

LISTADO DE TEMAS CRÍTICOS
MINERÍA EN PÁRAMOS U OTRAS ÁREAS DE IMPORTANCIA ECOLÓGICA
(ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE MINAS - COLOMBIA)
2010

Silencio administrativo positivo

Figura según la cual el silencio de la administración para pronunciarse sobre una petición en un término de tiempo determinado se entiende como una decisión positiva o favorable de la misma a las pretensiones de la petición o trámite respectivo.

Esta es una figura que aunque en materia ambiental ha sido declarada inconstitucional en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, el legislador suele reincidir en su regulación.

En el caso del proyecto de ley modificatorio del Código de Minas, la figura aparece prevista para el trámite de concesión ante la autoridad minera en el caso de “autorizaciones temporales” para la extracción de material de construcción en cierto tipo de proyectos. La norma señala que lo anterior operará sin perjuicio de las normas ambientales, pero no regula expresamente la exigencia de licencia ambiental. Lo anterior no representa una redacción ni una garantía muy clara para el rigor que debe poseer la evaluación de la administración (minera y ambiental) en estos procedimientos.

Se considera que se debe comenzar a debatir y a alegar la inconstitucionalidad de la figura del silencio positivo no sólo en materia ambiental sino en todos aquellos trámites tendientes a la consecución de autorizaciones y a la definición de términos y obligaciones para el desarrollo de actividades de alto impacto o impacto considerable, pues el silencio positivo desvirtúa el sentido de la existencia de los procedimientos regulados, exime a la administración de una tarea que no puede ser obviada, y en lugar de sancionar la morosidad administrativa con los instrumentos y figuras ya existentes en el ordenamiento (vg. sanciones disciplinarias) termina “sancionándose” al ambiente y a otros bienes o intereses públicos.

Falta de articulación y sincronía de procedimientos para autorizaciones minera y ambiental

En el caso colombiano existen dos procedimientos que deben surtir para el desarrollo de proyectos mineros: uno para la obtención del título o concesión ante la autoridad minera y otro para la obtención de licencia ambiental ante la autoridad ambiental.

La obtención de licencia ambiental es requisito previo para el goce de los derechos derivados de la concesión minera o de otro tipo de autorizaciones expedidas por otras autoridades, sin embargo, mientras la concesión cubre la totalidad de las etapas o fases de un proyecto minero, la licencia ambiental sólo es exigible para la explotación y fases subsiguientes, es decir, no es exigible para la fase de exploración. Lo anterior determina que los proyectos inicien actividades de prospección y exploración aún en áreas en principio excluidas de la minería, amparados en la concesión minera (y en las sustracciones de las áreas protegidas, en estos últimos casos), y aunque la licencia puede llegar a ser negada, ya han operado intervenciones irreversibles, daños ambientales e inversiones por parte del interesado.

El trámite de la concesión unos requisitos de evaluación de aspectos ambientales por parte de la autoridad minera que no están articulados al proceso de evaluación de la autoridad ambiental.

Todo lo anterior resulta en el desarrollo de procedimientos desarticulados, en donde en cierta forma, la concesión minera determina, conduce u “obliga” al otorgamiento de la licencia ambiental. De hecho, el Código de Minas vigente condiciona la negación de la licencia al incumplimiento de requisitos de forma, limitando la discrecionalidad de la autoridad ambiental.

Limitaciones a los alcances de las facultades de ordenamiento territorial y de protección ambiental de los niveles regionales y locales

En el ordenamiento jurídico colombiano el esquema u organización de competencias administrativas en materia de protección ambiental es de tipo concurrente entre los niveles nacional, regional y local, pudiendo los niveles inferiores impartir medidas de protección siempre que sean más estrictas que las existentes en niveles superiores, e igualmente, el nivel nacional puede intervenir y tomar medidas cuando el interés subyacente trascienda los intereses locales y/o regionales.

En materia de ordenamiento territorial opera un esquema similar pero en éste, los municipios y distritos (nivel local) tienen la potestad primaria del ordenamiento de su territorio.

Pese a lo anterior, en el Código de Minas se limita arbitrariamente el núcleo esencial de la autonomía local en materia de ordenamiento y la posibilidad de protección ambiental (vg. exclusión de áreas de la minería) de ciertas áreas o zonas de su territorio, pues aquél debe plegarse a las determinantes que se definan por la autoridad nacional minera.

Igualmente, en materia de declaración de áreas protegidas en zonas de interés minero, sólo se contempla la posibilidad de declaración de áreas de categorías regionales y nacionales como posibles áreas susceptibles de ser excluidas de la minería.

Se considera que las facultades constitucionales de ordenamiento del territorio por parte de los municipios no pueden ser vaciadas de contenido y de posibilidad de expresión con carácter absoluto por el legislador.

Debilidad de garantías jurídicas de protección de las áreas de exclusión o áreas protegidas (incluye tema de sustracciones)

Pese a que el Código de Minas, así como el proyecto de ley modificatorio, contemplan unas áreas de exclusión de la actividad minera, dicha exclusión se encuentra debilitada al regular, sin salvaguardas especiales, la figura de la sustracción de estas áreas.

Prevalencia de derechos adquiridos sobre el interés general

Frente a la posible declaratoria de áreas protegidas o de exclusión de la actividad minera, y frente a otro tipo de situaciones, el Código de Minas privilegia los derechos adquiridos por particulares en materia de explotación minera.

Lo anterior se considera inconstitucional porque el interés particular debe ceder ante el interés público o general y porque coarta las facultades de la administración de intervenir en actividades que en su desenvolvimiento resulten violatorias de intereses o bienes jurídicos superiores.

El incentivo a la minería a costa de coartar la posibilidad de monitoreo e intervención de las autoridades

El incentivo a la actividad minera y la facilitación y flexibilización de los procedimientos no puede hacerse a costa de eliminar o coartar requisitos sustanciales y/o las facultades de la administración previas o posteriores a la obtención de las autorizaciones respectivas.

El Código Minero y el proyecto de ley modificatorio cuentan con diversas disposiciones que coartan facultades de la administración no sólo en la fase de evaluación sino también en fases posteriores de seguimiento y monitoreo (vg. restringiendo la posibilidad de exigencia de requisitos adicionales, o la posibilidad de revocatoria de autorizaciones, etc.).

Se considera que el incentivo a la minería no puede hacerse limitando arbitrariamente la posibilidad de intervención de las autoridades en el desarrollo de las actividades mineras, pues ello implica una cesión de soberanía y una limitación injustificada del poder de policía que en materia ambiental debe ser especialmente favorecido por el legislador, dada la especial naturaleza de las amenazas y daños ambientales, que requieren de la posibilidad de intervención inmediata y preventiva de la administración.

Sobrepeso de lo minero por sobre otros sectores e intereses públicos

Relacionado y transversal a todos los puntos anteriores está el hecho que en la regulación de la actividad minera se evidencia un sobrepeso, prevalencia o favorecimiento especial a la minería por sobre otras actividades sectoriales e intereses públicos.

Se considera que el legislador no debe tomar posición a priori y con carácter general y absoluto sobre ningún interés público. Debe dejar que los operadores jurídicos efectúen un ejercicio de ponderación en cada caso concreto de los intereses en conflicto y tomen decisiones que respeten los principios y valores constitucionales y sean razonables y no arbitrarias.

Dicho sobrepeso se evidencia no sólo en los temas críticos ya identificados sino en la regulación de las competencias de la autoridad minera versus la autoridad ambiental, en donde a la primera se le asignan funciones que implican injerencia de naturaleza administrativa ambiental pero no ocurre lo mismo, o con igual medida, frente a la posibilidad de intervención de las autoridades ambientales en competencias típicamente mineras, en incluso en asuntos que son de su resorte.