiones mineras obtenidos, aún frente a la presencia de áreas excluidas de minería, contradice la Constitución Política colombiana y el derecho ambiental nacional e internacional.

El debate que aquí se plantea es fundamental para un país mega diverso como Colombia; ya que existe el lineamiento constitucional de adelantar un desarrollo sostenible. Esto implica además de armonizar la actividad minera con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables; también atender a las restricciones y prohibiciones de uso que se presentan en determinadas zonas como las áreas de especial importancia ecológica. Pese a ello, en la actualidad en Colombia se cuenta con un alto porcentaje de estas zonas que se superponen con títulos mineros<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Constitución Política colombiana, Artículo 79: Todas las personas tienen el derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

<sup>2</sup> Artículo 34, Ley 685 de 2001 modificado por la Ley 1382 de 2010.

<sup>3</sup> Según la anterior Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dra. Beatriz Uribe Botero, existen “571 títulos mineros, en cerca de 203 mil hectáreas, que están otorgados en áreas donde, de acuerdo con la legislación vigente no se podrían desarrollar proyectos mineros”. Tomado el 17/01/11 de: <http://www.elespectador.com/articulo-228203-titulos-mineros-podrian-ser-revisados-advierde-minambiente>

En agosto de 2011 se habían reportado 8 títulos mineros en 36.400 hectáreas, equivalente al 0,3 por ciento del total de las áreas de Parques Nacionales. Y actualmente hay 360 solicitudes de títulos sobre 193.274 hectáreas, según las cifras oficiales del Ministerio de Medio Ambiente. (En reservas forestales protectoras, que son las que garantizan el

Tan sólo en ecosistemas de páramos, 122.000 hectáreas, que representan el 6.3% del total de áreas de páramos identificadas en el Atlas de Páramos elaborado por el Instituto de Investigaciones Alexander von Humboldt, con vocación para la conservación, están tituladas. Por su parte, de las 51.5 millones de hectáreas de reserva forestal<sup>4</sup> cerca de un millón trescientas mil (2.5%) se encuentra con título minero<sup>5</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, el análisis que se realiza en el presente documento incluye:

- i) La caracterización de los dos intereses en conflicto: por un lado, el interés público de protección ambiental representado en la obligación constitucional de conservación de las áreas de especial importancia ecológica. Por otro lado, el interés privado de desarrollo de la minería, actividad que genera algunos beneficios públicos y que ha sido catalogada legalmente como de utilidad pública<sup>6</sup>.
- ii) El estudio y precisión del concepto de derechos obtenidos para actividades mineras, lo cual supone a su vez revisar el régimen de los bienes de dominio público, como son los recursos naturales renovables y no renovables.
- iii) La revisión de principios normativos y de jurisprudencia constitucional que sirven para interpretar y resolver el conflicto de intereses y de derechos existentes.

## **2. Caracterización de los dos intereses en conflicto**

### ***2.1 Un lado de la balanza: la obligación de conservación de las áreas de especial importancia ecológica del país***

La Constitución Política señala como deber del Estado el “conservar las áreas de especial importancia ecológica”. Este deber se encuentra unido al deber de “proteger la diversidad e integridad del ambiente” y al reconocimiento constitucional del derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano.

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una variada regulación de categorías de áreas de especial importancia ecológica que ameritan conservación y manejo especial. Por ejemplo, hacen parte de ellas, las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, los parques naturales regionales, las reservas forestales del orden nacional y regional, entre otras que por ejemplo se encuentran reguladas en Tratados Internacionales ratificados por Colombia. Así por ejemplo, al ratificar el Convenio de

---

agua que consumen los colombianos, Ingeominas concedió 71 títulos mineros sobre 14.708 hectáreas. En los páramos otorgó 416 títulos en 106.118 hectáreas, equivalentes al 5,5 por ciento de los páramos. Y en áreas Ramsar reconocidas internacionalmente para proteger a los humedales otorgó 44 títulos sobre 9013 hectáreas, equivalentes al 1,2 por ciento del total de áreas Ramsar. En todas estas áreas, lo solicitado multiplica casi por diez lo otorgado. tomado de <http://www.lasillavacia.com/historia/la-escandalosa-adjudicacion-de-titulos-mineros-en-parques-naturales-26448>

<sup>4</sup> Las zonas de reserva forestal se encuentran reguladas en la Ley 2ª de 1959

<sup>5</sup> RUDAS, Guillermo, *Política Ambiental del Presidente Uribe, 2002 – 2010. Niveles de prioridad y retos futuros*. Bogotá, 29 de octubre de 2010.

<sup>6</sup> Ley 685 de 2001, Artículos 1º y 13º.

Diversidad Biológica<sup>7</sup> el Estado colombiano se ha comprometido a la conservación de las áreas de especial importancia ecológica del país incluyendo áreas terrestres y marinas<sup>8</sup>.

También, en otros instrumentos internacionales, el Estado Colombiano ha adquirido compromisos explícitamente dirigidos a la protección de áreas de especial importancia natural y ambiental, como por ejemplo, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972 o la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitats de Especies Acuáticas Ramsar<sup>9</sup> en lo que se refiere a la conservación y uso racional de los recursos en ecosistemas de humedal, la Convención para la Protección del Medio Marino y Áreas Costeras del Pacífico Sudeste<sup>10</sup>, la Convención de Cartagena Sobre la Protección y el desarrollo del Medio Marino en la Región Caribe<sup>11</sup> y la Convención Marco de Cambio Climático<sup>12</sup>.

El Decreto 2372 de 2010 contiene una relación –a juicio de AIDA no taxativa ni representativa- de categorías de áreas naturales protegidas existentes en la normatividad colombiana.

La Corte Constitucional colombiana, en adelante la Corte ha reconocido igualmente que las áreas de especial importancia ecológica no son sólo aquellas que se enmarcan dentro de las categorías o figuras actualmente reguladas y/o declaradas<sup>13</sup>.

Esto se debe a que bien pueden existir ecosistemas, fragmentos de ecosistemas o áreas en general, que requieren protección (por ejemplo en virtud del cumplimiento de los compromisos adquiridos internacionalmente), pero que no han sido aún declaradas o no cuentan con una categoría especialmente aplicada. Incluso recordó que también gozan de protección constitucional “ecosistemas integrados por vegetación original” que no siempre forman parte de categorías o áreas ya reguladas, declaradas o delimitadas<sup>14</sup> y

---

<sup>7</sup> El Convenio de Diversidad Biológica fue incorporado a la normatividad Colombia a través de la Ley 165 de 1994

<sup>8</sup> En el marco del Convenio de Diversidad Biológica Colombia se ha comprometido entre otras cosas a: a. Establecer un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica. b. Reglamentar o administrar los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, para garantizar su conservación y utilización sostenible. c. Promover la protección de ecosistemas y hábitats naturales

<sup>9</sup> La Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas – Ramsar fue incorporado al ordenamiento colombiano a través de la Ley 357 de 1997

<sup>10</sup> La Convención para la protección del Medio Marino y Áreas Costeras del Pacífico Sudeste fue incorporada al ordenamiento colombiano a través de la Ley 45 de 1985

<sup>11</sup> La Convención para la protección y desarrollo del medio marino del gran Caribe fue incorporada al ordenamiento colombiano a través de la Ley 56 de 1987

<sup>12</sup> La Convención de Cambio Climático fue incorporada al ordenamiento colombiano a través de la Ley 164 de 1995

<sup>13</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 339 de 2002. M.P Jaime Araujo Rentería

<sup>14</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 339 de 2002. M.P Jaime Araujo Rentería. En este fallo la Corte señaló: “La expresión “de conformidad con los artículos anteriores” es inconstitucional porque limita las zonas de exclusión y restricción a lo determinado estrictamente en la ley 685 de 2001, con lo cual se desconoce el límite constitucional impuesto en los artículos 333 y 334 de la Constitución, permitiendo una exploración y explotación minera indiscriminada de áreas que no se encuentren comprendidas en la mencionada Ley. De una parte, desconoce las leyes vigentes que protegen zonas distintas de los parques naturales nacionales, los parques naturales regionales y las reservas forestales; y de otra, cierra la posibilidad de que le sean oponible leyes posteriores que establezcan nuevas zonas de exclusión o restricción de la actividad minera, por razones ambientales y de protección de la biodiversidad. No debe olvidarse que además de las tres zonas mencionadas, también tienen protección constitucional, los ecosistemas integrados por vegetación original que no siempre forman parte de parques naturales.

simplemente exige que se trate de áreas, zonas o ecosistemas que requieran o justifiquen protección por motivos ambientales y de conservación de la biodiversidad, que estén debidamente delimitadas. En lo que tiene que ver con este requisito de la delimitación, se considera que éste debe entenderse en el sentido de que sean áreas identificables, es decir, con posibilidad de ser delimitadas y diferenciadas en la práctica del resto del territorio, y no en el sentido que si no existen límites formal y administrativamente establecidos las áreas en cuestión no gocen de protección constitucional<sup>15</sup>.

La Corte Constitucional reitera que estas áreas tienen protección constitucional especial “porque dicha protección deriva del mandato constitucional en cabeza del Estado relativo a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar, entre otras cosas, su conservación, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental contemplado en el Artículo 80 de la Constitución, y especialmente, del mandato del artículo 79 de la Constitución de proteger la diversidad e integridad del ambiente y concretamente de conservar las áreas de especial importancia ecológica. De ahí que únicamente sean admisibles usos compatibles con la conservación y esté proscrita su explotación, pues las áreas de especial importancia ecológica están sometidas a un régimen de protección más intenso que el resto del medio ambiente<sup>16</sup>.

Esto tiene enormes consecuencias normativas, entre ellas, la Corte Constitucional ha señalado las siguientes:

- a. “Se convierte en principio interpretativo de obligatoria observancia cuando se está frente a la aplicación e interpretación de normas que afecten dichas áreas de especial importancia ecológica”<sup>17</sup>.
- b. “Otorga a los individuos el derecho a disfrutar -pasivamente- de tales áreas, así como a que su integridad no se menoscabe”<sup>18</sup>.
- c. Genera el deber de “adopción de medidas eficaces de protección” por parte de las autoridades<sup>19</sup>. Las cuales implican que las autoridades deberían implementar medidas para asegurar la efectiva protección de las áreas excluidas de minería como los páramos, o su conservación, sin que la declaración y delimitación sea la medida única ni exclusiva, para cumplir con la obligación reseñada.

## ***2.2 El otro lado de la balanza: la industria minera***

La minería<sup>20</sup> ha sido considerada por el Código Minero como estratégica para la economía del país, por lo cual la ha sido catalogada legalmente como de “utilidad

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T 666 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett

<sup>17</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T 666 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett

<sup>18</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T- 666 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett

<sup>19</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia C- 443 de 2009. M.P Humberto Sierra Porto

<sup>20</sup> Según los artículos 10 y 11 del Código de Minas “se entenderá por mina, el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materiales fósiles, útil y aprovechable económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo”, así como “la sustancia cristalina, por lo general inorgánica, con características físicas y químicas propias debido a un agrupamiento atómico específico”. En el mismo concepto quedan incluidos los materiales de construcción, entendidos como “los productos pétreos explotados en minas y canteras usados, generalmente, en la industria de la construcción como agregados en la fabricación de piezas de concreto, morteros, pavimentos, obras de tierra y otros

pública y de interés social en todas sus ramas y fases”<sup>21</sup>. En virtud de esto, la normatividad minera ha sufrido varias modificaciones históricas con el objetivo de incentivar la industria minera y de ofrecer seguridad jurídica al sector.

Como evidencia de ello, cabe destacar las siguientes disposiciones jurídicas:

a. El Código de Minas señala que a los contratos de concesión se les aplicarán durante su ejecución y prórrogas<sup>22</sup> (esto es, durante períodos que pueden superar los 60 años) las leyes mineras vigentes al momento del perfeccionamiento del contrato, las cuales, si llegaren a ser modificadas con posterioridad sólo podrán ser aplicadas si mejoran las prerrogativas al concesionario<sup>23</sup>.

b. El artículo 34 del Código de Minas señala las áreas que deben quedar excluidas de la minería. Todas ellas son áreas de especial importancia ecológica, como los ecosistemas de páramos. Señala que se considerarán como excluidas de la minería las zonas “que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar”<sup>24</sup>. Sin embargo, en el párrafo primero del referido artículo 34 se establece que “en caso que a la entrada en vigencia de la presente ley [Ley 1380 de 2010 modificatoria del Código de Minas vigente por dos años de acuerdo con la Sentencia C-366 de 2011<sup>25</sup>] se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento.

### **3. Naturaleza y alcance de los derechos obtenidos para el ejercicio de la actividad minera**

Para entender el tipo de derechos que surgen de los permisos o autorizaciones dados por el Estado para el desarrollo de la actividad minera, es necesario revisar la naturaleza y características de dichas autorizaciones, esto es concesiones de títulos mineros y licencias ambientales.

---

productos similares” y “los materiales de arrastre tales como arenas, gravas y las piedras adyacentes en el cauce y orillas de las corrientes de agua, vegas de inundación y otros terrenos aluviales”.

<sup>21</sup> El Art1º del Código Minero establece, entre otras cosas que “El presente Código tiene como objetivos de interés público fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada”. A su vez, el Art 13º establece que: “En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárese de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo”.

<sup>22</sup> Artículo 77 Código de Minas.

<sup>23</sup> Artículo 46 del Código de Minas: “al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas a favor del Estado o de las Entidades Territoriales.”

<sup>24</sup> Artículo 34 del Código de Minas.

<sup>25</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia C- 366 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva

### **3.1 Los títulos mineros**

Los títulos mineros<sup>26</sup> son contratos de concesión minera que han sido debidamente otorgados e inscritos en el Registro Minero Nacional. Los otorga el Estado colombiano, en particular INGEOMINAS o determinadas gobernaciones<sup>27</sup> a particulares que pretenden explorar y explotar minerales.

*¿Qué tipo de derechos obtiene el beneficiario de un título minero?*

El art 14 del Código Minero señala que los títulos mineros, constituyen un derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal. No son títulos de propiedad sobre los minerales susceptibles de explotación. Específicamente indica el artículo 15 que “El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo 14, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales in situ sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de materiales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con la servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades”. El contrato de concesión minera tiene una naturaleza especial derivada del carácter de dominio público de los recursos naturales no renovables y renovables sobre los cuales recae.

La importancia de estos bienes se deriva no sólo de su aporte al patrimonio económico nacional, sino por la magnitud de los impactos derivados de su explotación, lo que justifica el intervencionismo del Estado y el establecimiento de pautas que no pueden ser objeto de cesión o de negociabilidad con el concesionario. Por lo anterior, tal como lo señala el Código de Minas, el contrato de concesión es un contrato de adhesión<sup>28</sup>. Por ello, el Código de Minas, también establece que el concesionario no podrá reclamar pago, reembolso o perjuicio alguno por no encontrar en el área contratada los minerales a explotar, en cantidad o calidad que los haga comercialmente aprovechables o por haber sido privado de su derecho a explorar o explotar, pues el Estado puede, por motivos de interés general, modificar o incluso revocar las autorizaciones otorgadas para el desarrollo de la actividad<sup>29</sup>.

Por lo tanto, los derechos de exploración, explotación o aprovechamiento de recursos naturales no renovables no son absolutos ni inalterables. Se trata de actividades que sólo pueden ser ejecutadas mientras las condiciones de viabilidad y “aprovechabilidad” de los recursos se verifiquen mediante un proceso evaluativo previo del Estado y se mantengan en el tiempo.

---

<sup>26</sup> Artículo 14 del Código de Minas: “...únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional...”.

<sup>27</sup> Resolución número 180074 de 2004 del Ministerio de Minas y Energía, por la que el Ministerio de Minas y Energía delegó en INGEOMINAS y en seis Gobernaciones Departamentales (Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander), las funciones de suscribir y otorgar contratos de concesión para la exploración y explotación minera, entre otras.

<sup>28</sup> Artículo 49 del Código de Minas: “La concesión minera es un contrato de adhesión en cuanto que, para celebrarse, no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades...”.

<sup>29</sup> Art 56 Código Minero

Entre dichas condiciones, están las de carácter ambiental, que además se constituyen en causales de caducidad del contrato de concesión minera a través de la figura de “la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras”<sup>30</sup>.

Por esto, la concesión minera corresponde a una autorización del Estado, condicionada y en esencia revocable<sup>31</sup>.

### **3.1.1. Alcance de los derechos obtenidos en materia minera**

En este aparte se analiza la posibilidad de ejecutar títulos mineros en áreas que han sido excluidas de la minería por motivos de protección ambiental, frente a una supuesta existencia de “derechos adquiridos”, que no pueden ser desconocidos o limitados por el Estado.

Para desentrañar la viabilidad jurídica y constitucional de dicho alegato, resulta necesario tener presente el régimen jurídico aplicable a los recursos naturales renovables y no renovables que se describió en el aparte anterior. Además, debe profundizarse en la naturaleza y alcance del concepto de “derechos adquiridos” en el contexto de la actividad minera.

La Constitución Política señala en su artículo 58:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás **derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles**, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” (negrillas fuera de texto).

Como se ve, la norma constitucional se refiere a los derechos adquiridos conforme a las “leyes civiles”. Esta referencia a las leyes civiles y no a cualquier tipo de ley, no es arbitraria o carente de implicaciones. En efecto, los alcances de la propiedad y los derechos adquiridos en el contexto del derecho civil son diferentes de los generados en el ámbito del derecho público y de relaciones con bienes sometidos al régimen de dominio público, como es el caso de los títulos mineros y licencias ambientales.

### **3.1.2. Configuración de los derechos adquiridos en el contexto de las leyes civiles**

---

<sup>30</sup> Literal g) del artículo 112 del Código de Minas.

<sup>31</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C -183 de 2003 M.P Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, 12 de agosto de 1999, expediente 5500, Magistrado ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

En el marco de la doctrina general y/o esencialmente civilista, el derecho adquirido “es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley”<sup>32</sup>, es decir, “se han verificado todas las circunstancias y requisitos previstos en la ley para atribuir o dar por nacido un derecho, aunque éste no se haya aún ejercido o consumado”<sup>33</sup>. Esta es, una situación diferente de las meras expectativas que, a contrario sensu, son aquellas cuya situación jurídica no ha sido creada definitivamente y por ende no ha entrado en un patrimonio pues por esto mismo, pueden truncarse como consecuencia de cambios de legislación o decisiones administrativas<sup>34</sup>.

Esta “intangibilidad” de los derechos adquiridos o restricción de alteración o afectación, que se podría predicar por ejemplo de los títulos mineros, no es absoluta.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, desde la sentencia del 17 de marzo de 1977, entre otros fallos, señala que “tal afectación o desconocimiento [de los derechos adquiridos] sólo está permitido constitucionalmente en el caso de que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso, para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano. Se trata de afirmar entonces el imperio del principio de que el bien común es superior al particular y de que, por lo mismo, este debe ceder”<sup>35</sup>. En el mismo sentido quedó consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 58 anteriormente citado.

Así pues, ni aún en el ámbito de derechos adquiridos conforme a las leyes civiles puede predicarse la existencia de derechos absolutos.

Como se verá a continuación, respecto de los bienes de dominio público tampoco puede predicarse la existencia de derechos adquiridos absolutos.

### *3.2 La licencia ambiental*

La licencia ambiental es “la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad la cual sujeta al beneficiario de ésta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada”<sup>36</sup>. Las licencias ambientales<sup>37</sup> son expedidas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-478 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>33</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia de la Corte Constitucional C - 168 de 1995. M.P Carlos Gaviria Diaz

<sup>34</sup> Corte Constitucional colombiana Sentencia T - 009 de 2008. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>35</sup> La Corte constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido en diversos fallos; vg. “De ahí que el ordenamiento constitucional, a la vez que garantiza los derechos adquiridos de conformidad con la ley civil, previsión en la que tienen cabida los derechos patrimoniales de origen contractual... impone límites a esta protección, en cuanto los intereses que de tales derechos se derivan deben ceder cuando se enfrenten a intereses públicos o sociales”. Sentencia C - 058 de 2002 M.P Alvaro Tafur Galvis

<sup>36</sup> Artículo 50 de la ley 99 de 1993 y artículo 3 del Decreto 2820 de 2010.

<sup>37</sup> Los principales Tratados ambientales internacionales incorporan la obligación de realizar Evaluaciones de Impacto Ambiental, entre otros el Convenio de Diversidad Biológica y la Convención de Humedales de Importancia Internacional Ramsar. Incluso la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que la obligación de realizar EIA

Desarrollo Territorial o por las autoridades ambientales regionales, según la magnitud del proyecto<sup>38</sup>.

La Corte Constitucional ha señalado que, “la exigencia de licencias ambientales constituye un típico mecanismo de intervención del Estado en la economía, y una limitación de la libre iniciativa privada”<sup>39</sup>. También ha dicho que “tiene indudablemente un fin preventivo y precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente”<sup>40</sup>.

La licencia ambiental lleva implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad, y debe obtenerse previamente a la iniciación del mismo.

Otra particularidad relevante del esquema de licenciamiento ambiental en Colombia es que “La obtención de la licencia ambiental, es condición previa para el ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones y licencias que expidan otras autoridades diferentes a las ambientales”<sup>41</sup>. Lo anterior incluye a los derechos derivados de un título minero.

De acuerdo con la normatividad colombiana, la concesión o título minero cubre todas las fases de la actividad minera y es exigible para el inicio de los proyectos<sup>42</sup>. Sin embargo la licencia ambiental sólo es exigible a partir de la fase de explotación<sup>43</sup>. Esto trae como consecuencia que los proyectos puedan avanzar en la prospección y la exploración sin necesidad de una licencia ambiental.

¿Qué tipo de derechos obtiene el beneficiario de la licencia ambiental?

En el mismo sentido de lo señalado para los títulos mineros, la licencia ambiental, al ser una autorización, simplemente confiere al interesado el derecho a ejecutar la fase de explotación y siguientes del proyecto minero. Con la limitante que debe cumplir los requisitos, términos, condiciones y obligaciones<sup>44</sup> estipulados en el acto administrativo y en la ley. Por lo tanto, tampoco en este caso, la autorización puede ser entendida

---

forma parte del Derecho consuetudinario internacional en el caso de las Papeleras en el río Uruguay, Argentina c Uruguay en el 2010.

<sup>38</sup> Ver Decreto 2820 de 2010, artículo 8 numeral 2 (competencia MAVDT) y artículo 9 numeral 1 (competencia CARs).

<sup>39</sup> Sentencia C -894 de 2003 M.P Rodrigo Escobar Gil

<sup>40</sup> Sentencia C- 035 de 1999 M.P Antonio Barrera Carbonell

<sup>41</sup> Artículo 5 del Decreto 2820 de 2010.

<sup>42</sup> El Código minero colombiano establece que las fases de la minería son: fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales.

<sup>43</sup> Decreto 2820 de 2010. Art 4º Licencia Ambiental Global. “*Para el desarrollo de obras y actividades relacionadas con los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos, la autoridad ambiental competente otorgará una licencia ambiental de carácter global, que abarque toda el área de explotación que se solicite (...) La Licencia Ambiental Global para la explotación minera, comprenderá la construcción, montaje, explotación, beneficio y transporte interno de los correspondientes minerales o materiales.*”

<sup>44</sup> Artículo 3º del Decreto 2829 de 2010.

como un título de dominio sobre los recursos ni un derecho absoluto o incondicionado para el desarrollo de la actividad.

La licencia ambiental supone la elaboración de una evaluación de impacto ambiental, en la cual se considera información disponible, se analizan los escenarios actuales y se hacen supuestos y proyecciones sobre escenarios futuros, a fin de determinar la viabilidad de la actividad. Pero dichos supuestos, o incluso las valoraciones sobre los mismos, pueden cambiar en el tiempo, razón por la cual la ley y el reglamento contemplan la figura de la modificación de la licencia<sup>45</sup> e incluso su revocatoria<sup>46</sup>.

Estas variaciones, pueden darse tanto en casos de incumplimiento de obligaciones de la licencia por parte del interesado, como cuando existen elementos o información que no fue considerada o evaluada, o situaciones que cambiaron con el tiempo y que modifican las consideraciones sobre la conveniencia o viabilidad del desarrollo de la actividad.

Es la licencia ambiental la que determina si la actividad de explotación minera es viable o no, particularmente cuando se encuentran involucradas áreas excluidas de minería. La sola existencia de títulos mineros no condiciona la viabilidad ambiental de un proyecto minero.

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, la existencia de permisos no legitima al Estado ni a los beneficiarios de los mismos para generar daño ambiental, pues el daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una actividad lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica.

No puede entenderse que la previa obtención de un permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento de una franquicia para causar daños impunemente al ambiente. Adicionalmente, la Constitución ordena al Estado en relación al ambiente y al aprovechamiento y explotación de recursos naturales, no solamente sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes, sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados<sup>47</sup>.

Adicionalmente, lo anterior encuentra fundamento en el hecho que las funciones de evaluación, prevención, control, vigilancia y protección de los intereses públicos, no fenecen con la expedición de los permisos o autorizaciones pues son funciones que deben ser ejercidas de manera permanente por las autoridades. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó que la inacción de la administración o inaplicación de sus herramientas y funciones de prevención y control pone a la comunidad en general en una situación de “indefensión”, máxime cuando se encuentran involucrados intereses públicos como la salud y el ambiente<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Título V Decreto 2820 de 2010.

<sup>46</sup> Artículo 62 de la Ley 99 de 1993.

<sup>47</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-320 de 1998 del M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>48</sup> La Corte Constitucional ha denominado bienes de dominio público “aquellos bienes de propiedad normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distinguen no por su titularidad sino por su afectación al dominio público por motivos de interés general, relacionados con la riqueza nacional, el uso público y el espacio público”. “Los bienes

Las anteriores reflexiones de la Corte son relevantes para el problema que aquí nos ocupa, pues si las autoridades no ejercen sus funciones de protección de las áreas de especial importancia ecológica y específicamente, no revocan o niegan las licencias o autorizaciones mineras concedidas en estas áreas, estarían poniendo a la comunidad en una situación de indefensión frente a las empresas mineras, lo cual tiene repercusiones no sólo desde la perspectiva del incumplimiento de deberes, funciones y competencias y por ende, de la responsabilidad personal disciplinaria, sino también desde la perspectiva más amplia de la responsabilidad del Estado por daños al ambiente y a las personas. Adicionalmente, la condición material de “subordinación e indefensión” constituye un criterio para la procedibilidad de la acción de tutela. Asimismo, un elemento significativo de valoración en la configuración de la responsabilidad del Estado y defensa de los derechos individuales y colectivos.

En conclusión, también en el caso de las licencias ambientales, se trata de autorizaciones condicionadas y que pueden ser negadas e incluso y si es el caso, modificadas por diversas razones, incluyendo cambios en la situación inicial del proyecto.

### ***3. 3 Régimen de los recursos naturales renovables y los no renovables en tanto que son bienes de dominio público.***

Para entender la justificación y el alcance de los condicionamientos de los títulos mineros y de las licencias ambientales, resulta necesario comprender el régimen jurídico- de dominio público- aplicable a los recursos naturales renovables y no renovables que son objeto de explotación y afectación con la minería.

Existen ciertos bienes que la doctrina y la ley han catalogado como de “dominio público”, que debido a su importancia y naturaleza especial, su apropiación, uso y disposición no están sometidas a las normas comunes del derecho civil. Estos bienes, están sometidos a normas de derecho público, en donde predominan consideraciones relativas a la salvaguarda de los intereses públicos que la protección de dichos bienes encierran, así como a la prevalencia del interés general sobre el particular, y la necesidad de proveer condiciones para la efectividad de su administración, protección y/o control por parte del Estado<sup>49</sup>.

---

que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o bien como de dominio público; además es necesario que concurra el elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública, es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que a su vez determinan la clasificación de los bienes de dominio público” Sentencia T 566 de 1992.

<sup>49</sup> La Corte Constitucional ha denominado bienes de dominio público “aquellos bienes de propiedad normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distinguen no por su titularidad sino por su afectación al dominio público por motivos de interés general, relacionados con la riqueza nacional, el uso público y el espacio público”. “Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o bien como de dominio público; además es necesario que concurra el elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública, es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que a su vez determinan la clasificación de los bienes de dominio público” Sentencia T 566 de 1992.

Entre estos bienes están los recursos naturales renovables, como el recurso hídrico, los bosques y la biodiversidad, y los no renovables, como los recursos mineros. Existe jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional colombiana, que señala expresamente que el régimen de los recursos naturales renovables y los no renovables es un régimen distinto a las normas de derecho civil aplicables a los bienes y a su negociabilidad. Según este régimen, las actividades de acceso, uso y aprovechamiento de los bienes de dominio público son viables bajo la figura de permisos y autorizaciones, y también les son aplicables el derecho policivo del Estado.

El Código de los Recursos Naturales y el Ambiente define a los recursos naturales renovables como bienes de dominio público<sup>50</sup> y a su “preservación y manejo” como de “utilidad pública e interés social”<sup>51</sup>.

La importancia de los recursos naturales no sólo se deriva del hecho que estos forman parte del patrimonio nacional protegido constitucionalmente, sino también porque su protección implica la protección del derecho colectivo reconocido constitucionalmente a “gozar de un medio ambiente sano”. Dada la indivisibilidad de los derechos humanos, la protección de éste implica también la protección de la vida, la salud, la intimidad entre otros, como también lo ha dicho la Corte Constitucional<sup>52</sup>.

Según el régimen de dominio público de los recursos naturales renovables, éstos<sup>53</sup>:

1. No son “res nullius” o bienes de nadie pues pertenecen a la Nación.
2. Sólo son aprovechables o susceptibles de uso cuando –y en los términos que- la Nación lo permita. No existe libertad de uso o aprovechamiento ni siquiera respecto de recursos existentes en tierras privadas.
3. La Nación puede establecer vedas periódicas o temporales o prohibiciones permanentes cuando las conveniencias nacionales así lo exijan. Incluso, estas facultades también se predicen respecto de los recursos de dominio privado.
4. Los recursos son susceptibles de apropiación sólo si se cumplen los requisitos y regulaciones de derecho público aplicables.

La Corte Constitucional explica que “el uso y la explotación de los recursos naturales se sustrajo de la legislación civil, por cuanto ésta - la legislación civil- se rige primariamente por el principio de autonomía de la voluntad, el cual puede entrar en

---

<sup>50</sup> Artículos 42, 43, 50 y 80, entre otros, del Decreto ley 2811 de 1974. Este concepto es desarrollado en los distintos decretos reglamentarios, vg: art.7 del Decreto 1608 de 1978 “El dominio que ejerce la Nación sobre la fauna silvestre...no implica que el Estado pueda usufructuar este recurso como bien fiscal, sino que a él corresponde a través de sus entes especializados su administración y manejo”.

<sup>51</sup> Artículo 1 del Decreto ley 2811 de 1974.

<sup>52</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-462 de 1996 M.P José Gregorio Hernández “Pero si, además, una persona individualmente considerada puede probar que la misma causa (perturbación del medio ambiente) está afectando o amenazando de modo directo sus derechos fundamentales o los de su familia, al poner en peligro su vida, su integridad o su salubridad, cabe la acción de tutela en cuanto a la protección efectiva de esos derechos fundamentales en el caso concreto, sin que necesariamente el amparo deba condicionarse al ejercicio de acciones populares”. Ver también sentencias T-219 de 1994, T-503 de 1997, T-214 de 1998, T-238 de 1998

<sup>53</sup> Consejo de Estado, sentencia del 13 de marzo de 1980, expediente 2970 Consejero Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar.

conflicto con la función ecológica de la propiedad (CP art. 58) y con la nueva relación entre la sociedad y la naturaleza”<sup>54</sup>. En este mismo sentido, la Corte Constitucional explica que a partir del Código de Recursos Naturales “de la disposición absoluta o “arbitraria” de los recursos de la naturaleza en cabeza de cada individuo, se dio paso a la protección que debe emprender cada persona por el bien de todos, aclarando, de paso, que el medio ambiente pasa de ser un límite específico de las potestades privadas a estar regulado especialmente por normas de derecho público”<sup>55</sup>.

En virtud de “la ecologización de la propiedad”, como ha llamado la Corte Constitucional a la evolución del derecho a la propiedad, se ha pasado “de un derecho con categoría absoluta” (previsto en nuestro Código Civil) a una atribución relativa “susceptible de restricción o de limitación, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad”<sup>56</sup>. Es por esto que, como lo señala la Corte, “el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos”<sup>57</sup>.

Las consideraciones aquí expuestas son extensibles a los recursos no renovables, pues comparten el hecho de ser propiedad de la Nación<sup>58</sup> y bienes de dominio público sometidos a las reglas de derecho público.

### **3.3.1 Los derechos adquiridos en el contexto del derecho público**

La Corte Constitucional ha explicado que existen monopolios estatales de creación constitucional sobre determinados bienes o asuntos de interés público o social, con implicaciones especiales para su acceso y administración. Como sucede con los recursos naturales o con el monopolio de las armas por parte del Estado, existe una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión. A partir de esta reserva el Estado puede, en los términos de la ley, crear y administrar titularidades privadas, a través de la técnica administrativa del permiso. La propiedad y posesión que los particulares llegan a tener sobre este tipo de bienes no tiene “un valor constitucional originario que pueda oponerse al Estado. Por el contrario, cualquier titularidad proviene de éste y tiene el alcance relativo que pueda en cada caso derivarse de las leyes”<sup>59</sup>.

Frente a los recursos naturales existe un régimen de permisos surgidos de la capacidad y competencia institucional, que constituyen y hacen efectivo el derecho que se deriva como consecuencia de dichos permisos. Este derecho no tiene la calidad de un título originario concebido en los términos de la propiedad civil. Para el caso que nos ocupa, el derecho derivado del título minero es el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables. A través de la licencia ambiental, se obtiene el derecho de apropiárselos mediante su extracción o captación, y de aprovechar los recursos renovables que estén relacionados.

<sup>54</sup> Sentencia Corte Constitucional C- 126 de 1998.

<sup>55</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T -760 de 2007

<sup>56</sup> Ibid

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ver Sentencia C- 221 de 1997 de la Corte Constitucional colombiana M.P: Alejandro Martínez Caballero. “...resulta perfectamente lógico que la titularidad de tales recursos y de las regalías que genera su explotación sea de un ente más abstracto, que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales, esto es, del Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario de los recursos no renovables y el titular de las regalías”.

<sup>59</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C- 296 de 1995.M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

Las relaciones de acceso y apropiación de los recursos naturales no son las propias “del ámbito de los derechos patrimoniales” sino que corresponden al “contexto de las relaciones entre el Estado y los particulares, en el cual se aplican las normas y principios del derecho público”<sup>60</sup>.

Tal como lo señaló la Corte "en materia de derecho público, la noción de derechos adquiridos tiende a diluirse, pues esta noción, admitida universalmente se refiere sustancialmente a los derechos que regulan las leyes civiles"<sup>61</sup>.

A la misma conclusión ha llegado el Consejo de Estado colombiano al decir que:

“Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos”<sup>62</sup>.

#### **4. El interés social y ambiental como límite a la libertad económica**

Los derechos de exploración y explotación minera, al igual que los relacionados con cualquier otra iniciativa económica, empresa o industria, no son ni pueden ser absolutos en un Estado constitucional y social de derecho como el colombiano.

Específicamente, en cuanto a la actividad minera, la Corte Constitucional señaló que determinadas zonas por su valor arqueológico, histórico, cultural, social, étnico, biológico, etc., merecen una protección especial que justifica garantizar el ejercicio restringido de la minería.

El ejercicio de la minería, como el de cualquier otra actividad en el marco de un Estado social de derecho, no es absoluto, pues está limitado por otros derechos y principios constitucionales. Esto explica que el legislador pueda establecer, en desarrollo de la cláusula general de competencia, diversos requisitos para llevar a cabo tal actividad de manera restringida. Así pues, no sólo es constitucional que se condicione la ejecución de trabajos mineros al otorgamiento de autorizaciones y licencias por parte de las autoridades competentes, sino también a ciertos métodos de ejecución (vgr. la extracción de minerales sin afectar los aprovechamientos económicos de la superficie)<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C- 296 de 1995.M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>61</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia T- 001 de 1992 M.P Alejandro Martínez Caballero

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 12 de agosto de 1999, expediente 5500, Consejero ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

<sup>63</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-891 de 2002 M.P Jaime Araujo Rentería.

En tanto que actividad económica, la actividad minera posee límites justificados en la satisfacción del interés social y la protección del patrimonio natural y cultural de la Nación, tal como lo dispone el artículo 333 de la Constitución Política<sup>64</sup>.

#### **4.1. Principios y criterios normativos y jurisprudenciales para la resolución del conflicto de intereses**

Ahora bien, teniendo presente el tipo de intereses en conflicto, así como la naturaleza de los derechos que emergen de los títulos mineros y de las licencias ambientales, se expondrá una serie de principios y criterios constitucionales, jurisprudenciales, de instrumentos normativos internacionales, que aportan elementos para la resolución del conflicto de intereses enunciado.

Los principios ambientales internacionales mencionados a continuación son el marco jurídico para el desarrollo y convergencia de las normas ambientales a nivel nacional<sup>65</sup>. El Estado colombiano se ha obligado a acatarlos mediante la suscripción de los tratados internacionales, y mediante la incorporación de éstos al ordenamiento interno. Por ello, deberían aplicarse en todas las decisiones del Estado que involucren el medio ambiente.

La Ley 99 de 1993 incluye este principio estableciendo en el Art 1º numeral 7º que “*el Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables*”. Asimismo, el Art 1º numeral 9º establece que “*la prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento*”.

El principio de prevención<sup>66</sup> puede ser implementado a través de políticas de prevención de la contaminación, de minimización de desechos, de mejores prácticas de gestión ambiental, incluyendo: auditorías periódicas, procesos de licencias ambientales, estudios de impacto ambiental y políticas que involucren el análisis del ciclo de vida de los desechos y la responsabilidad extendida del productor<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Artículo 333 de la Constitución Política: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance la libertad económica **cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación**” (resaltado de las autoras).

<sup>65</sup> Hunter, D., Sallzman J., Zaelke, D, “International Environmental Law and Policy” University Casebook Series. Foundation Press. N.Y. 2007. Pág 470

<sup>66</sup> El principio de prevención está contenido en varios instrumentos internacionales tales como la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la Convención de Diversidad Biológica y la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático

<sup>67</sup> El principio de prevención, refleja el hecho que la protección ambiental es más efectiva si se evita el daño ambiental en lugar de permitirlo y posteriormente implementar posibles medidas de remediación, que pueden ser costosas y a veces incluso de imposible o muy complicada realización. Lo anterior, particularmente en relación con daños ambientales que se conoce que van a ocurrir. Por lo cual el principio implica una aproximación preventiva para

La Corte Constitucional resalta la importancia de aplicar los principios desarrollados en el derecho internacional para adelantar la protección del medio ambiente y los desafíos de la sostenibilidad del desarrollo<sup>68</sup>. Concretamente consideró que la obligación de acudir a tales principios, se deriva del mandato contenido en el artículo 226 de la Constitución Política, que prescribe la internacionalización de las relaciones ecológicas<sup>69</sup>.

Adicionalmente, dado que la protección ambiental está relacionada con los derechos humanos y que la efectividad de ésta implica la protección de éstos últimos, las obligaciones ambientales que protegen derechos humanos también están incorporadas en el artículo 93 constitucional. La Corte Constitucional consideró que los deberes de protección al medio ambiente, derivados directamente de los artículos 78, 79 y 80 de la Carta, se materializan en gran medida en el principio de precaución<sup>70</sup>.

El principio de precaución incluido en la Declaración de Río de Janeiro de 1992<sup>71</sup> le impone al Estado y a los particulares el deber de evitar daños y riesgos graves e irreversibles a la vida, a la salud y al medio ambiente y que la falta de certeza científica no puede ser excusa para postergar decisiones preventivas y de protección<sup>72</sup>. La Ley 99 de 1993 incluye al principio de precaución dentro de los principios generales ambientales que deben regir la política ambiental en Colombia en los siguientes términos:

“La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”<sup>73</sup>:

Es decir que las autoridades deberían implementar éste tipo de medidas, para asegurar la protección de las áreas excluidas de minería como los páramos, aún sin que la declaración y delimitación sea la medida única ni exclusiva, para cumplir con la obligación de protegerlas<sup>74</sup>.

La Corte Constitucional se ha pronunciado positivamente respecto a la aplicación del principio de precaución para las actividades mineras, particularmente en cuanto a la

---

evitarlos antes que ocurran y así abolir posibles consecuencias irreparables. La ley 99 de 1993 incluye este principio en el Art 1°.

<sup>68</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 671 de 2001. M.P Jaime Araujo Rentería

<sup>69</sup> Art. 226 de la C.P: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”

<sup>70</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-703 de 2010 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martello

<sup>71</sup> Principio 15 de la Convención de Río de Janeiro de 1992: “Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

<sup>72</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-703 de 2010 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

<sup>73</sup> Ley 99 de 1993. Artículo 1 numeral 6°

<sup>74</sup> La Corte ha advertido que la adopción de medidas fundadas en el principio de precaución debe contar con los siguientes elementos: (i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado. Corte constitucional colombiana. Sentencia C-703 de 2010 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martello

definición de las zonas de exclusión minera y a los procesos evaluativos de viabilidad de la actividad (incluidos los métodos y sistemas de extracción), precisando que debe seguirse el principio de “in dubio pro ambiente”<sup>75</sup>.

La Corte precisa que: “en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias”<sup>76</sup>.

El fundamento de este principio es tener una aproximación de protección especialmente ante actividades con alto riesgo de causar daños graves e irreversibles, como lo es en efecto la minería. En estas situaciones, la carga de la prueba la tiene quien promueve la actividad, quien deberá probar que no existe dicho daño o que éste puede ser adecuadamente mitigado o remediado, para evitar dichos daños graves e irreversibles. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha dicho que es preciso señalar que la utilización del principio requiere la existencia de elementos científicos que indiquen la necesidad de intervención. No es la falta absoluta de información la base sobre la cual pueda aplicarse el principio de precaución, sino la valoración de indicios que indiquen la potencialidad de un daño. Los elementos que componen el presupuesto de aplicación del principio de precaución -daño potencial grave e irreversible, y un principio de certeza científica- son, en síntesis, criterios de razonabilidad para determinar la necesidad de intervención<sup>77</sup>.

Por ende, el principio de precaución puede y debe ser aplicado por las autoridades mineras y administradoras de los recursos. Particularmente en ejercicio de sus funciones de seguimiento, control y protección ambiental.

Pero también cuando haya situaciones de riesgo de daños graves e irreversibles, al no autorizar o al suspender las actividades de minería que ya se encuentren adelantadas, incluso en etapa de explotación (de ser el caso) y que entren en conflicto con el mandato de conservación de las áreas de especial importancia ecológica.

#### ***4.2. Resultado de la ecuación costo –beneficio en el conflicto minería vs conservación de áreas de especial importancia ecológica***

El alto impacto que tiene la minería en el ambiente, en los recursos hídricos, en la fauna, la flora etc., es conocido<sup>78</sup>, de allí que haya surgido la iniciativa de regular las zonas o áreas excluibles de minería.

Y es que en efecto, la figura de las “áreas excluidas de la minería” y su justificación constitucional, nos lleva a concluir que en el caso específico del conflicto “derechos mineros vs áreas de exclusión de minería” existe claramente un principio de favorabilidad y prevalencia de rango constitucional a favor de la protección de estas áreas.

---

<sup>75</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-339 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería

<sup>76</sup> Adicionalmente, el principio de precaución establece que Ídem.

<sup>77</sup> Sentencia Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-299 de 2008. M.P Jaime Córdoba Triviño.

<sup>78</sup> Al respecto ver por ejemplo, informes respecto a impactos sociales y ambientales que la minería ha causado, así como aspectos técnicos a tener en cuenta: <http://www.aida-americas.org/es/node/1544>

En virtud de lo anterior, en las áreas de especial importancia ecológica no pueden otorgarse autorizaciones para la actividad minera (ni títulos mineros ni licencias ambientales) y en aquellos casos en los que, por tránsitos normativos, fallas administrativas o falta de previsión de las autoridades, se hayan otorgado títulos o concedido autorizaciones para la actividad minera en estas zonas, los derechos que de dichas autorizaciones emanan, deben ser restringidos de manera absoluta, esto es, deben ser revocados por el Estado.

## **5. Conclusiones**

Respecto a recursos naturales renovables y no renovables los derechos adquiridos se someten al régimen del derecho público, en donde, a diferencia de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, deben someterse a los cambios normativos posteriores o frente a situaciones de confrontación con otros intereses públicos.

Cuando se otorga un título minero o una licencia ambiental de explotación minera, el Estado autoriza la ejecución de actividades de exploración y/o explotación al beneficiario, pero dicha autorización está condicionada a una serie de requisitos y de supuestos de viabilidad de tipo ambiental -entre otras consideraciones-.

Cuando dichas condiciones y supuestos no se cumplen, las autorizaciones pueden ser modificadas o revocadas por las autoridades. Así pues, los beneficiarios de títulos mineros y licencias ambientales de explotación sí adquieren derechos, pero estos derechos están esencialmente condicionados a la satisfacción del interés público superior de protección ambiental, el cual está representado, -entre otros mandatos- en la obligación constitucional del Estado y de los particulares de conservación de las áreas de especial importancia ecológica.

Es por esto que cuando entran en conflicto los derechos adquiridos de exploración y/o explotación minera con el interés público de conservación de las áreas de especial importancia ecológica, como los páramos -para citar un ejemplo de especial gravedad y sensibilidad para el país-, el conflicto debe ser resuelto a favor de la protección de dichas áreas.

Tal como se describió a lo largo del presente escrito, existen principios y normas internacionales y constitucionales que fijan una prevalencia de protección hacia las “áreas de especial importancia ecológica” sobre el ejercicio de la actividad minera, razón que justifica la figura de las “áreas de exclusión de la minería” regulada en el artículo 34 del Código de Minas. Por lo anterior, las consideraciones expresadas en este documento llevan a cuestionar la constitucionalidad del parágrafo 1 del artículo 34 del Código de Minas pues, el pretender respetar los derechos de explotación previamente

adquiridos en áreas excluidas de la minería implicaría en la práctica hacer nugatoria la exclusión de dichas áreas, exclusión que tiene origen constitucional<sup>79</sup>.

**AIDA es una organización internacional no gubernamental de derecho ambiental que desde 1998 trabaja en el continente americano en el fortalecimiento de la capacidad de las personas para garantizar su derecho individual y colectivo a un ambiente sano, por medio del desarrollo, y la aplicación y el cumplimiento efectivo de la legislación nacional e internacional.**

**La protección de agua dulce es una de nuestras líneas estratégicas mediante la cual buscamos proteger el derecho al agua y asegurar recursos de agua dulce adecuados para las comunidades y los ecosistemas en el continente.**

**Este documento fue elaborado por Marcela Jiménez Larrarte, Natalia Jiménez Galindo y Astrid Puentes Riaño. Diciembre de 2011.**

**Para mayor información: [www.aida-americas.org](http://www.aida-americas.org)**

---

<sup>79</sup> Este párrafo aún no ha sido demandado por inconstitucional. Lo anterior lleva a considerar que debe darse aplicación a la figura de excepción de inconstitucionalidad frente al párrafo 1 del artículo 34 del Código de Minas. La excepción de constitucionalidad se conoce también con el nombre de control de constitucionalidad por vía de excepción. Este control de constitucionalidad está consagrado en el artículo 4 de la Constitución que dice: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. La excepción de inconstitucionalidad como control constitucional es aplicable oficiosamente por el juez o funcionario administrativo que esté facultado para aplicar la ley en casos concretos y particulares, a fin de inaplicarla por ser incompatible con las normas constitucionales correspondientes, en aras de defender la supremacía constitucional. De acuerdo con la Sentencia T-150 de 1996 de la Corte Constitucional Colombiana: “No se pretende a través de la excepción de inconstitucionalidad anulación de normas legales, pues de lo que se trata es de suspender sus efectos cuando frente a una situación particular la disposición desconoce un precepto constitucional, debiendo el funcionario analizar si de su aplicación se deriva una violación de los derechos fundamentales de quien la demanda, de manera que se ordene el restablecimiento de los mismos.”