PROYECTO DE LEY NÚMERO \_\_\_\_\_\_\_\_ DE 2019 SENADO

Por la cual se establece el principio de participación y publicidad previa y efectiva en el contrato de concesión minera.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1:** Adiciónese el artículo 4A a la ley 685 de 2001 “Código de minas”, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 4A. PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA.** Las actuaciones de quienes intervengan en el contrato de concesión minera se desarrollarán con arreglo a los principios de publicidad, responsabilidad, participación y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

**Artículo 2:** Adiciónese un parágrafo al artículo 16 de la ley 685 de 2001 “Código de minas”, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 16. VALIDEZ DE LA PROPUESTA**

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

**PARÁGRAFO.** En todo caso, para garantizar la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz, se le dará previo aviso de la solicitud o propuesta de concesión, al dueño del predio o potenciales afectados.

**Artículo 3:** Adiciónese un parágrafo al artículo 22 de la ley 685 de 2001 “Código de minas”, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 22. CESIÓN DE DERECHOS.**

La cesión de derechos emanados de una concesión, requerirá aviso previo y escrito a la entidad concedente. Si recibido este aviso dicha entidad no se pronuncia mediante resolución motivada en el término de cuarenta y cinco (45) días, se entenderá que no tiene reparo a la cesión y se inscribirá el documento de negociación en el Registro Minero Nacional.

Para poder ser inscrita la cesión en el Registro Minero Nacional, el cedente deberá demostrar haber cumplido todas las obligaciones emanadas del contrato de concesión.

**PARÁGRAFO** Deberá garantizarse, además, la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados.

**Artículo 4:** Modifíquese el artículo 46 de la ley 685 de 2001 “Código de minas”, el cual quedará así:

**ARTICULO 46. NORMATIVIDAD DEL CONTRATO.**

Al contrato de concesión en el marco del artículo 29 y 209 de la Constitución, 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 en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales.

**PARÁGRAFO**. En todo caso, para garantizar la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz, se le dará previo aviso de la solicitud o propuesta de concesión, al dueño del predio o potenciales afectados.

**Artículo 5:** Vigencia y derogatoria. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias

**DIDIER LOBO CHINCHILLA FRANKLIN LOZANO DE LA OSSA**

Senador de la República Representante a la Cámara

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**OBJETO DEL PROYECTO DE LEY**

El objeto de la presente ley es garantizar el principio de publicidad y participación en las decisiones que nos afectan, y en especial con el trámite contractual de minería.

Se busca que dichos principios no sean solo aplicables a las etnias, sino que sea extensivo a todos los colombianos en general y en especial es simple participación de los propietarios cuyo terreno en su subsuelo es objeto de una propuesta de contrato de concesión[[1]](#footnote-1).

**AGRADECIMIENTO**

Agradecemos la colaboración de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), por intermedio de su docente CARMEN GRACIELA FLOREZ PEÑA la colaboración prestada en la redacción de este proyecto.

**INTRODUCCIÓN**

Actualmente en nuestra legislación no existe una verdadera participación para los propietarios antes de la expedición del título minero, quedando efectivos y potenciales afectados con la futura explotación minera por fuera de las garantías brindadas por la Constitución.

La participación en este caso es un modelo de comportamiento tanto de la sociedad como del Estado, pero también un principio, derecho y deber que define el destino individual y colectivo de muchos Colombianos.

.

**ÁMBITO DE REGULACIÓN DEL CÓDIGO MINERO**

Como lo expresa la Corte Constitucional el código minero tiene por objeto una regulación general, y sistemática en relación con el aprovechamiento de los recursos mineros en Colombia, mandatos que se manifiestan en el artículo 2 del actual código minero:

***ARTÍCULO 2o. ÁMBITO MATERIAL DEL CÓDIGO.*** *El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia.*

El código es la norma rectora de la actividad minera en el país inclusive en relación con la participación[[2]](#footnote-2) de las comunidades tradicionales en dichos proyectos:

***PARÁGRAFO.*** *La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.*

A nivel de norma rectora se prescribe la **exhaustividad y prevalencia** del código de minas expresada en su artículo 3 que dice;

***ARTÍCULO 3o. REGULACIÓN COMPLETA.*** *Las reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo* [*25*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#25)*,* [*80*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#80)*, del parágrafo del artículo* [*330*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr010.html#330) *y los artículos* [*332*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#332)*,* [*334*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#334)*,* [*360*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#360) *y* [*361*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr012.html#361) *de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma* ***completa, sistemática, armónica*** *y con el sentido de especialidad y de aplicación* ***preferente****. En consecuencia, las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por este Código, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en este Código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas.*

***PARÁGRAFO.*** *En todo caso, las autoridades administrativas a las que hace referencia este Código no podrán dejar de resolver, por deficiencias en la ley, los asuntos que se les propongan en el ámbito de su competencia. En este caso, acudirán a las normas de integración del derecho y, en su defecto, a la Constitución Política.*

También el código tiene naturaleza exclusiva al establecer que las condiciones, requisitos y licencias necesarias para realizar la actividad minera estará previsto en este código y no en otras normas.

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

*De conformidad con el artículo* [*84*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#84) *de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.*

**AFECTACIÓN DIRECTA[[3]](#footnote-3) POR LA ACTIVIDAD MINERA**

A pesar de nuestras citas jurisprudenciales la mayoría de ellas relacionadas con las comunidades étnicas y por ello con el derecho de prelación y la consulta previa, el tema presente de este este proyecto de ley es la simple participación de los propietarios cuyo terreno en su subsuelo es objeto de una propuesta de contrato de concesión.

En el caso presente se trata de una simple participación en una decisión que afecta sustancialmente la propiedad sin más consecuencia que la transparencia del proceso garantizando un mayor control social de la gestión pública y el cumplimiento de un principio constitucional contemplado en los artículos 2 y 209 de la constitución política.

Sin llegar a la consulta previa y al derecho de prelación propio de las comunidades étnicas[[4]](#footnote-4), la finalidad de esta iniciativa se agota en la simple participación que se justifica tal como en el caso de la consulta previa, cuando hay afectación directa del territorio por parte de la actividad minera.

En el caso de la consulta previa se basa en la autonomía de los pueblos, el respeto por la diferencia cultural y la defensa de los territorios, situación distinta al telos de este proyecto que se refiere a garantizar a los ciudadanos propietarios una simple participación en la propuesta de concesión que recae sobre el subsuelo de su propiedad, cumpliendo con la transparencia que deben tener todos los tramites de nuestro Estado.

**NOS REFERIMOS A DOS AFECTACIONES**

En el presente caso debemos tener en cuenta que existen por lo menos dos afectaciones en que se basa la justificación de este proyecto de ley en lo referente a la simple participación de los afectados.

Una primera que tiene que ver con los impactos que toda actividad tiene en nuestro entorno, en especial la minería en relación con el agua el bosque, el aire etc, que hacen necesaria la participación de las comunidades directa e indirectamente afectadas.

En segundo lugar, porque el futuro título no es inocuo para el propietario del predio, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio y una afectación intensa en los derechos de propiedad del dueño del terreno

Es evidente que la actividad minera afecta los territorios y por eso la Corte así lo reconoce en la siguiente cita que se refiere a comunidades étnicas:

*De ese conjunto de decisiones surge entonces la conclusión de que las normas relacionadas con la minería son susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas. C-389-16*

**PARTICIPACIÓN**

La participación tiene como presupuesto el conocimiento que se garantiza con la publicidad de la gestión pública, para que lo diferentes sujetos puedan participar de la forma que permita o establezca la normatividad del caso.

La justicia participativa está contemplada en el artículo 2 de la CP, establece como fin esencial del Estado él; *de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;* igual que el artículo 40 de la misma CP, pero en especial tratándose del medio ambiente el artículo 79 de nuestra Constitución, se reconoce el derecho de todas las personas a participar en las decisiones que puedan afectarlo.

También se debe tener en cuenta el derecho a la participación en materia ambiental tal como lo ha expresado la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) en variados pronunciamientos.

La participación es un modelo de comportamiento de la sociedad y el estado, principio, derecho y deber de participación en la definición del destino individual y colectivo,*a través de este derecho se materializan los principios básicos de la democracia participativa, que aseguran la intervención del ciudadano en las decisiones que lo afectan; y se desprenden obligaciones en cabeza del Estado, tendientes a fomentar las prácticas democráticas y a hacer efectiva dicha participación[[6]](#footnote-6)*.

**COMUNIDAD EN GENERAL**

El mandato de la participación no se agota en las comunidades étnicas, sino que se extiende a todas las comunidades en general.

*“Aunque gran parte de los pronunciamientos de esta Corporación al respecto han sido proferidos con ocasión de demandas planteadas por grupos étnicos que reclaman, entre otros, el derecho a ser consultados y a que se obtenga su consentimiento en el caso de medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo susceptibles de impactar sus territorios, no por ello cabe concluir que los componentes de la justicia ambiental a los que se ha hecho alusión sólo cobran validez y resultan exigibles en relación con los grupos étnicos. En efecto, existen antecedentes jurisprudenciales, incluso previos a los primeros pronunciamientos sobre consulta de grupos étnicos, en los que la Corte amparó* ***los derechos de comunidades locales afectadas por la inequitativa distribución de cargas ambientales en sus territorios.****”[[7]](#footnote-7)*

En esta línea vale la pena mencionar la Sentencia T-348 de 2012 que amparo los derechos fundamentales a la participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana de los miembros de una asociación de pescadores de cartagena

*El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes.”*

Las comunidades que no tienen acceso al mecanismo de la consulta previa tienen derecho a participar e informarse de las decisiones que los afectan;

*En esta decisión la Corte precisó que, al lado de los derechos específicamente reconocidos a los grupos étnicos afectados por la realización de megaproyectos en sus territorios,* ***también otras poblaciones locales cuyas condiciones de subsistencia fueran amenazadas por la ejecución de este tipo de proyectos, tienen un derecho fundamental a la participación*** *y, en su caso, a la reparación equitativa por el daño sufrido, en los siguientes términos:T-294-2014*

*“…(E)l derecho a la participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente, en la medida en que sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que se verán afectadas.* ***El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informa.*** *T-348-2012*

**PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES**

La participación que estamos hoy reivindicando como principio, derecho y deber no se agota en las comunidades en general y etnias sino que debe cobijar a las autoridades de los municipios y distritos.

*Esta solución implica, en acuerdo con los artículos 14 y siguientes del Código de Minas, que* ***la Nación*** *continúe participando en dicho proceso; pero que* ***no sea el único nivel competencial*** *involucrado en la toma de una decisión de tal trascendencia para aspectos principales de la vida local, sino que* ***los municipios y distritos afectados por dicha decisión participen de una forma activa y eficaz*** *en el proceso de toma de la misma. Es decir, que la opinión de éstos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades. C-123-14*

**SIMPLE PARTICIPACIÓN**

La prescripción de comunicar a los propietarios acerca de la propuesta de concesión en principio no busca[[8]](#footnote-8) que haya oposición de la actividad dentro de dicho territorio, sino transparencia en la gestión pública derivada de la publicidad y participación en sus procesos y procedimientos en especial respeto por facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

En el caso de los indígenas y comunidades étnicas en general, portadores de derechos de prelación y consulta se hace imperiosa la comunicación[[9]](#footnote-9) siempre que la extracción minera los afecte, para el caso de los simples particulares en desarrollo del artículo 209 de la Constitución si se mira el lado activo y el 2(fines del Estado) si se tiene en cuenta el lado pasivo igual que a las comunidades étnicas se les debe comunicar, en este caso no para utilizar la prerrogativas del derecho de consulta previa ni prelación, sino porque es una decisión que afecta de manera significativa al dueño del predio y por otra parte es la manera como gestiona nuestro estado sus asuntos.

La comunicación al dueño del predio de la propuesta de concesión, en palabras de la Corte Constitucional es una simple participación[[10]](#footnote-10) que no da lugar a juicio de ponderación alguno puesto que con su ejercicio no se restringe otro derecho, razón por la cual no existe problema alguno para cumplir con este principio consagrado en el artículo 2 y 209 de nuestra constitución y que busca ser desarrollado con el presente proyecto de ley.

**PARTICIPACIÓN SÓLO DESPUÉS DE OTORGADO EL TÍTULO[[11]](#footnote-11)**

La participación[[12]](#footnote-12) en el actual ordenamiento se contempla previo el inicio de la explotación, no existe pues participación antes de la expedición del título minero, por lo que efectivos y potenciales afectados con la eventual explotación no se les entera de la solicitud ni del respectivo contrato de concesión minera.

La referida falta de participación está en contravía del preámbulo y con los artículos 1,2,79, 209 de la Constitución, pero también del artículo 13 constitucional, pues la notificación y publicidad de la solicitud de concesión sólo beneficia a las etnias discriminando a las demás comunidades y propietarios del suelo bajo el cual se encuentran el recurso minero

Es evidente que el título minero produce impactos sobre propietarios, tenedores que por no ser informados no tienen la posibilidad efectiva de participar aun cuando en su futuro próximo afronta una posible intervención e incluso expropiación, máxime cuando se considera que la actividad minera es de utilidad pública e interés social

La participación en el trámite contractual de los títulos mineros está seriamente restringida, empezando porque no es previa y como consecuencia de ello no tiene eficacia alguna, tal como lo expresa EL CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DEJUSTICIA); “el derecho a la participación en materia ambiental se garantice en debida forma, encontrando que ésta debe ser *previa a la toma de la decisión, libre, representativa, informada, activa y eficaz.”*

**CONCEPTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La corte en la sentencia 389 de 2016 echa de menos; *una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva*, pero además precisa que *debe ser previa a la concesión del título minero*, ya que esta decisión es significativa para el destino del predio y del territorio

En concepto de la Corte, la existencia de una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva, previa la concesión de un título minero es necesaria, debido a que esta decisión no es inocua, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio, el entorno y el territorio.

*“Es cierto que los trabajos exploratorios no se iniciarán con la sola entrega del título minero, pero también es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación. Así las cosas, la relevancia jurídica de la decisión y la probabilidad real de que se inicien trabajos exploratorios demuestran que esta decisión puede generar afectaciones intensas en los derechos de los dueños del predio, la comunidad y las garantías de las entidades territoriales.”*

**JUSTICIA AMBIENTAL**

En las siguientes reglas la jurisprudencia de la Corte Constitucional resalta la dimensión participativa de la justicia ambiental, reconociendo la participación de poblaciones en general (no necesariamente etnias únicamente) que reciben directamente los efectos ambientales de la actividad minera:

(i) La apertura de espacios de participación, información y concertación, y no de mera información o socialización, que impliquen el consentimiento libre e informado, en el momento de la evaluación de los impactos y del diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación, de modo tal que en ellas se incorpore el conocimiento local y la voz de los afectados (**T-348 de 2012**).

(ii) La participación en el proceso de elaboración de los censos de afectados y a todo lo largo de la realización del proyecto (**T-135 de 2013**).

(iii) El cumplimiento de los compromisos acordados en los espacios de concertación (**T-194 de 1999**).

(iv) La financiación de la asesoría que requieran las comunidades afectadas por el proyecto, a fin de que estas puedan ejercer su derecho a la participación efectiva (**T-194 de 1999**).

(v) La participación de las comunidades afectadas por daños ambientales en las actividades de monitoreo y control (**T-574 de 1996**).

**CONCEPTO[[13]](#footnote-13) DE LA AGENCIA NACIONAL MINERA (ANM)**

Traemos el concepto (transcrito por la Corte Constitucional) de la ANM en lo relacionado con el tema de este proyecto.

a. El primer cargo propuesto carece de sustento jurídico, pues el solo hecho de que al procedimiento administrativo de otorgamiento de títulos mineros no sean aplicables las normas de contratación estatal previstas en la Ley 80 de 1993 no significa que se transgredan los principios de la contratación estatal y los fines esenciales del Estado.

b. De acuerdo con la exposición de motivos y los artículos 45 y 46 de la Ley 685 de 2001, el contrato de concesión minera es sustancialmente diferente al contrato de concesión de servicio público o de obra pública previstos en la Ley 80 de 1993, lo que no significa que ello desconozca *per se* los principios constitucionales y legales de la contratación estatal. El mismo Código de Minas señala los parámetros, requisitos y procedimientos para el otorgamiento del título; el seguimiento, control y sanciones aplicables al titular.

b. Afirma que no existe violación al derecho a la participación de propietarios, tenedores, poseedores y ocupantes de predios en los que exista interés minero. Con base en la sentencia C-983 de 2010, afirma que la demanda desconoce que la codificación minera establece la figura de la servidumbre minera para garantizar que esta actividad, de utilidad pública e interés social, se desarrolle sin afectar los derechos a la propiedad privada y previendo las afectaciones que puedan causarse por el desarrollo de la actividad minera a los predios, mediante el pago de la indemnización a que haya lugar al propietario afectado con la medida.

Sostiene que *“pretender (…) que, cada vez que se presente una propuesta de contrato de concesión se tenga que notificar o informar al propietario del predio, a todas luces desnaturaliza el concepto de utilidad pública y del interés social que caracterizan la industria minera (…) así como los fines esenciales del Estado”.*

Por otra parte, cita la sentencia C-123 de 2014[[3]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-389-16.htm#_ftn3) y sostiene que las regulaciones de orden nacional que imponen límites a la facultad de los municipios de regular los usos del suelo no vulneran el principio de autonomía territorial, siempre que se actúe en el marco de los principios de coordinación y concurrencia entre las autoridades nacionales y locales, lo que garantiza a su vez la participación de los ciudadanos.

c. Añade que la actividad minera va ligada a instrumentos jurídicos y normas de contenido ambiental establecidas en el ordenamiento minero. Al respecto, señala que el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 establece las zonas excluibles de la minería, como son las zonas de especial protección previstas en convenciones internacionales y en el derecho interno. Agrega que los artículos 1, 2, 3, 13, 37, 38, 85, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 206 y 211 del Código de Minas regulan aspectos ambientales, lo que permite concluir que *“la actividad minera legal, se encuentra blindada ambientalmente por las exigencias legales contempladas en el Código de Minas, las cuales garantizan la preservación de un ambiente sano, el cumplimiento del principio de sostenibilidad y conservación del equilibrio ecológico, seguridad y salubridad públicas”.*

d. En relación con el cuarto cargo, argumenta que frente al otorgamiento de títulos que eventualmente pudiesen afectar el patrimonio ecológico por estar en áreas posiblemente excluidas de la minería, existen diversos decretos y resoluciones que prohíben que se otorguen nuevos títulos mineros en áreas que han sido declaradas de protección especial.

e. Frente al quinto cargo, señala que en virtud del artículo 5º de la Ley 685 de 2001, el Estado como titular de los recursos mineros solo otorga derechos para explorar y explotar los minerales, sin atención a la posesión o tenencia de los correspondientes terrenos.

De acuerdo con lo señalado en las sentencias C-461 de 2008, T-348 de 201 T-462A de 2014, precisa que la consecuencia jurídica inmediata del otorgamiento de una concesión minera es el derecho exclusivo de realizar unos estudios técnicos, ambientales y jurídicos para determinar la viabilidad del proyecto, entendiendo que se trata de una etapa donde no existe una afectación directa a las comunidades, elemento sustancial para que proceda la consulta previa, por lo tanto el desarrollo de la actividad de explotación minera donde se cuenta con los estudios ambientales y técnicos necesarios para fijar cómo se adelantará el proyecto minero, así como los impactos y medidas de manejo, es la etapa donde se podría causar afectaciones a los territorios de las comunidades étnicas y donde es indispensable el adelantamiento de la consulta previa.

Agrega que el Código de Minas prevé instrumentos jurídicos para proteger los derechos de los resguardos indígenas, siempre que se vaya a intervenir su territorio en actividades mineras tal y como se desprende de su artículo 124 (derecho de prelación de grupos indígenas), la Resolución 396 de 2013 de la Agencia Nacional de Minería y las directrices del Ministerio del Interior, que regulan la consulta previa cuando se adelanten actividades mineras en territorios indígenas.

**CONCEPTO DEL CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DE JUSTICIA)[[14]](#footnote-14)**

En el mismo trámite judicial del concepto anterior, tomamos apartes transcritos por la Corte Constitucional del concepto de justicia en el que interviene para solicitar la inexequibilidad de los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 de la Ley 685 de 2001. C-389-16.

En cuanto al tercer cargo, relativo al desconocimiento del derecho a la participación, manifiesta que este es uno de los principios rectores de la Constitución de 1991, que lleva implícito un **modelo de comportamiento para los ciudadanos y para el Estado**, e indica su deber de participación en la definición del destino colectivo. A través de este derecho se materializan los principios básicos de la democracia participativa, que aseguran la intervención del ciudadano en las decisiones que lo afectan; y se desprenden obligaciones en cabeza del Estado, tendientes a fomentar las prácticas democráticas y a hacer efectiva dicha participación.

Diferentes disposiciones constitucionales apuntan a la efectividad del desarrollo democrático de la sociedad, entre estas, los artículos 40 y 85 de la Carta; a su vez, la jurisprudencia constitucional (sentencia C-263 de 2010) lo ha catalogado como un derecho universal, que ha de ampliarse progresivamente y ha señalado el deber de las autoridades públicas de incentivarlo y no obstaculizarlo. Además, a partir de los artículos citados, del principio de participación ciudadana y de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (art. 288 CP), se desprende la facultad de los entes territoriales para participar en las decisiones que los afectan.

Entendiendo que el contrato de concesión minera sí genera por sí solo una **afectación al ambiente**, y que la etapa de exploración no requiere licencia ambiental, el interviniente se refiere al alcance del derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales.

Señala las principales disposiciones constitucionales, legales e instrumentos internacionales ratificados por Colombia que regulan la participación en temas ambientales, como los artículos 79 Superior y la Ley 99 de 1993, el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y el Convenio de Diversidad Biológica (Principios 1, 2 y 12, aprobado mediante Ley 165 de 1994). Hace referencia a la Convención de Aarhus de 1998 de la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas, lo que se traduce en que la participación en la toma de decisiones relacionadas con la afectación del medio ambiente es una previsión legal y un principio de rango constitucional *“que debe orientar la interpretación que se haga de todas aquellas otras disposiciones de su mismo nivel o inferior”.*

Con base en las sentencias C-535 de 1993, T-348 de 2012 y T-294 de 2014, en las que se ha abordado el tema de la participación en temas ambientales, Dejusticia efectúa un ejercicio de integración jurisprudencial para definir cuáles son los componentes necesarios para que el derecho a la participación en materia ambiental se garantice en debida forma, encontrando que ésta debe ser *previa a la toma de la decisión, libre, representativa, informada, activa y eficaz.*

*Luego, procede a analizar el procedimiento demandado, “con el fin de mostrar que éste no garantiza el derecho a la participación de quienes se ven afectados por la suscripción de contratos de concesión minera, toda vez que no prevé la obligación de notificar o comunicar previamente a quienes se verán afectados con la decisión, como el propietario del predio, la comunidad que habita la zona, las entidades locales y las entidades territoriales. Respecto a estas últimas, indica que de conformidad con la sentencia C-123 de 2014, debe garantizarse su participación activa y eficaz, junto con las entidades nacionales, para que acuerden las medidas de protección del medio ambiente, teniendo en cuenta que los entes territoriales son los constitucionalmente competentes para ordenar los usos del suelo.”*

Señala que, actualmente, la instancia de participación sólo se predica para las comunidades étnicas, dejando por fuera a todos los actores que van a verse afectados por el eventual otorgamiento de un título minero.

Sin embargo, considera también que las normas acusadas en el quinto cargo de la demanda deberían ser declaradas inconstitucionales, por desconocer sus garantías a la autodeterminación y la inalienabilidad de sus territorios, al verse obligadas a explotar los recursos minerales dentro de su territorio o a permitir que un tercero los explote.

**CONTRATOS ESTATALES**

Hay que reconocer[[15]](#footnote-15) que, en materia de títulos minero, por las reglas que gobiernan su otorgamiento, **muchas veces no se escoge al mejor sino al primero**, como también no se tiene en cuenta el principio y derecho de la participación de todos en las decisiones que nos afectan, pues no se notifica el trámite contractual a los propietarios y tenedores de los predios eventualmente afectados

**LA SELECCIÓN NO ES OBJETIVA**

A pesar de que este punto en particular no hace parte de las modificaciones que hoy se incluyen en el actual proyecto de ley, lo mencionamos por la relación que mantiene con dicho proyecto hasta el punto que sería bueno modificarlo con un futuro proyecto de ley.

El precitado procedimiento contractual no tiene en cuenta: La primacía del interés general, la planificación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, los límites del bien común en la actividad económica y la iniciativa privada

En palabras del CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DE JUSTICIA) el gobierno ha reconocido el defecto del trámite contractual de los títulos mineros, dirigido por el principio primero en el tiempo primero en el derecho: “*específicamente, en la regulación de las áreas estratégicas mineras, donde dicho principio no sería aplicable, sino que se aplicarían procesos de selección objetiva para lograr los fines relacionados con el crecimiento y desarrollo sostenible del sector y para hacer un aprovechamiento racional de los recursos naturales de la nación, donde se garantice no solo la responsabilidad técnica, ambiental y social en el desarrollo del sector minero, sino también las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentren ubicadas en estas áreas”*

Honorables Congresistas coloco a su disposición esta iniciativa, con el fin de incorporar principios Constitucionales al trámite del contrato de concesión minera y recomendaciones de nuestra jurisprudencia Constitucional, pero en especial para que se adopte la publicidad y la participación como modelo de conducta de las autoridades de nuestro Estado Colombiano.

DIDIER LOBO CHINCHILLA FRANKLIN LOZANO DE LA OSSA

Senador de la República Representante a la Cámara

1. Las comunidades que no tienen acceso al mecanismo de la consulta previa tienen derecho a participar e informarse de las decisiones que los afectan. [↑](#footnote-ref-1)
2. Parágrafo del artículo 330 de la Constitución política [↑](#footnote-ref-2)
3. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de ***afectación directa****.* [↑](#footnote-ref-3)
4. C-418 de 2002, C-030 de 2008, C-366 de 2011,C-395 de 2012 [↑](#footnote-ref-4)
5. Entre otras, las sentencias T-348 de 2012 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), donde amparo los derechos fundamentales a la participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana de los miembros de una asociación de pescadores, afectados por la construcción de una vía que les privaba del acceso a la playa en que ejercían su actividad. En la sentencia T-500 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), para fundamentar el derecho a la participación ciudadana en la declaratoria de áreas protegidas, a propósito de la decisión de una tutela en la que se solicitaba reubicar una escuela veredal localizada en una zona de alto riesgo. [↑](#footnote-ref-5)
6. CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DEJUSTICIA) [↑](#footnote-ref-6)
7. T-294-2014 [↑](#footnote-ref-7)
8. pero tampoco impediría actividades de vigilancia del proceso de contratación [↑](#footnote-ref-8)
9. Sin lugar a dudas, el principal referente para la solución del caso concreto es la sentencia C-395 de 2012[]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-389-16.htm#_ftn255) en la que se explicó que siempre que la extracción minera implique una afectación directa para los pueblos indígenas deberá ser consultada y, en los eventos previstos por la Corte, sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de los pueblos interesados.: [↑](#footnote-ref-9)
10. Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la *participación* de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la ***simple participación****,* asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; [↑](#footnote-ref-10)
11. tomado de EL CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO JUSTICIA Y SOCIEDAD (DEJUSTICIA) [↑](#footnote-ref-11)
12. *Es cierto que los trabajos exploratorios no se iniciarán con la sola entrega del título minero, pero también es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación. C-389-16* [↑](#footnote-ref-12)
13. La Agencia Nacional de Minería presentó concepto solicitando que se declare la exequibilidad de las disposiciones demandadas, contenidas en la Ley 685 de 2001, por encontrarse ajustadas a la Constitución Política, C-389-16. [↑](#footnote-ref-13)
14. apartes tomados de la Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-14)
15. Lo han expresado con anteriormente [↑](#footnote-ref-15)