

9 | 2017

Alternative Pathways to Sustainable Development

**Hacia regímenes para la gestión sostenible de los
recursos minerales. Reformas constitucionales,
derecho y jurisprudencia en América Latina**

Ana Elizabeth Bastida y Luis Bustos



Edición electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/poldev/2515>
DOI: 10.4000/poldev.2515
ISBN: 978-2-940600-02-01
ISSN: 1663-9391

Editor

Institut de hautes études internationales et du développement

Este documento es traído a usted por Université de Genève / Graduate Institute / Bibliothèque de Genève



Referencia electrónica

Ana Elizabeth Bastida y Luis Bustos, « Hacia regímenes para la gestión sostenible de los recursos minerales. Reformas constitucionales, derecho y jurisprudencia en América Latina », *International Development Policy | Revue internationale de politique de développement* [En línea], 9 | 2017, Publicado el 03 marzo 2018, consultado el 05 noviembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/poldev/2515> ; DOI : 10.4000/poldev.2515

Este documento fue generado automáticamente el 5 noviembre 2019.

Creative Commons Attribution-NonCommercial 3.0 Unported License.

Hacia regímenes para la gestión sostenible de los recursos minerales. Reformas constitucionales, derecho y jurisprudencia en América Latina

Ana Elizabeth Bastida y Luis Bustos

1. Introducción

- 1 Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en setiembre de 2015, establecieron la dirección de la nueva agenda global de desarrollo para 2030 y promovieron el avance hacia el “logr[o] [de] la gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos naturales” (ONU, 2015, ODS 12.2). La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 estableció el principio que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible e hizo un llamado a la participación pública en los procesos de toma de decisiones (ONU, 1992). El desarrollo sostenible entraña obligaciones, límites y procesos en el aprovechamiento de los recursos naturales para la ponderación de criterios e intereses ambientales, sociales y económicos divergentes en la toma de decisiones acerca de actividades económicas, expandiendo la dinámica histórica de los procesos en estas industrias (y de los modelos tradicionales de legislación sectorial) focalizados en la extracción. Esto comprende una expansión de la dinámica histórica de los procesos decisarios en las industrias (y desafíos a los modelos tradicionales de la legislación sectorial) que están centradas en la extracción. La ponderación de distintos criterios supone no solo aplicar herramientas de gestión y planificación, sino también crear espacios para la participación y el diálogo entre los distintos actores e instituciones.
- 2 La cuestión del papel y el dominio del Estado sobre los recursos naturales y el establecimiento de los principales criterios para su uso y explotación han desempeñado

un rol preponderante en la importante ola de reformas constitucionales que ha tenido lugar en América Latina desde la década de los 90 —en la que se conoce el aporte decisivo de los recursos naturales a las economías de muchos países que integran la región—. Generalmente, los aspectos relativos a la titularidad de los recursos naturales y al rol del Estado están insertos en el capítulo de la Constitución que aborda la organización económica del Estado, y expresa visiones económicas y políticas más amplias. Uno de los ejes más importantes de las reformas constitucionales y legislativas de la década de los 90 en la mayoría de los países latinoamericanos estuvo dirigido a sentar las bases para el funcionamiento de economías de mercado y la apertura de sus regímenes a la inversión internacional. Pero ese no fue el único eje de las reformas constitucionales de ese tiempo. El otro consistió en el afianzamiento de las bases de un Estado de derecho y la ampliación de las cartas constitucionales de derechos y garantías, en el contexto político de apertura democrática. Se reconocieron el derecho a un ambiente sano y los derechos de los pueblos indígenas (mucho países latinoamericanos ratificaron el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes durante este período), consagrando al desarrollo sostenible como principio rector para la gestión de los recursos naturales. Al mismo tiempo, se profundizaron los procesos de descentralización, mediante la transferencia de funciones del gobierno central hacia las unidades políticas subnacionales (Yupari, 2005). Estas tendencias son coherentes con las organizaciones intergubernamentales, y en algunos casos han sido impulsadas por ellas, particularmente el Banco Mundial, en el contexto de los programas de reforma para la consolidación del Estado de derecho.

- 3 En años recientes, varios países -impulsados en parte por el *boom* económico que se dio en la región debido a la demanda sin precedentes de materias primas por parte de China y otros países en vías de industrialización- han experimentado con políticas más heterodoxas, en las que el Estado desempeña un mayor papel en la economía. En algunos casos, y particularmente en Bolivia y en Ecuador, los cambios trascienden la esfera económica y adquieren características refundacionales, que se expresan en reformas constitucionales. En efecto, las Constituciones de Bolivia y Ecuador han alineado sus estructuras y las funciones del Estado con el “vivir bien” / “buen vivir”. Este concepto tiene sus raíces en la identidad pluricultural de estos países, y establece un vínculo estrecho entre el hombre y la naturaleza (Vanhulst y Beling, 2014; Villalba, 2013). Aunque se ha considerado que estos procesos son formas alternativas de desarrollo -al ser críticos de la visión eurocéntrica de desarrollo (Acosta, 2010; Escobar, 2015)-, tanto las Constituciones como la legislación sectorial incorporan el concepto de desarrollo sostenible de los recursos naturales y el término más limitado de “aprovechamiento sostenible” como calificador de la extracción de recursos no renovables.
- 4 Las legislaciones mineras en la región tienen una profunda raigambre histórica. Un rasgo común es que el Estado ejerce el dominio sobre los recursos minerales en el subsuelo y otorga derechos de exploración y explotación mediante el llamado “sistema de concesiones”. La minería ha sido tradicionalmente considerada una actividad de utilidad pública o de interés público -un principio basado ya sea en el aseguramiento de la oferta de minerales en la medida en que son usados como insumos básicos para la economía, o en el supuesto de que la minería puede contribuir al desarrollo-. La declaración de la minería como utilidad pública expresa el privilegio de la propiedad minera sobre la superficial, al facultar al titular de derechos mineros a requerir la

expropiación o la constitución de servidumbres. En este sentido, la legislación minera establece un uso preferencial del suelo y un modelo de gestión territorial orientada a promover y facilitar las actividades mineras.

- 5 La cuestión es determinar en qué medida las legislaciones sectoriales -alineadas con múltiples regímenes jurídicos y regulatorios y principios constitucionales- sientan las bases para la gestión sostenible de los recursos minerales y para la promoción del papel que la minería puede desempeñar para contribuir con los objetivos de desarrollo sostenible.
- 6 En primera instancia, el propósito de este estudio es examinar dos enfoques distintos de la legislación sectorial, teniendo en cuenta la diferenciación trazada por la línea editorial de este número temático, que se centra en la naturaleza ortodoxa o heterodoxa de las estrategias adoptadas por los países de la región en los últimos años. En segunda instancia, se busca analizar los desarrollos legislativos y jurisprudenciales, explorando el alcance y los criterios empleados para alinear la legislación sectorial y los principios constitucionales. El presente análisis se centra en Colombia, plantea una serie de interrogantes respecto de Bolivia y comenta aspectos pertinentes para la región. Por un lado, Colombia ejemplifica el modelo de gestión económica basado en políticas de mercado. Por el otro, varias cuestiones relativas al desarrollo sostenible en la minería han sido objeto de interpretación por la Corte Constitucional -incluido el propósito final de las rentas generadas por los recursos naturales no renovables, la prohibición de actividades mineras en áreas ecológicamente sensibles, y la variedad de actores que participan en el proceso de toma de decisiones-. La Corte es reconocida en la región por su interpretación armoniosa de las cláusulas económicas y de la carta de derechos y garantías consagradas en la Constitución de 1991 respecto a la exigibilidad de derechos sociales y ambientales (Uprimny Yepes, 2006; ver también Couso, 2006). En el caso de Bolivia, este país ha adoptado un sistema mixto de gestión económica y también ha instituido enfoques heterodoxos respecto de la noción liberal de democracia, participación y gobernanza (Wolff, 2013).
- 7 En última instancia, el objetivo es explorar la dirección evolutiva de la legislación en esta área, desde regímenes sectoriales que promueven la extracción hacia marcos normativos más amplios que apoyan la gestión sostenible de los recursos naturales, y su contribución a los objetivos de desarrollo sostenible. Asimismo, se busca delinear modelos de gestión de los recursos naturales de manera contextualizada, así como señalar la enorme complejidad y los desafíos que entrañan el ordenamiento y la regulación efectiva del desarrollo sostenible de los recursos minerales en la región (ONU, 2015, ODS 12.2). El presente análisis pretende contribuir al debate y al trabajo de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) respecto a una reciente iniciativa regional sobre Gobernanza de Recursos Naturales en América Latina, lanzada en respuesta al primer informe sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 2016 (CEPAL, 2016).
- 8 Respecto a la estructura y a algunas de las bases conceptuales de este capítulo, la siguiente sección describe algunos de los rasgos estructurales de los sistemas utilizados para otorgar derechos sobre los recursos minerales en la región y brinda una perspectiva dinámica sobre su evolución en distintos contextos políticos y económicos. Esto también sirve como base para describir regímenes sectoriales en los países analizados. A continuación, se examina el concepto de desarrollo sostenible y su aplicación en la minería según los documentos y resoluciones de las Naciones Unidas, y

se señala la literatura sobre el papel que desempeña el derecho en el desarrollo sostenible (por limitaciones de espacio, no se adentrará en la literatura crítica acerca de la noción de desarrollo y desarrollo sostenible).

- 9 Como herramienta para analizar la frecuente fragmentación de los regímenes aplicables a asuntos económicos, ambientales y otros relacionados con la gestión sostenible de los recursos naturales, resultan valiosas las reflexiones del destacado jurista Raúl Brañes, quien vislumbró la necesidad de armonizar los “subsistemas jurídicos paralelos” que existen en América Latina en términos de gestión económica y ambiental, con el propósito de lograr el objetivo compartido del desarrollo sostenible. El autor mencionado sostiene que uno de los factores que ha contribuido a los problemas de aplicación y a la ineficiencia del derecho ambiental en la región ha sido “la falta de presencia de la idea del desarrollo sostenible en el sistema jurídico en general y, especialmente, en la legislación económica” (Brañes, ca. 2004). No se intenta aquí entrar en un análisis detallado de los marcos normativos o indagar sobre las consecuencias que esta falta de armonización genera dentro de las distintas ramas de la legislación. Más bien, se explora una primera aproximación a la presencia del desarrollo sostenible en la legislación sectorial. Estas reflexiones proporcionan un punto de partida útil para el análisis retrospectivo de la evolución de la integración de distintas dimensiones del desarrollo sostenible en aquellos regímenes que se aplican a las actividades mineras.
- 10 Al final del análisis de cada país, las reflexiones se anclan en algunas líneas de la literatura para avanzar en la comprensión del contexto y los límites del marco jurídico. Por último, si el foco de la legislación minera ha estado tradicionalmente puesto sobre el ejercicio de los *derechos* que emanan de la soberanía territorial y en el vínculo entre el Estado y el minero (inversor), el desarrollo sostenible -como objetivo último y como condición para la explotación de recursos- echa luz sobre los *deberes* del Estado en la gestión de dichos recursos y en la ampliación de la constelación de actores y de niveles jurisdiccionales involucrados. En este sentido, al final del artículo se sitúan las reflexiones como una faceta de derecho interno, en el contexto de la literatura internacional y los debates en torno al ejercicio de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales.

2. Perspectivas estructurales y dinámicas en la legislación sectorial sobre minería en América Latina¹

- 11 Conforme al sistema predominante, los países de América Latina atribuyen al Estado el dominio de los recursos minerales en el subsuelo. La doctrina usualmente distingue, con distintos matices, dos sistemas de otorgamiento de derechos de explotación para extraer recursos minerales. Por un lado, un sistema de “concesión legal” o “concesión-propiedad”, heredado de las viejas Ordenanzas que rigieron en los virreinatos al momento de las declaraciones de independencia de varios de los países de la región (como las Ordenanzas de Nueva España-Méjico de 1783², que tuvieron vigencia hasta la entrada en vigor de los primeros códigos de los nuevos países)³. Según este sistema, la concesión se otorga al descubridor (en códigos recientes, este es el “primer peticionante”) de acuerdo a criterios objetivos y procedimientos no discretionales y por un tiempo indefinido, siempre que cumpla las condiciones para su otorgamiento y conservación. Por otro lado, el sistema de “concesión-contrato” (influido por leyes

mineras europeas, particularmente la Ley de Minas de Francia de 1810, que también sirvieron como fuentes materiales en la redacción de la primera generación de legislaciones sectoriales en los países independientes del continente), en virtud del cual la concesión se otorga al solicitante *intuitu personae*, siempre y cuando cumpla con las condiciones requeridas (que puede incluir estándares relativos a su capacidad técnica, económica y financiera), y que luego se formaliza en un contrato. Aparte de los sistemas de concesión, el Estado puede optar por la contratación directa a través de contratos de asociación, contratos de servicios o contratos de riesgo compartido.

- 12 Desde una perspectiva dinámica, y dado el papel que desempeña la minería en la organización económica de muchos de los países de la región, los regímenes jurídicos y regulatorios adoptados en el sector pueden interpretarse a través de las visiones acerca del papel del Estado y de la inversión extranjera en la economía, y en los contextos político-económicos o modelos de desarrollo predominantes (Bastida, 2008). Los escenarios cambiantes en el plano internacional en materia de precios y demanda de minerales también han tenido impacto en la formulación de las estrategias en el sector, tomando en consideración que América Latina ha seguido históricamente un patrón de exportación de materias primas. En los años 60 y 70, en el marco conceptual de la teoría de la dependencia, la mayoría de los países de América Latina implementaron políticas mediante las cuales el Estado tomó un papel protagónico y assertivo en el ejercicio de su soberanía económica con relación a la explotación de sus recursos naturales, en el contexto de alza de los precios de las materias primas. Prevalecía la idea de que la minería podía aportar los recursos financieros necesarios para el desarrollo y así volverse un “trampolín hacia la industrialización”. Las medidas iniciales empleadas para asegurar la transferencia gradual de acciones de empresas con capital transnacional fueron seguidas por nacionalizaciones cabales (como en el caso de los yacimientos de Chuquicamata y El Teniente en Chile). Se crearon empresas estatales para administrar estos recursos (Codelco en Chile, COMIBOL en Bolivia y la Empresa Pública Minera del Perú, o Minero-Perú). El Estado central fue el gran protagonista de este modelo. En términos de instrumentos jurídicos, la preeminencia histórica del sistema de concesión minera en la región (“concesión-propiedad”) abrió camino a regímenes de propiedad minera más regulados (como el sistema de concesión administrativa bajo la Ley General de Minería del Perú (1971) y el uso predominante de contratos de servicios y asociaciones (Cano, 1977). En este contexto, los países latinoamericanos desempeñaron un papel protagónico en la articulación inicial, y en la evolución, del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales en el seno de Naciones Unidas.
- 13 Hacia fines de la década del '80 y a lo largo de la década del '90, en el contexto de la globalización y de precios bajos de las materias primas y de una década de endeudamiento, los países latinoamericanos registraron un giro masivo hacia políticas de mercado, y hacia la apertura a la inversión extranjera y la liberalización. La implementación de dichas políticas era un requisito para el acceso a financiamiento según las pautas del Consenso de Washington establecidas por el Banco Mundial y destinadas inicialmente a los países latinoamericanos. En la esfera interna, las reformas estaban destinadas a generar recursos financieros y a pagar la deuda externa mediante el lanzamiento de nuevos proyectos y la privatización de empresas mineras de propiedad del Estado. El mapa jurídico del sector en la región evidencia el retorno de los regímenes tradicionales de concesión minera con énfasis en procesos objetivos de

otorgamiento y conservación de las concesiones (al primer peticionante bajo la condición del pago de un monto inicial/anual); el fortalecimiento de la analogía de los derechos emergentes de la concesión a derechos reales de propiedad, y de la seguridad jurídica; la limitación del ejercicio de poderes discretionales y la agilización de los procedimientos, con la finalidad de “establecer ambientes propicios para la inversión” (Van der Veen et al., 1996; Bastida, 2008). En el campo del derecho de inversión, muchos países de la región ratificaron convenios bilaterales de inversión y reformaron sus leyes con la finalidad de promover y proteger la inversión extranjera, lo que entraña el recurso al arbitraje internacional para dirimir conflictos entre inversores y Estados. Los regímenes de inversión extranjera implican otro “subsistema jurídico paralelo” de derecho económico, que prioriza la protección de los intereses del inversor -pero la interfaz de ese subsistema con los resultados del desarrollo y el interés público está crecientemente cuestionada- (Viñuales, 2015).

- ¹⁴ Desde la apertura de los regímenes de inversión en la década del ‘90, América Latina ha sido una gran receptora de la inversión internacional. Debe observarse que en las últimas décadas se han transformado las modalidades técnicas de las operaciones mineras, dado que la tecnología ha hecho factible la explotación de yacimientos a cielo abierto -el 84% de las minas metálicas operan con dicho método de explotación-, y se utilizan sustancias químicas en los procesos de recuperación del mineral. Si bien los ingresos fiscales pueden proporcionar una poderosa inyección de ingresos y divisas en las economías nacionales, la interacción de estos proyectos con el medio ambiente, las comunidades y las economías locales ha sido con mucha frecuencia profundamente problemática. En la mayoría de los casos, los vacíos regulatorios e institucionales han potenciado los impactos, los conflictos y la creciente oposición a tales proyectos.
- ¹⁵ Mientras el foco de las políticas sectoriales en los años ‘90 estaba puesto sobre el establecimiento de marcos propicios para la inversión, en la década siguiente la atención giró hacia la preocupación acerca de cómo fortalecer las instituciones en los países productores de recursos naturales a fin de evitar la llamada “maldición de los recursos”. La actual década ha estado marcada por la discusión acerca del potencial papel transformador que la minería puede desempeñar si se fortalecieran los vínculos con otros sectores productivos (Dietsche, 2014). Esta evolución requiere algunas precisiones respecto de la notable evolución del concepto de desarrollo sostenible en términos de su aplicación a la minería y a los minerales, lo que será tratado brevemente en la siguiente sección.

3. El desarrollo sostenible y su aplicación en la minería: El enfoque de los documentos emitidos por las Naciones Unidas

- ¹⁶ *Nuestro Futuro Común* (el Informe Brundtland), publicado en 1987, contenía un llamado a superar la visión fragmentada que veía al desarrollo y al medio ambiente como separados, y acuñó el concepto de desarrollo sostenible, que fue definido como el desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la posibilidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades. Por un lado, el concepto pone el acento en las *necesidades*, particularmente las de aquellos más vulnerables; por el otro, plantea que hay límites a la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras (ONU, 1987). En un sentido amplio, el

concepto establece una valoración ética de los fines y de los procesos de desarrollo (Walsh, 2000).

- 17 Los instrumentos elaborados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) en Río de Janeiro, en 1992, consolidaron las tendencias iniciadas en la Declaración de Estocolmo de 1972 y plasmaron los principios rectores en materia de derecho ambiental y los conceptos integradores de la noción de desarrollo sostenible. Mientras que la preocupación central de la CNUMAD estaba relacionada con el equilibrio entre la protección ambiental y el desarrollo económico, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo en 2002, enfatizaba la dimensión social. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río + 20), celebrada en 2012, llamó a concentrar sus esfuerzos en la integración y asegurar una mayor coherencia entre las dimensiones del desarrollo sostenible y sus políticas e instituciones de apoyo, y puso el acento en la necesidad de erradicar la pobreza y hacer un giro radical en los patrones de consumo y producción. También hizo un llamado para que en la elaboración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se incluyan los Objetivos de Desarrollo del Milenio, vencidos en 2015, y se consolide una nueva agenda de desarrollo pos-2015. Los ODS fueron aprobados en setiembre de 2015.
- 18 La cuestión es si es posible conciliar la actividad minera en términos de desarrollo sostenible. En los años '70, el foco del debate en torno a los recursos no renovables estaba dominado por la preocupación de su agotamiento. Al paso del tiempo, esta preocupación se trasladó al impacto ambiental generado por la actividad minera (Tilton, 2003). La idea de que la minería podía ser un catalizador para los objetivos de desarrollo sostenible se apoya en el concepto de "sustitución de capital", desarrollado en la literatura económica. El término "capital" comprende todos los insumos de una actividad económica, incluyendo el capital natural, el capital humano, el capital financiero y manufacturero, el capital social y el capital cultural (Auty y Mikesell, 1998; Eggert, 2000; Harris, 2001). Hay un creciente consenso acerca de la intangibilidad de ciertas formas de capital. El Plan de Implementación de Johannesburgo de 2002 avanza conceptualmente respecto de la relación entre la minería y el desarrollo sostenible. Esto refleja los debates que sostienen que, en vez de hablar únicamente de "minería sostenible", es más apropiado considerar las potenciales contribuciones de la minería al desarrollo sostenible. *El futuro que queremos*, el documento resultante de Río+20 (ONU, 2012) ahonda en esa dirección, en la medida que establece que "la minería ofrece la oportunidad de catalizar un desarrollo económico de base amplia, reducir la pobreza y ayudar a los países a lograr los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente [...]. [C]uando se gestiona de manera efectiva y adecuada [...] las actividades mineras deben reportar los máximos beneficios sociales y económicos y hacer frente de manera efectiva a los efectos ambientales y sociales negativos". El documento continúa: "A este respecto, reconocemos que los gobiernos necesitan una gran capacidad para desarrollar, gestionar y reglamentar sus industrias mineras en interés del desarrollo sostenible" (ONU, 2012, párr. 227). Los ODS tienen importantes implicancias para la minería, aunque no contienen referencias explícitas a la actividad (CCSI et al., 2016), y el Objetivo 12.2 apunta a lograr "la gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos naturales" para 2030. En el ámbito internacional, hay un intenso debate acerca del modo en que la actividad minera -y los capitales públicos y privados invertidos en la misma- puede contribuir a financiar los ODS. En América Latina, la CEPAL ha lanzado

un documento de posicionamiento para consolidar un nuevo enfoque de gobernanza de los recursos naturales en la región. El punto de partida es la dificultad encontrada, durante la década del *boom*, en reinvertir parte de los beneficios económicos obtenidos en estrategias a largo plazo, en capital humano o en la diversificación de las actividades económicas (CEPAL, 2016).

- 19 El párrafo 228 de *El futuro que queremos* destaca el papel que desempeñan el derecho y las políticas en la facilitación de la contribución económica y social de la minería y el establecimiento de salvaguardas dirigidas a reducir los impactos ambientales y sociales, conservando la biodiversidad y los ecosistemas aún luego del cierre de las actividades mineras. Asimismo, insta a los Gobiernos y a las empresas a promover la transparencia y la rendición de cuentas, y a que los mecanismos existentes funcionen para prevenir los flujos financieros ilícitos derivados de actividades mineras.
- 20 De acuerdo a la Declaración de Río, el concepto de desarrollo sostenible comprende elementos sustantivos (la integración de la dimensión ambiental en el proceso de desarrollo, el derecho al desarrollo, el uso sostenible de los recursos naturales y la equidad intra e intergeneracional), y también elementos de procedimiento (la participación pública, el acceso a la información, la evaluación de impacto ambiental (EIA) y la cooperación, cuyo objetivo es legitimar las decisiones y mejorar su calidad). Birnie, Boyle y Redgwell sostienen que el derecho internacional exige que las decisiones respecto del desarrollo sean el resultado de un proceso que promueva el desarrollo sostenible (Birnie et al., 2009, 126-127). El desarrollo sostenible es un proceso que requiere conciliar tres dimensiones de la toma de decisiones acerca de políticas y proyectos de desarrollo: la protección ambiental, el desarrollo social y el desarrollo económico. El desarrollo sostenible también implica instituciones efectivas con estructuras eficientes, transparentes y participativas como una condición *sine qua non* para lograr sus objetivos. También se ha señalado que el desarrollo sostenible es un método transversal de pensar el derecho, y que articula una gama de cuerpos normativos (Walsh, 2000).
- 21 El concepto es amplio y flexible, pero más bien ambiguo. La siguiente sección analiza la legislación sectorial y la evolución jurisprudencial relacionada con algunos elementos del concepto de desarrollo sostenible en Colombia.

4. Colombia: Minería y desarrollo sostenible en la legislación y jurisprudencia⁴

- 22 Durante las pasadas dos décadas, Colombia ha venido aplicando múltiples reformas normativas e institucionales para promover el sector extractivo. Apalancado por un ciclo económico global favorable para las materias primas, el sector ha logrado una participación significativa en la economía del país, que se ha basado tradicionalmente en la agricultura y el café. En el campo de la minería, el carbón, el oro y las esmeraldas han concitado históricamente la atención mundial (Velásquez, 2013, 2014). El Código de Minas adoptado por la Ley 685 de 2001 desempeñó un papel importante en la estrategia para promover y atraer la inversión nacional y extranjera. El Código se basa en los principios de utilidad pública e interés social de la minería y ha adoptado el sistema de “concesión-contrato” para el otorgamiento de derechos mineros. Colombia ha firmado

- y ratificado varios acuerdos bilaterales para promover y proteger la inversión, y una serie de acuerdos de libre comercio⁵.
- 23 El Plan Nacional de Desarrollo para el período 2010-2014 puso especial énfasis en el apoyo a una política energética y minera coherente e integrada. Entre las prioridades del Plan estaba la promoción de la inversión nacional y extranjera en los sectores mineros y energéticos y el establecimiento de políticas regulatorias ambientales, y se centraba específicamente en la transparencia y la prevención de efectos macroeconómicos negativos. El Plan consideraba la necesidad de fortalecer los esfuerzos de creación de clústeres de servicios y bienes que agreguen valor a la economía del país y sus regiones (Mancero y Montoya, 2012). El Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, adoptado en 2015⁶, establece “áreas de reserva estratégica minera”, que serán identificadas por la Autoridad Nacional de Minería (ANM), clasificadas según su alto potencial minero y en función de los minerales que revisten “interés estratégico” para el país. El sistema de otorgamiento de derechos sobre estas áreas se diferencia del régimen establecido por el Código de Minas, basándose en Contratos Especiales de Exploración y Explotación, a ser reglamentados por el Gobierno Nacional y sobre los que se pueden aplicar reglas y obligaciones específicas. Se prevé la colaboración del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en este proceso.
- 24 En cuanto a las instituciones mineras, el Ministerio de Minas y Energía y la ANM son responsables de la suscripción y supervisión de los contratos de concesión minera. En asuntos ambientales, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y algunas corporaciones autónomas regionales supervisan la expedición de permisos y licencias ambientales para la explotación de los recursos mineros y son responsables del seguimiento y cumplimiento ambiental. Algunas de estas instituciones tienen responsabilidad por cada proyecto según determinadas reglas de competencia territorial, producto y volumen de la explotación⁷.
- 25 La Constitución Política colombiana de 1991 establece que Colombia es un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista” (Colombia, 1991, art. 1). Asimismo, sienta las bases para un rol regulador del Estado en una “economía social de mercado” para el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, y garantiza la propiedad privada (que se considera ostenta una función social y una función ecológica). Se ha observado que la Constitución introdujo cambios transformadores en la estructura no sólo jurídica sino también política y económica del país, en un contexto marcado por el centralismo, el conflicto y la desigualdad. Entre estos cambios estaban los principios de Estado unitario y autonomía territorial, que han trazado una nueva “morfología del territorio”, y la creación de la Corte Constitucional para la defensa de la extensa carta de derechos y garantías (Robledo Silva, 2016).
- 26 La Constitución estableció las bases de un modelo de desarrollo que hace hincapié en el aprovechamiento de los recursos naturales dentro del marco conceptual y los principios del desarrollo sostenible, con énfasis en el tratamiento de los recursos naturales no renovables⁸. El reconocimiento del Estado como propietario de los recursos naturales no renovables se enmarca dentro de las disposiciones generales para las bases del régimen económico (título XII). El mandato para el desarrollo de los recursos del subsuelo se basa en los objetivos establecidos en el artículo 334, que aborda el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y la distribución equitativa de

las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como la preservación de un ambiente sano. Para lograrlo, la explotación de estos recursos debe producir rentas para el Estado que deben ser distribuidas, controladas y destinadas a fines específicos⁹. El artículo 360 incluye el mandato de determinar legislativamente las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos, e impone una contraprestación económica a título de regalía por su explotación.

- 27 La Corte Constitucional ha determinado que los ingresos recaudados por el Estado provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables tienen como finalidad el financiamiento del desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales y la inversión física en educación, ciencia, tecnología e innovación, entre otras áreas. Esto está en consonancia con la declaración de que la minería es de utilidad pública y de interés social, tal como lo establece el Código de Minas (sentencia C-395 de 2012)¹⁰. La sentencia C-1071 de 2013 interpreta que las regalías se basan tanto en razones económicas (como contraprestación por la explotación de un bien de propiedad del Estado) como en razones ecológicas: “corregir y compensar algunas de las externalidades negativas que se producen como consecuencia de la explotación de recursos no renovables”¹¹.
- 28 La Constitución colombiana reconoce el derecho de todas las personas a un ambiente sano y a la participación de la comunidad en decisiones que puedan afectarla (art. 79). Asimismo, establece un claro mandato para el Estado en términos de la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales “para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución” (art. 80).
- 29 El Código de Minas estipula que la promoción de la exploración y el desarrollo de los recursos mineros constituye una asunto de interés público e indica que debe realizarse armónicamente con los principios y las normas de la explotación racional de los recursos naturales no renovables, dentro del concepto integral de desarrollo sostenible (art. 1). En una referencia más directa, el artículo 194 establece que “[e]l deber de manejar adecuadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente, es compatible y concurrente con la necesidad de fomentar y desarrollar racionalmente el aprovechamiento de los recursos mineros como componentes básicos de la economía nacional y el bienestar social. Este principio deberá inspirar la adopción y aplicación de las normas, medidas y decisiones que regulan la interacción de los dos campos de actividad, igualmente definidos por la ley como *de utilidad pública e interés social*” (énfasis añadido).

4.1 La dimensión ambiental

- 30 En materia ambiental, en el ordenamiento jurídico colombiano existen múltiples normas que regulan el ejercicio de la actividad minera condicionando los derechos emanados de la concesión. Las obligaciones delineadas en el Código de Minas deben ser interpretadas de una manera que considere otras normas jurídicas y regulatorias relativas a esta actividad, como la Ley 99 de 1993, que exige la expedición de licencias ambientales como una condición para el ejercicio de derechos¹². La Corte Constitucional, en su sentencia C-891-2002, establece que “el artículo 59 impone al concesionario cumplir con las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental en el ejercicio de su derecho concesionario”¹³.

- 31 Mientras la autoridad minera es responsable de la evaluación de la viabilidad técnica y económica de un proyecto, la autoridad ambiental evalúa su viabilidad social y ambiental a lo largo del ciclo minero. Ello constituye un reto importante para las autoridades, puesto que la protección efectiva y el desarrollo adecuado de los recursos naturales dependen en última instancia de la calidad del proceso de coordinación que estas apliquen¹⁴.
- 32 De igual manera, un conjunto de normas -en concreto, el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (creado mediante el Decreto 2372 de 2010) y la Ley 1450 de 2011- excluyen ciertas áreas del ejercicio de la actividad minera por su importancia ecológica. El propósito de esto es proteger estas áreas, que incluyen parques naturales de carácter regional, páramos, humedales Ramsar y reservas forestales protectoras (Álvarez, 2011; SINAP, 2015; Ricaurte, 2013)¹⁵.
- 33 El Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 también establece una regla de ordenamiento territorial, al prohibir que las áreas clasificadas como páramos y humedales sean declaradas reservas para el desarrollo minero -salvo si las autorizaciones se han otorgado con anterioridad al 16 de junio de 2011 en el caso de la actividad de hidrocarburos y con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería que contaran con un contrato y una licencia ambiental o con un instrumento equivalente de control y manejo ambiental¹⁶. En la sentencia C-035 de 2016, el Tribunal Constitucional acogió una demanda que cuestionaba la constitucionalidad de las secciones del Plan Nacional de Desarrollo que avalaban la explotación minera y de hidrocarburos con licencias que habían sido previamente expedidas para páramos, en cuanto estas actividades generarían consecuencias negativas e irreversibles en los ecosistemas del país, que son fundamentales para salvaguardar el agua y el oxígeno del planeta. El Tribunal Constitucional determinó que el derecho a un medio ambiente sano prevalecerá sobre los derechos adquiridos mediante títulos mineros y refrendados por licencias ambientales.

4.2 Comunidades étnicas: Los derechos de preferencia y la consulta previa como derechos fundamentales

- 34 El Código de Minas cristaliza los derechos reconocidos en la Constitución¹⁷, y establece la prioridad de las comunidades étnicas en el otorgamiento de concesiones mineras dentro de las zonas que son delimitadas como “zonas mineras indígenas” o “zonas mineras de comunidades negras” (arts. 124 y 133). Si la prioridad no fuera ejercida, el código establece la obligación de proveer protección y participación a tales comunidades y el principio de integridad cultural, conforme a lo establecido en su capítulo XIV. La minería artesanal en el Chocó, por ejemplo, se ha desarrollado tradicionalmente en el interior de los consejos de las comunidades negras, según normas de asignación establecidas mediante acuerdos, y se abstiene de utilizar sustancias químicas en los procesos de recuperación. Las prácticas se han sistematizado y unificado con prácticas ambientales y sociales en acuerdos con organizaciones de la sociedad civil. En el caso de las operaciones certificadas por el programa Oro Verde mediante el sello *Fair Trade, Fair Mined* (Comercio Justo, Minería Justa), los mineros obtienen un sobreprecio por su producción (Moya Mena, 2016). En materia del ejercicio del derecho de consulta libre, previa e informada de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el conjunto de normas y principios conocido por la jurisprudencia

colombiana como el “bloque de constitucionalidad” ha reconocido su carácter de derecho fundamental, a la vez que ha reforzado el deber de garantía y protección por parte del Estado. Estas normas incluyen principios constitucionales, el Convenio 169 - que fue incluido en el sistema jurídico interno a través de la Ley 21 de 1991, leyes como la Ley 99 de 1993, y la importante jurisprudencia de la Corte Constitucional (ver sentencias C-030/08 y C-461/08 entre otras)-. La jurisprudencia tiende a ampliar los márgenes de protección de las comunidades étnicas (Suárez Ricaurte, 2016) Así, por vía jurisprudencial se ha venido interpretando la ampliación de la obligación de consulta previa, claramente establecida por vía legislativa para la etapa de explotación, también para algunos casos en la etapa de exploración (Rodríguez, 2014). El estándar de protección requerido para los proyectos mineros es alto, dadas las características de esta actividad y su impacto en los territorios, y actualmente se vislumbra una tendencia, al menos en algunos casos, hacia el requerimiento de la consulta para obtener el consentimiento. En efecto, la teoría de la consulta previa como un medio para lograr el consentimiento libre, previo e informado ha sido aplicada por la Corte en dos casos relativos a proyectos mineros, de los tres a los que se aplicó este estándar (sentencia T-769 de 2009 y T-129 de 2011; Suárez Ricaurte, 2016).

- 35 A pesar de los desarrollos jurisprudenciales, la doctrina apunta a rémoras por parte de los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, que son los encargados de fijar los modelos de desarrollo, y administración y planificación en materia de recursos naturales, para avanzar en el cumplimiento obligatorio y vinculante de la consulta previa, mediante la dotación de mayores garantías institucionales a las comunidades indígenas para la protección efectiva de sus derechos, y el establecimiento de políticas públicas para mejorar su calidad de vida, coordinando las competencias de las autoridades públicas en tal sentido (Suárez Ricaurte, 2016; Moya Mena, 2016; Hurtado Mora, 2016). Suárez Ricaurte (2016) observa que el mecanismo de la consulta previa es en definitiva una vía para el diálogo intercultural, cuya ausencia se denota en la persistencia de los conflictos relativos a proyectos de inversión de empresas o entidades estatales en territorios que las comunidades étnicas han habitado ancestralmente y que son dirimidos en el ámbito judicial.

4.3 La gestión territorial y las competencias locales

- 36 La participación de las entidades territoriales en las decisiones sobre el uso del suelo en relación a la minería ha suscitado grandes debates en Colombia¹⁸. El espectro del debate es muy amplio, reflejando la tensión entre el principio de Estado unitario y el principio de autonomía territorial. En varias sentencias, la Corte Constitucional ha considerado la constitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, y ha tratado la cuestión de la competencia de las autoridades regionales, seccionales o locales para prohibir, de forma permanente o transitoria, la minería en zonas del territorio. En las siguientes líneas se considera con más detalle tres de estas sentencias para ayudar a entender este importante debate.
- 37 La primera, la sentencia C-123-14, considera que el artículo 37 del Código de Minas restringe desproporcionadamente la autonomía local y el uso del suelo, infringiendo de esa manera la autonomía local. Por ese motivo, la Corte determinó que la constitucionalidad del artículo 37 está sujeta a garantizar a las municipalidades y distritos un nivel razonable de participación en los procesos de toma de decisiones

relacionadas con la autorización de actividades mineras. En conexión con el concepto de “participación razonable”, la Corte decidió que en el proceso de autorización de actividades mineras, el Estado debería coordinar con las autoridades municipales mediante acuerdos, particularmente respecto a la protección de las cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades, aplicando los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. La sentencia también ordenó el desarrollo de procesos e instrumentos de coordinación. Aunque esta decisión brindó motivos suficientes para la participación de las entidades territoriales, no resolvió el problema subyacente de la instrumentalización de la “participación razonable” (Colombia, 2016a).

- 38 La segunda es la sentencia C-273/16 de la Corte Constitucional, que nuevamente trabaja una demanda que desafía la constitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, en este caso bajo una argumentación procesal. La demanda argumenta que este artículo resulta contrario a los artículos 151 y 288 de la Constitución Política de Colombia, que pone límites al ejercicio de la actividad legislativa y establece un procedimiento especial para constituir leyes relacionadas con aspectos que exijan a los legisladores ponderar dos bienes jurídicos divergentes. En otras palabras, la demanda cuestionaba el artículo 37 en cuanto a que ingresaba en el sistema legal colombiano como una ley ordinaria y no como una ley orgánica, la cual requeriría procedimientos más rigurosos (mayorías absolutas) al abordar temas muy sensibles para la sociedad.
- 39 La Corte Constitucional señaló que “la reserva de ley orgánica constituye un mecanismo que le atribuye al legislador, la potestad para ponderar los bienes jurídicos en tensión, conforme a los principios de subsidiariedad, concurrencia y coordinación...”, y por lo tanto, considerando el objetivo final de garantizar una mayor estabilidad en la distribución de competencias y el fortalecimiento del proceso democrático de la toma de decisiones por medio de la obligatoriedad de cumplir con mayorías absolutas en la aprobación de este tipo de leyes, la Corte declaró el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 inconstitucional.
- 40 La tercera sentencia, la T-445/16 de la Corte Constitucional, reafirma el razonamiento de la sentencia C-273/16. Al pronunciarse sobre la consulta popular propuesta por el municipio de Pijao en el departamento del Quindío, la sentencia determina un importante cambio en la regulación minera colombiana al otorgar claras facultades a los diferentes entes territoriales para la habilitación de la explotación minera en sus territorios, superando la prerrogativa de decisión sobre la explotación de recursos del subsuelo otorgada tradicionalmente por el nivel central de la administración. En conclusión, por medio de estas sentencias, Colombia ha otorgado aparentemente competencias a las autoridades regionales, seccionales o locales para definir y posteriormente excluir zonas del territorio nacional de la minería. Esto no significa que en un futuro el Gobierno nacional no decida regular esta materia por intermedio de una ley orgánica que cumpla los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, intentando así volver nuevamente a empoderar al gobierno central.

4.4 La declaración de la industria minera como actividad de utilidad pública y de interés social

- 41 El artículo 13 del Código de Minas estipula que “[e]n desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declarase 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”.

- 42 Como corolario de los debates antes mencionados, una demanda reciente cuestionó la constitucionalidad de la declaración de la minería como una actividad de utilidad pública, establecida en el artículo 13 del Código de Minas. Se esgrimió que dicha calificación -que se categorizó como “suprainclusiva”, en tanto se refiere a “todas [las] ramas y fases” de la industria- confiere privilegios a este sector, y le ofrece ventajas desproporcionadas frente a otros sectores de la economía que son igualmente legítimos y frente a bienes jurídicos que gozan de especial protección constitucional¹⁹. La demanda también alega que esta declaratoria de utilidad pública permite la asignación automática de propiedades inmuebles, que podrían de otra manera cumplir importantes funciones ambientales (por ejemplo, la protección de recursos hídricos y agropecuarios o la conservación de recursos naturales) a la minería, impidiendo así el cumplimiento de la función ecológica prevista en el artículo 58 de la Constitución²⁰.
- 43 En consecuencia, ese estado de cosas infringiría el estatus especial del medio ambiente en el sistema jurídico y estaría desconociendo la obligación del Estado de proteger la riqueza natural de la Nación. La demanda también sostiene que la declaratoria de utilidad pública e interés social de la minería está reñida con los postulados constitucionales que defienden los derechos y obligaciones constitucionales que poseen los entes territoriales para gestionar sus intereses de manera autónoma y para regular el uso del suelo de sus territorios²¹. Aunque la Corte Constitucional declaró que no podía pronunciarse en este caso por considerar que los cargos habían sido formulados de manera inadecuada (sentencia C-619/2015), la demanda generó debate entre diversas partes interesadas, que expresaron sus opiniones junto con las posiciones planteados por las agencias y organizaciones gubernamentales en el proceso judicial. La declaratoria de inhibición abre camino a un mayor debate constitucional en el futuro, en el cual pueden participar tanto las partes iniciales como también otros ciudadanos. Esto hace que el presente debate muy probablemente continúe ante la jurisdicción constitucional durante los años venideros²².

5. El “déficit” en la institucionalidad local

- 44 El recorrido por los desarrollos en la legislación y jurisprudencia colombiana muestra que el desarrollo sostenible está “presente” en la legislación sectorial: la actividad minera debe ejecutarse en el marco del concepto integral de desarrollo sostenible consagrado en la Constitución y la legislación. Esto incluye compromisos y obligaciones sustantivas, así como procedimientos inherentes a los límites establecidos para proteger y usar adecuadamente los recursos naturales y satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras²³. Asimismo, requiere el uso de herramientas de gestión y planificación como el EIA y el ordenamiento territorial. También supone la ponderación de intereses en los procesos de toma de decisiones, que implica establecer un diálogo intercultural con las comunidades afectadas y llegar a acuerdos con las unidades territoriales a fin de asegurar que las actuaciones de las distintas esferas del Estado estén coordinadas y se orienten al logro del bien común.

- 45 Desde la perspectiva del diseño de la gestión territorial, Santaella Quintero (2016) sostiene que la proliferación de conflictos sociales e interinstitucionales respecto del otorgamiento de títulos mineros guarda relación con la falta de armonización entre la legislación minera y la regulación ambiental, y las competencias concurrentes reconocidas constitucionalmente a autoridades de distintos niveles administrativos (nacionales, departamentales, municipales) para gestionar los territorios y sus recursos (a lo que denomina “déficit de constitucionalización”). Santaella Quintero también señala la fragmentación de los distintos regímenes legales que gobiernan cada una de esas competencias (a lo que denomina “déficit de armonización legal”). En esta línea, observa que la ubicación de la legislación sectorial en el “engranaje territorial” de la Constitución (y en el reparto de competencias inherentes a la autonomía territorial) trastoca la dinámica de decisiones “de arriba hacia abajo”. Asimismo, sostiene que “la legislación sectorial debiera ‘constitucionalizarse’ en cuanto régimen de gestión del territorio y armonizarse con otros ‘subsistemas’, tomando en consideración los criterios de concurrencia y coordinación de los órdenes administrativos incumbentes, y de participación ciudadana en las decisiones que afectan a la comunidad, de acuerdo a lo que señala la Constitución en aspectos relativos al territorio y sus recursos” (Santaella Quintero, 2016, 207).
- 46 Si se amplía la perspectiva geográfica y temporal del presente análisis, se plantea si lo que se podría llamar, de modo más general, un “déficit en la institucionalidad local” no se origina en el diseño mismo del régimen jurídico e institucional para el sector, conforme se señaló al inicio de este capítulo. Tanto en el origen histórico de la legislación y de las reformas encaminadas a promover el sector en la década del ‘90, el régimen sectorial ha estado orientado a sentar bases estables y atractivas para la inversión. Los esfuerzos orientados a crear instituciones locales a través de las cuales fortalecer los procesos de toma de decisiones y los vínculos con otras actividades productivas han sido más paulatinos, tenues y fragmentados. Las empresas extranjeras llevan a cabo sus operaciones dentro de este espacio, a menudo configurado por intersticios vacíos de regulación y de institucionalidad, que con el tiempo en muchos casos han ido llenando con estándares internacionales y procesos de certificación (Szabolowski, 2007).
- 47 La fragmentación de los ámbitos competenciales (nacional y local) y de los regímenes regulatorios, en combinación con la ausencia de mecanismos de coordinación, han potenciado las posibilidades de que proyectos que cuentan con derechos mineros no puedan avanzar en el ejercicio de los mismos (como en el caso en que se denieguen licencias ambientales a titulares de derechos mineros), abriendo la vía para potenciales reclamos ante foros de arbitraje internacional. De este modo, la cuestión es si el diseño jurídico e institucional es suficiente para promover el papel que la minería puede desempeñar en la contribución a los objetivos de desarrollo sostenible.
- 48 La siguiente sección brinda un panorama preliminar del marco constitucional y legal para la minería en Bolivia y plantea algunos interrogantes en base a estas reflexiones.

6. Bolivia: La minería en la Constitución (2009) y en la nueva Ley de Minería y Metalurgia (2014)

- 49 Tanto Bolivia como Ecuador registraron un recorrido similar al de países como el Perú en los años '90, mediante la adopción de marcos jurídicos e institucionales para promover y proteger la inversión extranjera. El Código de Minería de Bolivia de 1997 constituye la versión más completa y acabada de la época en materia de legislación minera orientada a crear marcos propicios para la inversión. Este estableció un sistema de concesión única para la exploración y explotación (similar a la situación en el Perú) bajo la única condición del pago de un monto anual y la garantía de la expropiación de tierras superficiales.
- 50 La administración de Evo Morales, quien asumió la presidencia en 2005, propuso un cambio refundacional que expresara la identidad de la mayoría indígena de la población y los objetivos y funciones del Estado. Así, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 establece el principio del “vivir bien” / *suma qamaña* como el *ethos* para una sociedad plural y para las funciones y objetivos del Estado. El *suma qamaña* incluye la serie de principios de raigambre indígena que anclan la Constitución en la identidad pluricultural del país (Villalba, 2013).
- 51 La historia de Bolivia ha estado marcada por la minería, que aún constituye una actividad estratégica para el país. El país produce estaño, plomo, zinc, oro, plata, tungsteno y bismuto, y tiene grandes depósitos de litio y hierro. Las cooperativas mineras desempeñan un papel importante en el sector. El Plan Nacional de Desarrollo, publicado en 2006, asignó un papel al sector en una estrategia de “desarrollo integral y diversificado”, siguiendo las pautas constitucionales, y sentó sus bases programáticas (Bolivia, 2006)²⁴.
- 52 En términos de su estructura constitucional, el Estado Plurinacional de Bolivia se constituye como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” (Bolivia, 2009, art.1). Bolivia adopta para su gobierno “la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres” (art.11.I). En materia de organización económica, la Constitución consagra un modelo económico plural (estatal, comunitario, privado), en el cual el Estado debe asegurar “el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo” (art. 306.V.). Los recursos naturales desempeñan un papel preeminente en la organización económica del Estado y en el modelo para una economía plural. El Estado también debe ejercer el control estratégico sobre la producción de estos recursos y la cadena de industrialización. Los recursos naturales (que incluyen a los minerales en todos sus estados) se proclaman “...de propiedad del pueblo boliviano y serán administrados por el Estado” (art. 311.2) y revisten “carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país” (art. 348.II). Las actividades relacionadas con los recursos naturales no renovables tienen “el carácter de necesidad estatal y utilidad pública” (art. 356).

- 53 Varias cláusulas constitucionales fortalecen el vínculo directo entre el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales y su industrialización y los objetivos de la eliminación de la pobreza y la exclusión social. El Estado debe reconocer y priorizar explícitamente esto, y debe ejecutar políticas en dicho sentido “en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios”, articulando “la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno” (arts. 313, 316, 319 y 355). Los procesos de industrialización se realizarán preferentemente en el lugar de origen de la producción. Las utilidades derivadas tanto de la explotación como de la industrialización de recursos naturales deben ser distribuidas y reinvertidas con el fin de promover la diversificación económica en los diferentes niveles territoriales del Estado (art. 355).
- 54 La Constitución establece algunos lineamientos referidos al papel que desempeñan las empresas públicas, los instrumentos jurídicos para la participación de empresas de capital privado, la constitución de empresas mixtas y la suscripción de contratos de asociación en actividades relacionadas con los recursos naturales estratégicos. En materia de inversión extranjera, la nueva Constitución establece la precedencia de la inversión nacional frente a la extranjera y su sujeción a la jurisdicción, las leyes y las autoridades bolivianas (art. 320). Bolivia se retiró del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del cual había sido miembro desde 1991, - mediante nota de denuncia recibida por el Banco Mundial el 2 de mayo de 2007-.
- 55 Las atribuciones del Estado en materia de gestión de recursos naturales se encuentran restringidas por el deber del Estado (y de la población) de “conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente” (art. 342; también art. 358). La Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (Bolivia, 2012) establece criterios para el aprovechamiento de “los componentes no renovables de la Madre Tierra”. Las autoridades públicas administrativas y jurisdiccionales son responsables de velar por los derechos de la Madre Tierra en función de sus competencias.
- 56 En materia de minería y metalurgia, la Constitución ahonda en el régimen de dominio y de otorgamiento de derechos mineros en toda la cadena productiva y el uso de contratos mineros que deben cumplir una función económica social. La Ley de Minería y Metalurgia establece el régimen aplicable a los derechos mineros e incluye acciones destinadas a promover el desarrollo de las actividades mineras y metalúrgicas “de manera responsable, planificada y sustentable”. La ley determina la estructura institucional de las autoridades estatales y de los denominados “actores productivos mineros” (industrias y cooperativas mineras públicas y privadas) y los procedimientos aplicables a la jurisdicción minera. Los contratos mineros requieren la aprobación de la Asamblea Legislativa Plurinacional²⁵. Los titulares de derechos mineros pueden obtener derechos de superficie en el área estipulada por su contrato o en propiedades vecinas, previo acuerdo de la parte y tras el pago de compensación. De no existir acuerdo respecto de terrenos que no son de dominio público, se recurrirá a la autorización administrativa de la autoridad departamental o regional pertinente.
- 57 Además de asumir el papel de regulador y de administrador de los recursos de propiedad del pueblo boliviano, el Estado tiene un rol protagónico como actor productivo de la industria minera. El Órgano Ejecutivo puede establecer “áreas de reserva fiscal minera” mediante Decreto Supremo con los fines de prospección,

exploración y evaluación por el plazo máximo de cinco años, las cuales se conceden preferentemente a la COMIBOL. Las empresas públicas mineras desarrollan las actividades relativas a los elementos declarados estratégicos, como el litio y el potasio.

6.1 La dimensión ambiental

- 58 La Ley de Minería y Metalurgia define pautas para el aprovechamiento de los recursos naturales. Establece la “responsabilidad social” como un principio que orienta el “aprovechamiento de recursos mineros en el marco del desarrollo sustentable, orientado a mejorar la calidad de vida de las y los bolivianos”. De acuerdo al principio de “reciprocidad con la Madre Tierra”, “el desarrollo de las actividades mineras deberá regirse en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado, la Ley N.º 300 de 15 de octubre de 2012, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, y otra normativa legal aplicable”, y tomar medidas para la “Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en situación de Alta Vulnerabilidad” (art. 5). La Ley de Minería está sujeta entonces a los límites y procesos establecidos en la Ley Marco de la Madre Tierra de modo genérico.
- 59 La Ley de Minería establece que la promoción del aprovechamiento integral y diversificado de los yacimientos minerales detríticos se realizará “sin vulnerar el uso del agua para la vida” (art. 12). Otra disposición restringe la minería en las “proximidades de cabeceras de cuenca, lagos, ríos, vertientes y embalses”, con sujeción a estudios ambientales con enfoque multisectorial (art. 93.III).

6.2 Gestión del territorio y el papel del Estado autónomo departamental y municipal

- 60 La Constitución estipula que la morfología territorial del Estado es unitaria y descentralizada y que tiene autonomías (art.1); territorialmente, se organiza en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos (Bolivia, 2009, art. 269).
- 61 El gobierno central tiene competencia *privativa* (no puede transferirse ni delegarse) en materias relacionadas con hidrocarburos y respecto a la creación, control y administración de empresas públicas estratégicas, y tiene competencia *exclusiva* en materia de recursos naturales estratégicos, incluidos los minerales (competencia *exclusiva* en la que ejerce facultades legislativas, reglamentarias y ejecutivas, pero también puede transferir y delegar las dos últimas) (Bolivia, 2009, arts. 297 y 298). En materia de medio ambiente, la competencia del gobierno central es concurrente con la de las entidades territoriales autónomas.
- 62 La Ley Marco de Autonomía y Descentralización “Andrés Ibáñez” (Bolivia, 2015), promulgada el 19 de julio de 2010, establece el régimen aplicable a las autonomías según el mandato del artículo 271 de la Constitución. Reconoce la facultad de los territorios indígena originario campesinos a constituirse en unidades territoriales - llamadas “autonomías indígena originaria campesinas”-, previo cumplimiento con todos los requisitos legales. La Constitución reconoce el derecho de las autonomías indígenas campesinas a ejercer el autogobierno de acuerdo a “sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos” de modo armónico con la Constitución y la ley. Su conformación se basa en la existencia de territorios ancestrales y en la

voluntad de su población, expresada mediante la consulta previa, en conformidad con la Constitución y la ley (Bolivia, 2009, arts. 289 y 290). Estas autonomías tienen competencia exclusiva para desarrollar y ejecutar mecanismos para la consulta libre, previa e informada. La literatura ha advertido que las instituciones de autogobierno se ven sujetas efectivamente a la estructura competencial establecida por la Constitución, y muestra la marcada influencia ejercida por los estatutos municipales conocidos (en lugar de ser resultado de sus “normas, instituciones, autoridades y procedimientos” (Tockman, 2016; Tockman et al., 2015).

- 63 La Ley de Minería y Metalurgia (Bolivia, 2014) establece claramente que al ser los recursos minerales de carácter estratégico y por tener el gobierno central competencia privativa para la creación de empresas públicas mineras estratégicas de acuerdo a la Constitución Política del Estado, los gobiernos autónomos departamentales municipales se encuentran impedidos de constituir unidades o empresas mineras departamentales, regionales y/o municipales, y de participar en actividades de prospección, exploración, explotación, beneficio, refinación y comercialización. En relación a las actividades de “transformación” de minerales y metales (término empleado en la Ley de Minería) con fines industriales, el gobierno central puede participar con los gobiernos autónomos, departamentales y municipales, mediante empresas públicas intergubernamentales. Los gobiernos autónomos departamentales y municipales reciben la regalía minera que respeta los porcentajes establecidos en dicha ley (Bolivia, 2014, art. 23).

6.3 La consulta previa

- 64 Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución incluyen el derecho a la consulta previa, obligatoria -según sus propios procedimientos e instituciones, en un proceso realizado por el Estado- en relación a la explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios (Bolivia, 2009, art. 30.II.15). Es importante señalar que Bolivia ha sido el primer país en adoptar una legislación que reconoce la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Ley N.º 3760). La Ley de Hidrocarburos de 2005 había incluido el derecho a la consulta y a la participación y reconocía un impuesto directo a favor de los pueblos indígenas (cuya recaudación contribuye al Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas Originarios y Campesinos). El Decreto Supremo 29033 reglamentó la consulta previa²⁶.
- 65 La Ley de Minería y Metalurgia incluye los principios constitucionales de la consulta. El artículo 19 (en el capítulo sobre Disposiciones Fundamentales) establece que “las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, gozan del derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos minerales en sus territorios, conforme al régimen regulatorio minero, sin perjuicio de las medidas y compensaciones que correspondan de acuerdo con el régimen de consulta previa establecida en la presente Ley”. La Ley incluye una sección que contiene las disposiciones y procedimientos que deben aplicarse a los procesos de consulta previa, libre e informada a realizarse por el Estado con las “naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano”. La consulta previa es un derecho colectivo y fundamental que es inherentemente obligatorio y es un “proceso de diálogo intracultural e intercultural” que se realiza respecto de toda solicitud de nuevos contratos administrativos durante la fase de

explotación de los proyectos, allí donde puedan afectar directamente los derechos colectivos (Bolivia, 2014, arts. 207 y 208).

- 66 Hacia mediados de 2013, se habían realizado aproximadamente treinta procesos de consulta relacionados con proyectos hidrocarburíferos. Esto ayudó a desarrollar los aspectos metodológicos del procedimiento, facilitó los esfuerzos para reunir los documentos requeridos para información pública, y generó capacidades locales para entender mejor los impactos ambientales y sociales (Bolivia, 2013). Sin embargo, distintas fuentes han señalado las dificultades que surgen debido a que el proceso de consulta se centra mayormente en los aspectos compensatorios (Bolivia, 2013; Flemmer y Schilling-Vacaflor, 2016). Los resultados que emergen de los estudios de campo sobre estos procesos de consulta también indican sus limitaciones respecto a la obtención de beneficios significativos para las comunidades del caso. Los obstáculos provienen de las asimetrías de poder, las dificultades relacionadas con la comunicación, las limitaciones presupuestarias (Flemmer y Schilling-Vacaflor, 2016), así como el breve plazo para ejecutar las inversiones en el campo y una falta de atención a los impactos y las quejas presentadas (DPLF y Oxfam, 2011).

6.4 Algunas reflexiones

- 67 Bolivia ha elegido un modelo heterodoxo para organizar su economía y la Constitución busca alinearla con los principios del *suma qamaña*. La literatura crítica ha observado las contradicciones inherentes a una economía con una fuerte dependencia de las actividades extractivas, pero con el *ethos* del *suma qamaña*, que exalta la unidad entre el hombre y la naturaleza.
- 68 En el contexto de este capítulo, interesa resaltar la presencia del concepto de desarrollo sostenible en la legislación económica sectorial, al menos en los textos constitucionales y legislativos. Los nuevos instrumentos jurídicos intentan alinear, en principio, sus funciones y sus objetivos con el desarrollo sostenible dentro de los procesos de participación y gobernanza establecidos en la Constitución y los específicos del contexto boliviano. Sin embargo, en línea con los comentarios de la sección anterior, también parece pertinente preguntar en qué medida el gobierno está diseñando o implementando los mecanismos institucionales necesarios para engarzar la Ley de Minería y Metalurgia (Bolivia, 2014) y el complejo marco territorial (y pluralismo jurídico) trazado por la Constitución, a fin de asegurar que los procesos de toma de decisiones estén efectivamente anclados en el desarrollo sostenible. Una revisión inicial de la literatura que ha observado la aplicación de la consulta previa y los esfuerzos realizados para establecer las autonomías indígena originaria campesinas en el campo, permite atisbar la gran complejidad y los enormes obstáculos y desafíos que se enfrentan cuando se busca asegurar que los derechos de los más vulnerables sean protegidos en los procesos de toma de decisiones relativas a las actividades económicas estratégicas (Cameron, 2013; Flemmer y Schilling-Vacaflor, 2016). Asimismo, iluminan la necesidad de fortalecer las capacidades locales para la participación efectiva.

7. ¿Hacia la gestión sostenible de la minería y los minerales?

- 69 El presente estudio ha brindado una perspectiva del tránsito desde los regímenes sectoriales focalizados en el otorgamiento de derechos y el establecimiento de condiciones para la exploración y explotación hacia los procesos de toma de decisiones que requieren una mirada integradora e inclusiva de los principios constitucionales y los marcos jurídicos aplicables a la gestión del territorio y sus recursos. Los desafíos son muy complejos. Estos indican la necesidad de trabajar sobre las brechas en el diseño de los marcos jurídicos e institucionales, y en el fortalecimiento de las capacidades de las instituciones y de los actores que participan en los procesos de toma de decisiones para avanzar en la gestión sostenible de los recursos y en la contribución de la minería al desarrollo sostenible a nivel local. Desde una perspectiva más amplia, el presente estudio permite apreciar los enormes desafíos que se enfrentan cuando se busca el anclaje efectivo de los principios y los conceptos emanados de marcos normativos internacionales dentro de los contextos y las trayectorias jurídicas y políticas de cada país.
- 70 Desde un punto de vista jurídico, el principio de soberanía territorial, como atributo esencial del Estado, define la jurisdicción de cada Estado para ejercer control sobre los recursos naturales ubicados en su territorio. En el ámbito internacional, el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, consagrado en la Resolución 1803 de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1962, establece que “el derecho de los pueblos y las naciones a la soberanía permanente sobre su riqueza natural y recursos debe ser ejercida en el interés de su desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del Estado en cuestión” (ONU, 1962, 1).
- 71 En su clásico libro *Soberanía sobre los Recursos Naturales: Recalibrando Derechos y Deberes*, Nico Schrijver nota la evolución del principio, desde un reclamo político para la autodeterminación de los pueblos, emergente del contexto de descolonización y de soberanía política y económica de la época, hacia un principio del derecho internacional. El autor destaca la necesidad de recalibrar el énfasis inicial en los *derechos* al control sobre los recursos naturales hacia los *deberes* para su aprovechamiento (Schrijver, 1997; ver también Dam-de Jong, 2015). En este sentido, el concepto de desarrollo sostenible establece pautas, requisitos y procesos que condicionan la manera en que el Estado ejerce su soberanía sobre los recursos naturales (p. ej., abriendo espacios de diálogo y concertación para promover el ejercicio del derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta previa y la colaboración entre distintos órganos administrativos). Por tanto, la cuestión es si el diseño jurídico e institucional, y las capacidades para establecer procesos de diálogo intercultural e interdisciplinario y de gestión del desarrollo sostenible, son suficientes para asegurar que los Estados puedan cumplir efectivamente sus deberes en el ámbito del derecho interno.
- 72 El diseño de plataformas y estructuras que promuevan la contribución de la minería al desarrollo sostenible exige algo más que solo pensar desde el territorio y lo local. También implica cristalizar políticas de Estado para asegurar la transparencia y la rendición de cuentas respecto de la renta, la reinversión de la renta y la transformación de los recursos no renovables en otras formas de capital (conceptos que ya han sido explícita o implícitamente reconocidos en los textos legales y en la jurisprudencia). En

general, esto exige a los países a ser actores y participantes activos (y no solo receptores) en los procesos de gobernanza regional y global atinentes a los recursos naturales para asumir los desafíos de los ODS para el 2030.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, A. (2010) *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo*, una lectura desde la Constitución de Montecristi (Quito: Fundación Friedrich Eber, FES-ILDIS).
- Álvarez, G. L. (2011) *Las áreas protegidas en Colombia* (Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia).
- Ameller, V, D. Chávez et al. (2012) *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina* (Bolivia: Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI), Konrad Adenauer Stiftung e.V.), http://www.kas.de/wf/doc/kas_33592-1522-4-30.pdf?130221162840 (accedido el 20 de septiembre de 2016).
- Auty, R. y R. Mikesell (1998) *Sustainable Development in Mineral Economies* (Oxford: Clarendon Press).
- Bastida, A. E. (2004) *Mineral Tenure Regimes in the Context of Evolving Governance Frameworks*, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, University of Dundee (PhD Thesis).
- Bastida, A. E. (2008) *Mining Law in the Context of Development*, en P. Andrews-Speed (ed.) *International Competition for Resources: The Role of Law, State and Markets* (Dundee: Dundee University Press), pp. 101-136.
- Birnie, P., Boyle, A. y Redgwell, C. (2009) *International Law & the Environment*, tercera edición (Oxford: Oxford University Press). Brañes, R. [ca. 2004] 'Los mecanismos para la aplicación del derecho para el desarrollo sostenible en America Latina', en *La fundación del derecho ambiental en América Latina* (s.f.). <http://www.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/19%20La%20fundaci%3Fn%20del%20derecho%20ambiental%20en%20América%20Latina.pdf> (accedido el 18 de septiembre de 2016).
- Bolivia (Estado Plurinacional de) (2016) *Ley 786*, Plan de desarrollo económico y social 2016-2020 en el marco del desarrollo integral para vivir bien (Fecha de publicación: 10 de marzo).
- Bolivia (Estado Plurinacional de) (2015) *Ley 705*, Ley de modificación de la ley marco de autonomías y descentralización “Andrés Ibáñez” no. 031 de 19 de julio de 2010 (Fecha de publicación: 5 de junio).
- Bolivia (Estado Plurinacional de) (2014) *Ley 535*, Ley de Minería y Metalurgia (Fecha de publicación: 28 de mayo).
- Bolivia (Estado Plurinacional de) (2013) *Consulta previa: Experiencia en el Estado Plurinacional de Bolivia*, presentación, agosto (Lima: Panel sobre Consulta previa de inclusión social desde el dialogo intercultural).
- Bolivia (Estado Plurinacional de) (2012) *Ley 300*, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (Fecha de publicación: 15 de octubre).

Bolivia (Estado Plurinacional de) (2009) *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/> (accedido el 21 de enero 2018).

Bolivia (Estado Plurinacional de) (2007) Ley 3760, Eleva a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, aprobada en la 62^a Sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York, el 13 de septiembre de 2007 (Fecha de publicación: 8 de noviembre).

Bolivia (Ministerio de Planificación y Desarrollo) (2006) *Plan Nacional de Desarrollo, Ministerio de Planificación y Desarrollo*, Decreto Supremo N° 29.272.

Cameron, J. D. (2013) 'Bolivia's Contentious Politics of «Normas y Procedimientos Propios»', *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*, 8(2), 179-201, DOI: 10.1080/17442222.2013.810012.

Cano, G. (1977) 'Aporte a la anunciada reforma legal minera. Régimen Jurídico de la Gran Minería en Latinoamérica', *La Ley 1977-B*, 787.

CCSI (Columbia Centre on Sustainable Investment), SDSN (UN Sustainable Solutions Network), UNDP (United Nations Development Programma) y World Economic Forum (2016) *White Paper, Mapping Mining to the Sustainable Development Goals: An Atlas* (Geneva; World Economic Forum), http://www3.weforum.org/docs/IP/2016/IU/Mapping_Mining_SDGs_An_Atlas.pdf (accedido el de septiembre de 2016).

Colombia (Cámara de Comercio de Medellín para Antioquía) (2016a) 'Minería y desarrollo: los nuevos retos jurídicos del desarrollo minero a partir del empoderamiento de las autoridades territoriales', Presentación (Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Departamento de Derecho Minero Energético).

Colombia (República de) (2015) *Ley 1753, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 «Todos por un nuevo país»* (Fecha de publicación: 9 de junio).

Colombia (República de) (1991) *Constitución Política de Colombia*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> (accedido el 21 de enero 2018).

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas) (2016) *Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe*, Documento de posicionamiento de la División de Recursos Naturales e Infraestructura, enero, <http://www.cepal.org/es/notas/nueva-gobernanza-recursos-naturales-america-latina-caribe> (accedido el 18 de septiembre de 2016).

Cousu, J. (2006) 'The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity', en R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* (Londres: Ashgate), pp. 61-79.

Dam-de Jong, D. (2015) *International Law and Governance of Natural Resources in Conflict and Post-Conflict Situations*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 121 (Cambridge: Cambridge University Press), DOI: 10.1017/CBO9781316145425.

Dietsche, E. (2014) 'Diversifying mineral economies: Conceptualising the debate on building linkages', en A.E. Bastida y M. Ericsson (eds.) *Can mining be a catalyst to diversifying economies?* (special issue), *Mineral Economics*, 27(2), pp. 89-102, DOI:10.1007/s13563-014-0058-4.

DPLF (Due Process of Law Foundation) y Oxfam (2011) *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* (Washington D. C.: Due Process of Law Foundation), <http://www.dplf.org/es/resources/el-derecho-la-consulta->

previa-libre-e-informada-de-los-pueblos-indigenas-la-situacion-de (accedido el 18 de septiembre de 2016).

Eggert, R. (2000) 'Sustainable Development and the Mineral Industry', en J. Otto, y J. Cordes (eds.) *Sustainable Development and the Future of Mineral Investment* (París: UNEP), pp. 2-1-2-15.

Escobar, A. (2015) 'Degrowth, postdevelopment, and transitions: a preliminary conversation', *Sustainability Science*, 10, 451-462, DOI: 10.1007/s11625-015-0297-5.

Flemmer, R. y A. Schilling-Vacaflor (2016) 'Unfulfilled promises of the consultation approach: the limits of effective indigenous participation in Bolivia's and Peru's extractive industries', *Third World Quarterly*, 37(1), pp. 172-188, DOI:10.1080/01436597.2015.1092867.

Harris, J. (2001) 'Economics of Sustainability: The Environmental Dimension. Overview Essay', en J. Harris, T. Wise, K. Gallagher y N. Goodwin, *A Survey of Sustainable Development Social and Economic Dimensions* (Washington: Island Press).

Henao J. C. y A. C. González Espinosa (eds.) *Minería y desarrollo. Tomo IV: Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

Hurtado Mora, J. I. (2016) 'Operatividad de la consulta previa sobre los recursos naturales renovables en los sistemas de control estatal', en J.C. Henao y A. C. González Espinosa, *Minería y desarrollo. Tomo IV: Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), pp. 377-414.

Mancero, G. y M. Montoya (2012) 'Colombia', en B. Palmer y C. McKenna (eds.) *Oil Regulation* (Londres: Law Business Research).

Moya Mena, A. (2016) 'La Minería en el Chocó', en J. C. Henao y A. C. González Espinosa, *Minería y desarrollo. Tomo IV: Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), 283-329.

OEA (Organización de los Estados Americanos) (2015) *Sistema de Información sobre Comercio Exterior / Trade policy documents, trade agreements and other trade information by country*, <http://www.sice.oas.org> (accedido el 18 de septiembre de 2016).

ONU (Naciones Unidas) (2015) *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/70/PV.4 aprobada el 25 setiembre 2015; Distr. General 21 October 2015, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>, (accedido el 21 de enero 2018).

ONU (2012) *Resolución de la Asamblea General 'El futuro que queremos'*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río + 20, documento A/RES/66/288, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288> (accedido el 20 de septiembre de 2016).

ONU (1992) *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, 13 de junio, 31 ILM 874, <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm> (accedido el 21 de enero 2018).

ONU (1987) Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMAD), *Nuestro Futuro Común* ("Informe Brundtland"), presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas como documento A/42/427, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>, (accedido el 21 de enero 2018).

ONU (1962) 'Permanent sovereignty over natural resources', Resolución de la Asamblea General 1803 (XVII) del 14 de diciembre, <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf> (accedido el 21 de enero 2018).

- Ricaurte, M. (2013) 'Colombia', en E. Richer La Flèche (ed.) *The Mining Law Review* (Londres: Law Business Research) Londres. (Segunda edición).
- Robledo Silva, P. (2016) 'Los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad: una posible solución a la problemática del reparto de competencias en materia minera', en J.C. Henao y S. Díaz Ángel, *Minería y desarrollo. Tomo V: Historia y gobierno del territorio minero* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), pp. 227-268.
- Rodríguez, G. A. (2014) 'Ámbito Temático o Casos en los que es Obligatoria La Consulta Previa', en Universidad del Rosario (ed.) *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en colombia*, (Bogotá: Universidad del Rosario), pp. 65-107.
- Santaella Quintero, H. (2016) 'Un territorio y tres modelos de gestión: análisis de la necesidad de armonizar y constitucionalizar las competencias urbanísticas, ambientales y mineras sobre el territorio', en J.C. Henao y S. Díaz Ángel, *Minería y desarrollo. Tomo V: Historia y gobierno del territorio minero* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), pp. 175-226.
- Schrijver, N. (1997) *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties* (Cambridge: Cambridge University Press).
- SINAP (Parques Naturales Nacionales de Colombia) (2015) *Sistema Nacional de Áreas Protegidas*, <http://www.parquesnacionales.gov.co>, (accedido el 18 de septiembre de 2016).
- Suarez Ricaurte, F. (2016) 'El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales y la minería en Colombia. Una lectura a partir del derecho al territorio indígena', en J.C. Henao y A.C. González Espinosa, *Minería y desarrollo. Tomo IV: Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), pp. 331-376.
- Szablowski, D. (2007) *Transnational Law and Local Struggles. Mining, Communities and the World Bank* (Oxford: Hart Publishing).
- Tilton, J. (2003) *On Borrowed Time? Assessing the Threat of Mineral Depletion* (Washington D.C.: Resources for the Future).
- Tockman, J. (2016) 'Decentralisation, socio-territoriality and the exercise of indigenous self-governance in Bolivia', *Third World Quarterly*, 37(1), 153-171, DOI:10.1080/01436597.2015.1089163.
- Tockman, J., J. Cameron y W. Plata (2015), 'New Institutions of Indigenous Self-Governance in Bolivia: Between Autonomy and Self-Discipline', *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*, 10(1), pp. 37-59, DOI:10.1080/17442222.2015.1034442.
- UPME (Unidad de Planeación Minero Energética) (2015) *Quienes somos*, (Bogotá: Servicio Geológico Colombiano, <http://www.sgc.gov.co> (accedido el 20 de septiembre de 2016).
- Uprimny Yépes, R. (2006) 'The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates', en R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* (Londres: Ashgate), pp. 127-151.
- Van der Veen, P., F. Remy, J.P. Williams, B. Lundberg y G. Walser (1996) *A Mining Strategy for Latin America and the Caribbean*, Technical Paper 345 (Washington D.C.: Banco Mundial - División de Industria y Minería, Departamento de Industria y Energía), <http://documents.worldbank.org/curated/en/650841468087551845/A-mining-strategy-for-Latin-America-and-the-Caribbean>, (accedido el 18 de septiembre de 2016).
- Vanhulst, J. y A. Beling (2014) 'Buen vivir: Emergent discourse within or beyond sustainable development?', *Ecological Economics*, 101, pp. 54-63, DOI:10.1016/j.ecolecon.2014.02.017.

- Velásquez, F.B.C. (Coord.) (2014) *El sector extractivo en Colombia 2013* (Bogotá: Fundación Foro Nacional por Colombia) http://www.berglobal.com/files/2016/colombia_extractivas.pdf (Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2016).
- Velásquez, F.B.C. (Coord.) (2013) *El sector extractivo en Colombia 2011-2012* (Bogotá: Fundación Foro Nacional por Colombia), http://lasillavacia.com/sites/default/files/mineropedia/informe_observatorio_ie_2013_final.pdf (accedido el 18 de septiembre de 2016).
- Vergara Blanco, A. (1992) *Principios y Sistema de Derecho Minero. Estudio Histórico y Dogmático* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile), DOI:10.1016/j.ecolecon.2014.02.017.
- Vildósola Fuenzalida, J. (1999) *El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe* (Caracas: OLAMI/ECLAC/CEPAL), <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/36627>.
- Villalba, U. (2013) 'Buen Vivir vs Development: a paradigm shift in the Andes?', *Third World Quarterly*, 34(8), pp. 1427-1442, DOI: 10.1080/01436597.2013.831594.
- Viñuales, J. (2015) 'International Investment Law and Natural Resource Governance', en *Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development - The E15 Initiative*, (Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum) <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/07/Extractive-Vinuales-FINAL1.pdf> (accedido el 18 de septiembre de 2016).
- Walsh, J. R. (2000) 'El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad', en J. R. Walsh y M. E. Di Paola et al. (eds.) *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad* (Buenos Aires: La Ley), pp. 1-66.
- Wolff, J. (2013) 'Towards Post-Liberal Democracy in Latin America? A Conceptual Framework applied to Bolivia', *Journal of Latin American Studies*, 45, pp. 31-59, DOI:10.1017/S0022216X12000843.
- Yupari, A. (2005) 'Decentralisation and Mining: Colombia and Peru', en E. Bastida, T. Wälde y J. Warden-Fernandez, *International and Comparative Mineral Law and Policy: Trends and Prospects* (La Haye: Kluwer Law).

NOTAS

1. Como referencia para estructurar esta sección, se ha tomado la categorización establecida por Viñuales (2015), que distingue entre perspectivas estructurales y perspectivas dinámicas cuando se examinan ramas específicas del derecho. La investigación se basa en el análisis y hallazgos plasmados en Bastida (2004 y 2008).
2. Reales Ordenanzas para la Dirección, Rejimen y Gobierno del Importante Cuerpo de la Minería de Nueva-España y de su Real Tribunal Jeneral de orden de Su Majestad (1783). Para un estudio profundo de las Ordenanzas, ver Vergara Blanco (1992) y Vildósola Fuenzalida (1999).
3. En Chile, la vigencia de las Ordenanzas se extendió hasta 1874; en México, hasta 1884; en Argentina, hasta 1886.
4. La Constitución Política de Chile de 1980 y la Constitución Política del Perú de 1993 consagraron los principios de libertad económica, trato nacional, protección de la propiedad privada y garantía de indemnización en caso de expropiación (previo pago en efectivo), y estipularon que el Estado puede realizar actividades empresariales si estas son previamente autorizadas por ley (con *quorum* calificado en el caso de Chile). El artículo 19, inciso 24, de la Constitución de Chile proclama el dominio del Estado sobre las minas y establece los lineamientos para su concesión, indicando que los mismos sean establecidos por Ley Orgánica Constitucional. La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, que fue posteriormente aprobada, y el

Código de Minería de 1983 establecen un régimen de “concesión-propiedad” mediante el cual se otorga la concesión al primer peticionante, con la condición de un pago anual mediante resolución judicial. La evolución de esta cuestión es similar en el Perú. A partir de la Ley de Promoción de la Inversión Extranjera de 1991 y de la nueva Constitución de 1993, el Perú promovió reformas jurídicas y tributarias estructurales a fin de crear las bases y los incentivos para la inversión extranjera, a la par que implementó un programa de privatización de empresas estatales. El Texto Único Revisado de la Ley General de Minería de 1992 adoptó un régimen de concesión minera -que muestra rasgos similares al vigente en Chile-, pero mediante el cual las concesiones son otorgadas por la autoridad administrativa.

5. Los acuerdos bilaterales de inversión incluyen a aquellos con China y el Reino Unido; además, Colombia es miembro de la Organización Mundial del Comercio y de la Comunidad Andina de Naciones. También es parte de acuerdos de libre comercio con la Unión Europea, Canadá, el Triángulo del Norte, Chile, Estados Unidos y México (OEA, 2015).

6. El Plan está orientado a “construir una Colombia en paz, equitativa y educada, en armonía con los propósitos del Gobierno Nacional, con las mejores prácticas y estándares internacionales, y con la visión de planificación de largo plazo prevista por los objetivos de desarrollo sostenible” (Colombia, 2015). En materia de minería, establece requisitos adicionales orientados a la acreditación de la capacidad económica para el otorgamiento de títulos mineros y cesiones de derechos y de áreas. También incluye la incorporación de la obligación de elaborar y ejecutar planes de gestión social como parte de los contratos de concesión a suscribirse a partir de la vigencia de dicha ley.

7. Otras instituciones están encargadas de la planeación del sector y su desarrollo desde un punto de vista geocientífico: el Servicio Geológico Colombiano y la Unidad de Planeación Minero Energética. Las actividades de estos dos entes estatales sirve de sustento en la toma de las decisiones del Ministerio de Minas y Energía respecto del sector minero (UPME, 2015).

8. Intervención del Departamento Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia con referencia a la sentencia C-619/15 del 30 de setiembre de 2015 (sin publicar).

9. A este respecto, el artículo 360 dispone que: “La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías”.

10. El artículo 361 estipula que los ingresos “se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la explotación y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población” (Colombia, 1991).

11. Sentencia C-1071 de 2013: “En términos económicos y ecológicos, las regalías que el Estado puede cobrar por la explotación de recursos privados, tienen su fundamento en la necesidad de corregir y compensar algunas de las externalidades negativas que se producen como consecuencia de la explotación de recursos no renovables. Por supuesto, además de las anteriores, la regalía que pagan los particulares por la explotación de recursos estatales puede

tener un fundamento adicional, que es admisible constitucionalmente, como lo es la contraprestación por la explotación de un bien de propiedad del Estado”.

12. Intervención del Departamento Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia con referencia a la sentencia C-619/15 del 30 de setiembre de 2015 (sin publicar).

13. La sentencia declara: “Sostener lo contrario, en relación con la última de estas razones, conduciría al absurdo de que se tuviera que incluir en los diversos ordenamientos legales, sin importar su materia, la lista de mandatos constitucionales aplicables en cada caso concreto (v.gr. acatar la Constitución y la ley, respetar y obedecer a las autoridades, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, respetar la vida ajena, no discriminar a ninguna persona, ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, etc.) Por supuesto, tal interpretación desvirtúa los más claros principios de la hermenéutica, la teoría jurídica y la técnica legislativa, entre otros”.

14. Intervención de los Departamentos de Derecho Minero Energético y de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia con referencia al Expediente D-11172 - Corte Constitucional (sin publicar).

15. Intervención del Departamento Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia con referencia a la sentencia C-619/15 del 30 de setiembre de 2015 (sin publicar).

16. Según el Mecanismo de Información de Páramos (MIP), iniciativa del Consorcio para el Desarrollo Sostenible de la Ecorregión Andina (CONDESAN) en el marco del Proyecto Páramo Andino (PPA), un páramo es “un ecosistema tropical de montaña que se desarrolla por encima del área del bosque y tiene su límite en las nieves perpetuas. En los Andes, los páramos se encuentran desde la cordillera de Mérida (Venezuela), atravesando las cadenas montañosas de Colombia y Ecuador, hasta la depresión de Huancabamba (Perú)”.

17. Ver el extenso y detallado análisis de la legislación y la jurisprudencia en esta materia en Henao y González Espinosa (2016) y DPLF y Oxfam (2011).

18. Acerca de la tendencia en materia de descentralización en Colombia, ver Yupari (2005).

19. Sentencia C-619 de la Corte Constitucional, del 30 de setiembre de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; actores: César Rodríguez Garavito, Beatriz Botero Arcila y Camila Soto Mourraile.

20. Es importante señalar que en el artículo 58 se garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles. Este artículo también estipula que “[c]uando de la aplicación de una ley expedida por motivos 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. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado...”.

21. Demanda de constitucionalidad contra el artículo 13 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, por medio del cual se declara la industria minera, en todas sus ramas y fases, de utilidad pública e interés social, en *Dejusticia*. http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.702.pdf (accedida el 2 de enero de 2016).

22. Sentencia C-619/15, <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-619-15.htm> (accedida el 20 de enero de 2016).

23. Intervención del Departamento Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia con referencia a la sentencia C-619/15 del 30 de setiembre de 2015 (sin publicar).

24. El Gobierno aprobó un nuevo plan mediante la Ley 786: *Plan de desarrollo económico y social 2016-2020 en el marco del desarrollo integral para vivir bien* (Bolivia, 2016).

25. Los derechos y obligaciones derivadas de los contratos no pueden ser objeto de cesión. Según el artículo 140, las solicitudes de otorgamiento de nuevos contratos requieren incluir planes de trabajo e inversión (pero no condiciones técnicas o financieras). Las cláusulas obligatorias a ser incluidas en estos contratos son referencias a los planes de trabajo e inversión, al control periódico, y a las estipulaciones relativas a la protección y conservación ambiental, la mano de obra local y los servicios nacionales (art. 143).

26. Ver el análisis detallado de la legislación, jurisprudencia y casos de implementación en DPLF y Oxfam (2011) y en Ameller et al. (2012).

RESÚMENES

El presente artículo traza un recorrido por las tendencias en materia de legislación minera en América Latina. Se centra en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en torno a la interpretación de las condiciones y procesos de toma de decisiones en la actividad en el marco del desarrollo sostenible y presenta una aproximación inicial del modelo de organización económica y de legislación sectorial adoptados en Bolivia. El capítulo vislumbra el tránsito desde regímenes sectoriales focalizados en la exploración y explotación, hacia regímenes para los procesos de toma de decisiones que integren los principios constitucionales y los marcos jurídicos aplicables a la gestión del territorio y sus recursos desde una mirada integradora e inclusiva. El énfasis está puesto en reflexionar acerca de las brechas de diseño jurídico e institucional y en los desafíos correspondientes. Entre éstos, se encuentra la necesidad de fortalecer las capacidades institucionales y de los actores que participan en los procesos de toma de decisiones a fin de avanzar los esfuerzos dirigidos a promover la gestión sostenible de los recursos minerales en la región.

AUTORES

ANA ELIZABETH BASTIDA

Ana Elizabeth Bastida es profesora titular en el Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law & Policy en la Escuela de Ciencias Sociales de la Universidad de Dundee (Reino Unido). Se especializa en legislación, políticas y gobernanza del medio ambiente y de los recursos naturales en el contexto del desarrollo sostenible.

LUIS BUSTOS

Luis Bustos es profesor de la Universidad Externado de Colombia. Abogado especialista en Derecho Público, Ciencias Políticas y Sociología (Externado, Colombia) y magíster en Legislación y Políticas Mineras (Dundee, Reino Unido). Actualmente es candidato doctoral de Derecho en la Universidad Panamericana de México.