Bogotá D.C., 05-08-2016

Doctor
WILFREDO ROBAYO GALVIS
Docente- Investigador
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 No. 1-17 Este Edificio A. Oficina 306
Bogotá D.C.

Asunto: Consulta sobre política nacional de derechos humanos y Empresa

En atención a su oficio radicado bajo el número 20165510221582 por medio del cual consulta asuntos relacionados con la promoción y derechos de la actividad minera en el país y derechos humanos, se procede a dar respuesta a sus inquietudes en el orden en que fueron planteadas.

1. *"¿Cómo describiría el papel del Código Minero en la promoción de la actividad en el país? ¿cuál ha sido el papel de los procedimientos administrativos para la promoción de la actividad minera en el país? ¿Existen mecanismos de evaluación, fiscalización, monitoreo de la actividad, aprobación de estudios de impacto ambiental o sanción?¿cuál es la línea jurisprudencial al respecto?.*

- La legislación en materia minera y la promoción de la actividad en el país

Sea lo primero mencionar que la Constitución Política de Colombia determina que es el Estado el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, de tal manera que son inalienables e imprescriptibles, siendo el Código de Minas –Ley 685 de 2001- la norma que 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.

En relación con lo anterior, son objetivos del Código Minero fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros; estimular el desarrollo de estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de demanda interna y externa y que su aprovechamiento se realice de forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos

naturales no renovables y del ambiente, dentro del concepto de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país, previendo así ciertas modalidades para llevar a cabo la explotación de los recursos mineros.

En ese sentido, por regla general el derecho a explorar y explotar los recursos mineros de propiedad estatal, se da a través de un título minero el cual a partir de la vigencia de dicho Código, será el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional, dejando a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir el mismo. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia de dicho estatuto.

El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado, permiten a sus beneficiarios establecer de forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada la existencia de minerales, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con servidumbres para el ejercicio eficiente de esas actividades.

De otra parte, mediante la figura de las reservas especiales, establecida en la Ley 685 de 2001, se faculta al Gobierno Nacional para que por motivos de orden social o económico, de oficio o por solicitud expresa de la comunidad minera, delimite zonas del territorio en la cuales haya comunidades tradicionales explotando minerales con el fin de adelantar estudios geológico-mineros y desarrollar proyectos mineros estratégicos para el país.

En este punto, resulta pertinente mencionar que el Gobierno Nacional con el fin de promover la minería mediante las Leyes 1450 de 2011 y 1753 de 2015 estableció la figura de las Áreas Estratégicas Mineras (artículos 108 y 20 respectivamente), en las cuales para la explotación de minerales estratégicos no se permitirían propuestas ordinarias de contratos de concesión, sino mediante procesos de selección objetiva, cuyos términos de referencia serían elaborados por la autoridad minera y se establecerían contraprestaciones económicas mínimas distintas de las regalías, que los interesados deberían ofrecer.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-035 de 2016 declaró exequible el mencionado artículo 108 de la Ley 1450 de 2011en el entendido que respecto de las áreas de reserva minera definidas con anterioridad a la notificación de la referida sentencia, la autoridad competente debería concertar con las autoridades locales de los municipios donde están ubicadas, con

anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera, y que en cualquier caso, la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía deberían garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los planes de ordenamiento territorial respectivo, y, respecto del artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, además de lo anterior declaró la exequibilidad, bajo el entendido que para definir las áreas de reserva minera la autoridad competente debería concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

No obstante lo anterior, la misma Alta Corporación resolvió mediante Sentencia T-766 de 2015, dejar sin efectos las Resoluciones N. °180241, 0045 de 2012 y la Resolución N. °429 de 2013, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería respectivamente, por medio de las cuales se delimitaron y declararon áreas estratégicas mineras en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guájira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Vallé del Cauca, Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada, por haber omitido el trámite de la consulta previa con las comunidades étnicas que se encuentran en las áreas delimitadas.

De otro lado el Código de Minas, establece como obligación para todo explorador o explotador minero que realice su actividad sin desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades étnicas y concede a las comunidades indígenas y negras el derecho de prelación para el desarrollo de actividades mineras en sus territorios, estableciendo áreas de reserva especial y zonas mineras de comunidades indígenas[1] y negras[2].

En ese orden de ideas, el Código de Minas propende por la promoción y fomento de la actividad minera en el marco del desarrollo sostenible y el respeto por las comunidades tradicionales y étnicas[3].

De esta manera en desarrollo de los contenidos legales del Código de Minas las actuaciones administrativas se encaminan al fomento de la actividad formal minera.

[1] Artículo 122 Código de Minas.
[2] Artículo 131 Código de Minas.
[3] Artículo 121 Código de Minas.

-La fiscalización minera

En los términos del artículo 318 del Código de Minas, corresponde a la autoridad minera directamente o por medio de los auditores que autorice o de quien delegue, ejercer la fiscalización y vigilancia de la forma y condiciones como se ejecuta el contrato de concesión tanto en sus aspectos técnicos como operativos y ambientales, sin perjuicio, respecto de estos últimos, de los que las autoridades ambientales ejerzan de conformidad con sus competencias.

Las labores de fiscalización integral comprenden una revisión documental de los expedientes de cada título y una visita de campo, en las que se revisan aspectos técnicos, jurídicos, económicos, ambientales y de seguridad e higiene minera[4].

El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras, entre otras causales, dará lugar a la caducidad del contrato de concesión minera, como lo prevé el artículo 112 de la Ley 685 de 2001, sin perjuicio de las demás sanciones legales y administrativas que competan a las autoridades ambientales, en el marco de sus competencias.

-Estudio de Impacto Ambiental

Respecto de los estudios de impacto ambiental, sea lo primero establecer que su presentación corresponde al interesado y la aprobación del mismo compete a las autoridades ambientales. Ahora bien, el artículo 85 de la Ley 685 de 2001 establece que simultáneamente con el Programa de Trabajos y Obras el concesionario debe presentar dicho estudio, y determina la necesidad de la aprobación expresa de éste y haber obtenido la respectiva licencia ambiental, como requisito *sine qua non* para iniciar las labores de explotación minera. Correspondiéndole además presentar dentro del Programa de Trabajos y Obras, el plan de recuperación geomorfológica, paisajística y forestal del ecosistema, so pena de las sanciones administrativas que le pueden imponer la autoridad minera y la ambiental en el marco de sus competencias.

-Jurisprudencia

[4] Agencia Nacional de Minería "Abece fiscalización" 2012.

Respecto de la línea jurisprudencial en materia de promoción de la actividad minera se resalta que la Corte Constitucional ha sido garantista de los derechos de las minorías étnicas, así como de la autonomía de las entidades territoriales y de la protección al medio ambiente como se puede ver en las Sentencias C- 418 de 2002[5], C-035 de 2016[6], C-123 de 2014[7] y C-273 de 2016[8], C-389 de 2016[9] de tal manera que el desarrollo de las actividades extractivas se haga de manera

[5] Demanda de Constitucionalidad parcial del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, Declara exequible la norma bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá hacer la respectiva consulta previa. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[6] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; y contra los artículos 20, 49, 50 (parcial), 51, 52 (parcial) y el parágrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Sobre Áreas Mineras Estratégicas declaro la exequibilidad condicionada en el entendido de que i) en relación con las áreas de reserva minera definidas con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, la autoridad competente deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde están ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera, y ii) en cualquier caso, la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los planes de ordenamiento territorial respectivos. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[7] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la ley 685 de 2001 y del artículo 2º (parcial) del decreto 0934 de 2013. Declara exequible bajo el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política. M.P Alberto Rojas Rios.

[8] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, "*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.*" Declara inexequible la norma considerando que la asignación de funciones debe hacerse mediante una ley orgánica y no una ley ordinaria. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[9] Demanda los artículos 16,53, 122, 124, 128,133 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279 y 570 del Código de Minas. Declara exequibles las normas demandadas y condiciona unas disposiciones bajo el entendido de que la autoridad minera verifique mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados. Así mismo, condicionó la exequibilidad de la declaración de Zonas Mieras Indígenas y Zonas Mineras de Comunidades Negras en el entendido de que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios. M.P. María Victoria Calle Correa.

concertada con los municipios, respetando los usos del suelo permitidos por los municipios en sus planes de ordenamiento territorial; además que se garantice el derecho de las comunidades étnicas a la participación la consulta previa y el conocimiento previo e informado de las actividades que se vayan a realizar en su territorio y que los puedan afectar, y prohibiendo las actividades mineras en áreas delimitadas como páramo.

2. *"¿Existe alguna institución estatal que se encargue de adoptar y/o implementar políticas en materia de derechos humanos y empresas, especialmente en el ámbito de la cadena productiva minera? Indique su ubicación en el aparato estatal, la descripción de sus competencias, características y marco normativo aplicable."*

Frente a su inquietud, esta Oficina Asesora tiene conocimiento que mediante el Decreto 1649 de 2014, el Gobierno Nacional modificó la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia y creó la Consejería Presidencial para los derechos humanos, la cual pertenece al Despacho del Ministro Consejero para el Post-Conflicto, Derechos Humanos y Seguridad.

La Consejería Presidencial para los Derechos Humanos trabaja, desde el Gobierno Nacional, en la elaboración y coordinación de las políticas públicas entorno a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (DIH), coordina e impulsa las acciones dirigidas a la promoción, protección y defensa de los derechos humanos, con las diferentes entidades gubernamentales que tienen competencia en la materia y entre otras funciones impulsa y hace seguimiento a la implementación de los lineamientos para una política de derechos humanos y empresa, igual que las otras líneas de acción que se desprendan del Sistema Nacional de Derechos Humanos.

A través de la mencionada Consejería Presidencial se busca mejorar los niveles de respeto, protección y garantía de los derechos humanos y la aplicación del DIH y contribuir a que el Estado en su conjunto desarrolle una política integral de promoción y respeto a los derechos humanos.

Así mismo las acciones de la Consejería Presidencial de Derechos Humanos y DIH se centran en velar por la garantía y goce efectivo de los derechos humanos de toda la población, la lucha contra la impunidad, la consolidación del Sistema Nacional de Derechos Humanos y DIH, la promoción de una cultura en derechos humanos y el fortalecimiento, tanto de las relaciones

con las organizaciones de la sociedad civil, como de los vínculos de cooperación con los organismos internacionales[10].

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de requerir información detallada y particular sobre los planes, programas y políticas impulsadas por esa entidad estatal se sugiere que se solicite directamente a esa Consejería.

3. *"¿Cuáles son las directrices y procedimiento de los gobiernos nacionales y locales en materia de derechos de la actividad minera? Considere que ello incluye la concesión, exploración y explotación, y describa el proceso de otorgamiento de cada uno."*

Como se anotó en la respuesta a la pregunta No. 1 de su consulta las directrices y procedimiento para el ejercicio de la actividad minera, están establecidos en la Ley 685 de 2001, destacando que las reglas y principios consagrados en el Código de Minas desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 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.

Aunado a lo anterior a través del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía 1073 de 2015, se establecieron las disposiciones atientes al Sector Minero a partir del Título V.

El procedimiento para la presentación de la propuesta de contrato de concesión está establecido en la subsección 4.1 sección 4 del Título V, sobre aspectos procedimentales (requisitos) del Decreto 1073 de 2015 y título séptimo, capítulo XXV de la Ley 685 de 2001.

Una vez celebrado el contrato de concesión minera entre el Estado y un particular para efectuar por cuenta y riesgo de este ultimo los estudios, trabajos y obras de exploración y explotación de minerales, en los términos y condiciones previstos en la ley, surge para el beneficiario, el derecho de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.

En ese sentido, el contrato de concesión minera comprende las fases de exploración técnica,

[10] Artículo 26 del Decreto 1649 de 2014

construcción y montaje, explotación económica, beneficio de los minerales y cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.

Así las cosas, en la fase de exploración el concesionario realiza los estudios, trabajos y obras necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras, como lo establece el artículo 78 del Código de Minas.

Terminado definitivamente el período de exploración, se iniciará el período para la construcción e instalación de la infraestructura y de montaje necesarios para las labores de explotación.

Por su parte en la fase de explotación se realizan las operaciones que tienen por objeto la extracción o captación de los minerales yacentes en el suelo o subsuelo del área de la concesión.

Así las cosas, y frente a la acotación hecha por usted referente a "(...) *derechos de la actividad minera? Considere que ello incluye la concesión, exploración y explotación, y describa el proceso de otorgamiento de cada uno.",* cabe aclarar, que es el contrato de concesión a través del cual se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, siendo la exploración y la explotación, fases o periodos de dicho contrato de concesión, por lo que no es dable asumir que hay un proceso de otorgamiento para cada uno de ellos, conforme a lo explicado en precedencia.

4. *"¿Cuáles son los casos o experiencias emblemáticas de actuación jurisdiccional en materia de derechos humanos y empresas transnacionales y nacionales de actividad minera?"*

En la Agencia Nacional de Minería se conoce como un caso emblemático el concerniente a la protección de los derechos humanos respecto de la comunidad del Resguardo indígena del Rio Alto Andágueda por el desplazamiento forzado y el otorgamiento de concesiones mineras que se superponen con el área del mencionado resguardo, además del escalonamiento de la minería ilegal que también afectaba a la comunidad indígena.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante providencia del 23 de septiembre de 2014 amparó y restableció los derechos territoriales del pueblo Embera Katío del Resguardo Indígena del Alto Andágueda, con el fin de posibilitar el retorno como consecuencia del despojo, abandono y confinamiento a que fue sometido por el conflicto armado y sus factores vinculados y subyacentes.

Así mismo, ordenó la suspensión del estudio y trámite de solicitudes de títulos mineros de terceros ajenos a la comunidad indígena que se traslapen con el resguardo, así como los contratos de concesión suscritos hasta tanto, se realice la consulta previa, libre e informada a la comunidad indígena[11].

5. *"¿Qué casos de violaciones de derechos humanos relacionados a la cadena minera han sido objeto de denuncia a nivel internacional?"*
6. *"¿Qué casos han sido objeto de acciones judiciales en el Estado de nacionalidad de la empresa matriz?*

Sobre estas dos inquietudes, consultada la base de datos de procesos judiciales de la Agencia Nacional de Minería no se han encontrado hasta la fecha denuncias sobre violaciones a los derechos humanos en el marco de la cadena productiva minera ante la Comisión de Derechos Humanos o cualquier otra instancia jurisdiccional transnacional, en las cuales haya hecho parte la Agencia Nacional de Minería o haya sido llamada como interviniente.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta en los términos de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

AURA ISABEL GONZÁLEZ TIGA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: 0
Copia: No aplica.
Elaboró: Mónica María Muñoz B. - Contratista
Revisó: Adriana Motta- Contratista
Fecha de elaboración: 27/07/2016.
Número de radicado que responde: 20165510221582
Tipo de respuesta: Total.
Archivado en: Conceptos.

[11] Ver Sentencia N. 007 del 23 de septiembre de 2014. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras.