

Urbanismo y minería: tensiones y conflictos sobre los usos del suelo en el territorio municipal

Urban planning and mining: tensions and conflicts over the use of the land in the local territory

Héctor Santaella Quintero*

Pese a ser los municipios los responsables constitucionales de la ordenación de su territorio, la competencia de la Nación para otorgar títulos de aprovechamiento minero es uno de los principales límites que afrontan los entes locales en el ejercicio de su competencia, así como uno de los mayores focos de conflictividad entre estos dos niveles administrativos. En un fallo reciente, la Corte Constitucional consideró contrario a la Constitución que se marginara completamente a los municipios del proceso de otorgamiento de los títulos mineros y efectuó una interpretación de la legislación minera que obliga a que se tenga en cuenta su opinión en estos trámites.

Palabras clave: Urbanismo, plan de ordenamiento territorial, límites a la discrecionalidad del planificador urbanístico, conflictos ambientales por minería, contenido esencial de la autonomía territorial.

In spite of the fact that the duty to regulate land use within their jurisdiction was vested upon local authorities by Constitution, the control of the central government over the mining industry represents one of the principal limits that the municipalities have to face while exercising their powers over the territory. Such a situation leads to many conflicts between these two administrative levels. In a recent decision, the Constitutional Court struck down a statutory provision that excluded completely the participation of municipalities in the procedures of granting the right to work on mines and ruled, in turn, that this kind of procedures have to take into account the considerations of the local authorities.

Keywords: Urban planning, urban plan, limits of the discretion of the urban planner, environmental conflicts over mining, constitutional guarantee of local self-government.

RESUMEN / ABSTRACT

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: hector.santaella@uexternado.edu.co

Recibido el 3 de noviembre y aceptado el 1 de diciembre de 2014.

Introducción

Consciente de sus implicaciones sobre la calidad de vida de las personas y sobre aspectos decisivos para la comunidad (protección de recursos naturales, defensa del patrimonio histórico cultural, prevención y manejo de riesgos, promoción del espacio público, mejoramiento de infraestructuras, desarrollo adecuado del derecho a una vivienda digna, garantía del acceso a servicios públicos, etc.), aunque no de manera expresa, la Constitución colombiana de 1991 estableció en sus disposiciones un modelo de ordenación del territorio. Se trata de un esquema acorde con el tipo de organización territorial sancionado por el Constituyente, esto es, un Estado unitario con garantía de la autonomía de las entidades territoriales. En él se conjuga la intervención de los diferentes niveles administrativos (central, departamental y municipal) en un marco determinado esencialmente por los principios de Estado unitario y autonomía territorial que proclama el art. 1° de la Constitución como piezas centrales del modelo territorial adoptado. De aquí que si bien es esta una materia que no resulta ajena al legislador, en virtud de las específicas encomiendas realizadas por la Constitución a los entes locales, representa un campo en el cual sus intervenciones están fuertemente limitadas por el principio de autonomía local (arts. 1° y 287 de la Constitución) y por los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad establecidos por la Constitución (art. 288) como rectores de la regulación y ejecución de las tareas que se deben llevar a cabo de manera conjunta por los distintos niveles de la Administración. Es, entonces, como se verá enseguida, un área en la cual le corresponde al legislador definir el marco general del ejercicio de las competencias atribuidas por el Constituyente a los municipios, para que sean estos quienes adopten las decisiones finales sobre el territorio, siempre encuadrándose en las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia.

Aun cuando en términos generales este esquema ha funcionado de manera satisfactoria desde la generalización a partir de 1997 del deber legal de todos los municipios de adoptar instrumentos técnicos de ordenación de su territorio¹, la proliferación de conflictos ambientales y

¹ Aun cuando la prescripción del deber legal de establecer planes que orienten el desarrollo urbano de las ciudades tiene antecedentes en Colombia que se remontan a la Ley 88 de 1947, se trata de regulaciones que o bien se dirigían únicamente a algunos municipios (como en el caso de la Ley 88 de 1947, que aludía solo a municipios con un presupuesto superior a un monto fijo determinado en la ley; o la Ley 61 de 1978, que hace referencia a municipios con una población superior a los 20.000 habitantes), o cuyo cumplimiento fue escaso en la *praxis* de las administraciones locales (caso de lo previsto en el Decreto-Ley 1333 de 1986 o de la Ley 9 de 1989), MORCILLO 2007, 67 y 120. Al prever en su art. 20 la prohibición de expedir licencias urbanísticas como sanción por el incumplimiento del deber legal de adoptar un plan de ordenamiento del territorio (POT)

por los usos del suelo en los últimos 12 años parece indicar que algo ha cambiado. La modificación de la legislación minera llevada a cabo en 2001 y el aumento de precios de los minerales e hidrocarburos durante la primera década de este siglo han motivado un crecimiento exagerado de esta actividad en un corto tiempo, con un alto impacto sobre los territorios y un aumento drástico de la conflictividad social, ambiental y política por situaciones asociadas con la actividad minera. En efecto, el monopolio decisorio establecido por el Código de Minas a favor del Estado central (en adelante, la Nación) en relación con quién, dónde y cuándo se aprovecha la riqueza minera en el país ha exacerbado esta situación y se ha convertido en una de las principales fuentes de enfrentamientos entre las comunidades y las autoridades centrales. Lo anterior, sin contar con los conflictos ambientales inherentes al desarrollo de esta clase de actividades². Producto de la arremetida minera sobre los territorios locales, sus poblaciones se han visto amenazadas tanto en sus economías tradicionales, como en los usos del suelo, el acceso al agua, la preservación de recursos naturales, la conservación y el disfrute del paisaje, sus posibilidades de formalización de la propiedad y de regreso a y permanencia en sus tierras (en el caso de las víctimas del conflicto), así como en su conformación étnica, entre muchos aspectos problemáticos generados por esta actividad económica. El resultado: un cambio notable de la acostumbrada relación de armonía entre la Nación y los municipios bajo la cual se cumplían las tareas de ordenación del territorio³, ahora presididas por una notable tensión social y un inusitado enfrentamiento institucional⁴.

dentro del término señalado, la Ley 388 de 1997 ha logrado que a diferencia de sus predecesoras, sus disposiciones en esta materia se acaten en mayor medida.

² Según el recientemente publicado mapa de los conflictos ambientales elaborado por el Atlas Global de la Justicia Ambiental, la minería es una de las principales fuentes de conflictos ambientales. Con 98, Colombia es el segundo país a nivel mundial en disputas de este tipo. El primer lugar lo ocupa la India con 172. Latinoamérica concentra un buen número de casos de conflictos documentados por el Atlas, siendo los principales los siguientes: Colombia con 98, Brasil con 61, Ecuador con 48, Chile con 35, Argentina con 34, Perú con 31, y México con 26. Información recuperada el 23 de septiembre de 2014. En: <http://www.ejatlases.org>

³ Tal como se reseñaba hace poco en los diarios colombianos, desde antes de 1992 hasta 2001, el número de conflictos ambientales se mantuvo más o menos constante (entre uno o dos por año). Estos aumentaron de forma significativa a partir de entonces. La mayoría del total de casos en Colombia han sido ocasionados por actividades como el oro y el carbón, siendo responsables del 47% de los conflictos. Los proyectos de infraestructura generaron el 11% y las hidroeléctricas, el 10%. Los restantes se deben, entre otros, a la palma, el petróleo y la madera. Cfr. SILVA 2014.

⁴ Cfr. el informe especial del CINEP 2012. También se pueden consultar informes elaborados por instituciones estatales como la Contraloría General de República (responsable del control de la gestión fiscal de la Administración Central) como los documentos "Minería en Colombia. Derechos, políticas públicas y gobernanza", del 2013. También organismos internacionales como el PNUD se han ocupado de estos asuntos. Cfr. VARGAS 2014.

Con el ánimo de explorar las claves fundamentales de esta tensión, en el presente escrito se analiza, en una primera parte, la responsabilidad de los municipios sobre la ordenación del territorio (I), para lo cual se estudian tanto sus bases constitucionales como su desarrollo legal; para enseguida, en una segunda parte, evaluar los límites a la discrecionalidad municipal en el cumplimiento de esta tarea (II), apartado dentro del cual se valorarán tanto los límites generales impuestos por la Constitución y la ley al ejercicio de esta competencia, como el que en particular representa el deber de someterse a las decisiones mineras de la Nación como la más polémica de las restricciones impuestas. El estudio finaliza con algunas conclusiones sobre cómo se ha solventado el conflicto Nación-Municipios ocasionado por la prohibición legal a que estos declaren zonas de su territorio como excluidas de la actividad minera.

I. La ordenación del territorio como competencia esencialmente reservada por la Constitución a los municipios

Aun cuando en el texto constitucional son múltiples las referencias al manejo del suelo y la regulación de la propiedad privada, sin que se establezca en él una competencia exclusiva en esta materia en cabeza de un determinado nivel administrativo, ni figure expresamente la adopción de un modelo particular de ordenación del territorio, el análisis conjunto de sus disposiciones permite identificar y determinar el sentido del sistema constitucionalmente definido a este respecto.

Ciertamente, aunque algunos preceptos constitucionales apuntan a la configuración legal de estos temas⁵, otros sencillamente los señalan como una responsabilidad genérica del Estado⁶ y otros parecen hacer de esta una cuestión estrictamente municipal⁷, su análisis conjunto permite determinar las claves fundamentales del modelo de ordenación del territorio constitucionalmente implantado. En él se articulan los diferentes niveles administrativos (central, departamental y municipal) den-

⁵ V. gr. el art. 58, que establece una reserva de ley en todo lo relacionado con el derecho de propiedad privada; el artículo 63, que faculta al legislador para determinar qué bienes deben someterse a un régimen especial de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad; el art. 102, que dispone que el territorio y los bienes públicos que de él forman parte pertenecen a la Nación; el 332, que declara al Estado propietario de subsuelo y de los recursos naturales no renovables; o el art. 334, en virtud del cual el Estado debe intervenir por mandato de la ley, entre otras actividades, en la explotación de recursos naturales y los usos de suelo.

⁶ V. gr. los arts. 79 y 80, que imponen como deber del Estado en general conservar las áreas de especial importancia ecológica y planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

⁷ V. gr. el art. 311, que encomienda al municipio ordenar el desarrollo de su territorio; o el art. 313.7, que señala la reglamentación de los usos de suelo como una competencia de los concejos municipales.

tro de un marco que apunta a desarrollar los principios de Estado unitario y autonomía territorial que proclama el art. 1° de la Constitución como piezas centrales del esquema de organización territorial adoptado. Esto, como expresión de la necesidad de dotar a cada comunidad de las facultades necesarias para dar proyección normativa a su particular visión del territorio y, en general, a su relación con el entorno local.

No siendo iguales ni homologables las percepciones ni las relaciones que se establecen entre las distintas comunidades y sus respectivos entornos, cada una deberá gozar de la posibilidad de definir autónomamente (dentro de los marcos que establecen la Constitución y la ley) las reglas que gobiernan este aspecto de la vida de cada población.

En este orden, es este un ámbito en el cual si bien se observa la presencia de competencias concurrentes y en el que los entes locales deben siempre obrar conforme a las disposiciones constitucionales y legales que enmarcan sus determinaciones, en virtud de expresas decisiones constitucionales se configura como un campo prevalentemente municipal (1), y como tal ha sido desarrollado por el legislador (2).

1. Fundamentos constitucionales de la responsabilidad municipal por la ordenación del territorio local

Distintas disposiciones de la Constitución permiten caracterizar la ordenación del territorio local como una responsabilidad esencialmente municipal. Además del art. 1°, que, junto con el carácter unitario del Estado, establece la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus asuntos como principio básico del modelo de organización territorial adoptado, y define así como una particular seña de identidad del sistema constitucional nacional *un modelo de estado unitario flexible*, se deben mencionar también los arts. 287, 288, 311 y 313 numerales 7° y 9°. Frente a la problemática que se examina, ellos permiten precisar el sentido del modelo territorial sancionado por la Constitución (énfasis agregado).

Así, el art. 287 establece la garantía de la autonomía territorial para la gestión de los asuntos propios de cada ente y consagra su derecho a gobernarse por sus propias autoridades, a ejercer las competencias que le correspondan, a administrar sus recursos, a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales. El art. 288, por su parte, prescribe que las competencias que implican al conjunto de niveles administrativos (Nación, departamentos y municipios) deberán ejercerse conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad⁸. El art. 311, por su parte, caracteriza al

⁸ De acuerdo con la jurisprudencia constitucional estos principios pueden comprenderse de la siguiente manera: "El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de

municipio como la entidad fundamental de la división político administrativa del Estado y le encomienda de manera expresa “ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes”. Finalmente, el art. 313 establece las competencias de los concejos municipales y en los numerales 7° y 9° define como responsabilidad de estas corporaciones político-administrativas del ámbito local “reglamentar los usos del suelo (num. 7°) y “dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio” (num. 9°).

Frente a este panorama bien podría afirmarse que la ordenación del territorio local se presenta como una encomienda directa efectuada por la Constitución a los municipios con el fin de asegurar el bienestar y la calidad de vida de sus habitantes, así como la protección reforzada de la naturaleza y la promoción de esquemas adecuados de participación ciudadana en la toma de esta clase de determinaciones. La significación que tiene el entorno para la vida social, cultural y económica de una comunidad y la de sus individuos permitiría justificar este enfoque y poner de relieve la preocupación del constituyente por vincular a los entes territoriales a las decisiones que inciden sobre el lugar que ocupa su población y sus recursos.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que en virtud de lo previsto por el art. 58 de la Constitución las cuestiones atinentes a la regulación de la propiedad privada son materias con reserva de ley⁹, y

los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad. // El principio de coordinación, a su vez, tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas. // El principio de subsidiariedad, finalmente, corresponde a un criterio, tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado, y la correspondiente atribución de competencias, debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo cual es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización solo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores cuando estas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades”. Sentencia TC rol N°149 (2010). En sentido análogo, véase las sentencias TC rol N°889 (2012) o rol N° 123 (2014).

⁹ Sentencia TC rol N°006 (1993).

que de conformidad con lo dispuesto por el art. 334 constitucional corresponde al legislador definir las reglas fundamentales bajo las cuales se llevará a cabo la intervención del Estado en la economía en asuntos como la explotación de los recursos naturales y los usos del suelo¹⁰, no hay duda que la Constitución ha querido dejar en manos del legislador las decisiones fundamentales en este frente. De este modo, al tiempo que se garantizan condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad y la libertad económica en todo el territorio nacional, se asegura la compatibilización de los intereses locales con la multitud de intereses supramunicipales que deben ser siempre tomados en consideración y que no pueden ser dejados al albur de cada municipalidad en la toma de decisiones sobre el territorio.

De aquí que, como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional, se trate de un ámbito en el cual “la Constitución consagra un sistema abierto, que permite la concurrencia de competencias entre distintos niveles de la administración, lo cual impone que tanto para la distribución como para la ejecución de las mismas se acuda a los principios de coordinación y de subsidiariedad”¹¹. Por este motivo, y en atención tanto a las exigencias del principio de Estado unitario, como a la garantía de la autonomía en el ejercicio de la competencia constitucionalmente otorgada a los entes locales en relación con estos asuntos, se impone concluir que “el marco normativo en asuntos urbanos se desarrolla desde el nivel central, pero respetando los espacios de autonomía de las entidades territoriales, a cuyas autoridades la Constitución atribuye directamente una competencia reglamentaria”¹². Será entonces dentro del marco definido por el legislador que las entidades municipales podrán ejercer las competencias normativas que les reconoce la Constitución y cumplir el papel de “identificador de la esencia y determinador del desarrollo práctico del régimen territorial” que les confía el texto constitucional¹³. De este modo resulta posible aterrizar y poner en marcha en cada territorio las fórmulas generales previstas por la ley, y más importante aún: precisarlas y complementarlas (dentro del marco fijado legalmente) a partir de las particularidades de cada población y de su singular visión de su territorio y de sus necesidades y perspectivas de desarrollo¹⁴.

¹⁰ Sobre el carácter flexible de esta reserva, que no exige una configuración exhaustiva de las fórmulas de intervención que se autorizan o contemplan, véase, p. ej., Sentencia TC rol N°228 (2010).

¹¹ Sentencia TC rol N°149 (2010).

¹² Sentencia TC rol N°149 (2010).

¹³ Sentencia TC rol N°123 (2014).

¹⁴ Resalta que la importancia para la ordenación del territorio de las numerosas visiones y experiencias que de él ofrece la consideración de “lo local”, SANTAELLA 2014, 767.

Ahora bien, pese a ser el legislador el responsable último de la definición de este régimen legal, no puede perderse de vista que es esta una tarea que se debe cumplir de conformidad con las garantías y disposiciones del Texto Superior. En consecuencia le resulta vedado a la ley desconocer, desvirtuar o desfigurar las decisiones adoptadas por el Constituyente en estos ámbitos. De aquí que si bien resulta legítimo que en aras de proteger o promover intereses nacionales el Parlamento restrinja la autonomía local en determinados asuntos (v. gr. la defensa de determinados ecosistemas de interés supramunicipal¹⁵ o de bienes que representan patrimonio cultural de la Nación¹⁶) no puede introducir limitaciones desproporcionadas a este atributo¹⁷, ni adoptar decisiones que terminen por vaciar, desplazar o desconocer la competencia del ente territorial sobre estas materias¹⁸.

2. La configuración legal de las competencias municipales en materia de ordenación del territorio como marco general para la toma de decisiones autónomas

La estructura central del régimen jurídico vigente en Colombia en materia de ordenación del territorio está contenido en la Ley N° 388 de 1997 (en adelante Ley de Desarrollo Urbano o LDU). Ella coronó el largo y difícil proceso de dotar al país de una legislación adecuada en materia de reforma urbana, planeación del desarrollo de las ciudades y regulación de la actividad inmobiliaria¹⁹; e hizo posible la definición de instrumentos clave para materializar objetivos constitucionales sociales, económicos y políticos de primer orden emplazados en los centros urbanos.

Precedida por las notables expectativas sembradas por la regulación constitucional de la materia, esta ley fue expedida con el fin de lograr distintos objetivos. Desde el punto de vista legislativo, su art. 1° declara que con ella se quiere armonizar la legislación urbanística con el texto de la Constitución, así como con las leyes dictadas después de 1991 (fecha de entrada en vigor del nuevo texto constitucional) en materia ambiental²⁰, de áreas metropolitanas²¹ y de planeación del desa-

¹⁵ Sentencia TC rol N°534 (1996). Plantea y defiende la necesidad de amparar la riqueza natural por encima de las preferencias locales como consecuencia de su condición de patrimonio de todos y de su conservación como presupuesto esencial para la garantía de las libertades y el desarrollo adecuado del sistema democrático, CALLE 2013, 282 y ss.

¹⁶ Sentencia TC rol N°366 (2000).

¹⁷ Sentencia TC rol N°123 (2014).

¹⁸ Sentencia TC rol N°535 (1996). También, recientemente, Sentencia TC rol N°123 (2014).

¹⁹ Describe este proceso MALDONADO COPELLO 2006, 26 y ss. También RENGIFO GARDEAZABAL 2011, 47 y ss.

²⁰ Ley 99, de 1993.

²¹ Ley 128, de 1994.

rollo²². Desde la óptica de la promoción de los entes locales, proclamados por la Constitución como la entidad fundamental de la estructura del Estado y como principales responsables de promover la participación de la comunidad en las decisiones que le conciernen y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, la ley dice enderezarse a permitir que los municipios, en ejercicio de su autonomía, promuevan la ordenación de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa de sus patrimonio ecológico y cultural, la prevención de desastres y la ejecución de acciones urbanísticas eficiente (art. 1.2 LDU). De otra parte, desde el prisma del derecho de propiedad, afirma orientarse a garantizar el cumplimiento de la función social del derecho y la materialización efectiva de los derechos constitucionales a la vivienda digna, acceso a los servicios públicos, medio ambiente sano, prevención de desastres y al disfrute del espacio público (art. 1.3 LDU). Finalmente, en el plano de la acción institucional, manifiesta apuntar a promover la concurrencia armoniosa de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y demás instancias de planificación en el cumplimiento de las responsabilidades constitucionales y legales en materia de ordenación del territorio para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de los municipios (art. 1.4 LDU).

En su texto se define el ordenamiento territorial como el conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, enderezadas a disponer de instrumentos eficaces para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, en armonía con las estrategias de desarrollo socioeconómico y de conservación del medio ambiente (art. 5 LDU). Con esta finalidad, se definió el plan de ordenamiento territorial (POT) como el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenación del territorio municipal (art. 9). Adicionalmente la ley fijó los contenidos que los integran (arts. 11-15), sus instrumentos complementarios (arts. 18 y 19), las acciones y decisiones que orienta (art. 8), el carácter obligatorio de su adopción por todos los municipios del país y sus efectos vinculantes para autoridades y particulares por igual (parágrafo del art. 8 y art. 20) estableciendo, entre otros aspectos, su procedimiento de aprobación y reforma (arts. 23-29).

Toda vez que el POT define a largo y mediano plazo un modelo de organización, ocupación y transformación del territorio municipal, en el cual se señalan las actividades que debe cumplir la respectiva entidad territorial con miras a regular y utilizar de manera ordenada, racional y coordinada el área del municipio y los recursos que hay en ella, así como para atender de forma eficiente las necesidades de su población

²² Ley 152, de 1994.

y desarrollar de manera óptima el potencial que ofrece, es claro que es la autoridad municipal la instancia más idónea para su formulación adecuada. Dada la generalidad de sus determinaciones y distancia del territorio y población difícilmente podrían el legislador, un Ministerio o cualquier otra agencia nacional cumplir con esta labor. Su elaboración no solo presupone un conocimiento detallado del territorio, sus recursos, potencial y necesidades; también implica una interlocución permanente y cercana con los distintos sectores de la comunidad.

La elaboración de un POT, tal como se concibe en la LDU, es mucho más que una simple definición técnica de un reglamento de usos de suelo de un área determinada. En consideración a sus implicaciones sobre el territorio (y su población), no se puede perder de vista que esta clase de decisiones "atañe a aspectos que resultan esenciales para la vida de los pobladores del distrito o municipio, sea que estos se encuentren en un área urbana, suburbana o rural.

La función de ordenamiento territorial, y dentro de ella con especial relevancia la de determinar los usos del suelo, afectan aspectos axiales a la vida en comunidad y llegan a determinar el modelo de desarrollo y, por consiguiente, las condiciones de vida en aspectos como el económico, el social, el cultural, el ambiental, el urbanístico, entre otros"²³. Resulta lógico entonces que el legislador, en aras de materializar los impulsos del principio de Estado social y democrático de Derecho sobre el desarrollo de esta actividad, imprimir mayor legitimidad a las decisiones del planeamiento y crear mejores condiciones para su efectividad, haya efectuado un reparto de competencias, instituido instrumentos y establecido los procedimientos indispensables para asegurarse que las determinaciones fundamentales en este campo no se dan al margen de la relación vital del individuo y de cada comunidad con su entorno, sino que vienen y se construyen desde lo local. De aquí que el legislador haya optado por hacer del POT la pieza central de la ordenación urbanística y haya hecho de la participación ciudadana uno de los ejes principales de su procedimiento de formulación, discusión y aprobación²⁴.

De este modo, con la expedición de la Ley N° 388 de 1997, al tiempo que se afianzaron las facultades de los entes municipales para ordenar su territorio conforme a sus preferencias y particularidades, mediante la definición de las autoridades, los fines, los procedimientos y los instrumentos que deben utilizarse en el cumplimiento de esta responsabilidad, se estableció un marco jurídico legal apropiado tanto para sentar las bases fundamentales del régimen general de la propiedad urbana, como

²³ Sentencia TC rol N° 123 (2014).

²⁴ Arts. 4 y 22 – 26 LDU.

para orientar la acción de los municipios en la dirección deseada por el nivel nacional y limitar su discrecionalidad como forma de precaver eventuales episodios de abuso o desidia en la realización de esta función. En consecuencia, de manera acorde con las exigencias del principio de autonomía y con las específicas atribuciones a los municipios en este campo, el legislador se limitó a proporcionar un marco general para el ejercicio de la competencia de ordenación del territorio local, que encuadra y encausa esta responsabilidad (sin programarla materialmente) y la configura como una facultad esencialmente discrecional²⁵.

Por ende, corresponde a cada municipio definir autónomamente qué parte de su territorio se clasifica como suelo urbano, de extensión urbana o rural; establecer la zonificación y definición de los usos y tratamientos que se deben asignar a las diferentes partes de la ciudad; localizar y determinar las características de la infraestructura y los espacios públicos; reservar los terrenos para la expansión de la infraestructura urbana; situar los terrenos para la construcción de vivienda de interés social; y, entre otras muchas tareas propias de esta competencia, identificar las zonas no urbanizables por presentar riesgos para los asentamientos humanos, lo mismo que las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, los ecosistemas de importancia ambiental para el municipio y los bienes y conjuntos merecedores de protección.

II. Los límites a la discrecionalidad municipal en la ordenación de su territorio

Ahora bien, pese a estar legalmente configurada como una competencia esencialmente discrecional en cabeza de los municipios, la multitud de intereses individuales, colectivos, nacionales y supramunicipales que confluyen en el espacio hacen de la ordenación del territorio local una facultad limitada tanto por la Constitución como por la ley (1). A pesar de ser múltiples los límites que flanquean esta competencia, pocos han levantado tantos conflictos sociales e institucionales como el referente a las decisiones de aprovechamiento minero a cargo de la Nación (2).

1. Los límites constitucional y legalmente impuestos a la autonomía local en el ejercicio de su competencia de ordenación del territorio

Pese a no existir una norma constitucional que defina expresamente cuáles son los límites que deben encarar las autoridades municipales a la hora de ejercer su competencia de ordenación del territorio, es claro que no es este un asunto constitucionalmente indiferente. En últimas,

²⁵ Destaca la discrecionalidad como "lo propio de la ordenación urbanística en un régimen de planificación pública". BAÑO 2009, 237.

es el derecho de propiedad el que está en juego. Y en virtud de lo dispuesto por el art. 287 de la Constitución, esta, como cualquier otra competencia de los entes locales, se debe ejercer "dentro de los límites de la Constitución y la ley". Por esta razón resulta esencial indagar cuáles son esos límites.

Aun cuando se trata de un asunto que desde la óptica constitucional puede ser abordado desde múltiples flancos (como facultad o prerrogativa del poder indispensable para el cumplimiento de una función pública, como expresión del poder de intervención del Estado en la economía o como delimitación del derecho de propiedad), su enfoque desde el prisma del derecho de propiedad es quizás el más fructífero, tanto por englobar las distintas facetas que ofrece esta clase de incursiones del poder público sobre la realidad y sobre los intereses particulares en liza, como por suponer su sujeción a un régimen de límites ciertos y claros como forma de garantizar la racionalidad y constitucionalidad de las determinaciones así adoptadas por las autoridades.

De conformidad con la idea de función social y ecológica de la propiedad como un componente estructural del derecho (art. 58 párr. 2 de la Constitución) y como una cláusula general que permite su instrumentalización para la realización de los diversos fines de interés general que confluyen sobre el suelo objeto de dominio privado²⁶, la Constitución y la ley habilitan a los municipios para que con miras a hacer efectiva la constelación de derechos individuales, sociales y colectivos que confluyen sobre el ámbito de la propiedad inmueble reglada por los POT²⁷, terminen de definir su contenido mediante la especificación de cuáles serán sus particulares reglas de uso, aprovechamiento y disposición en cada territorio, siempre en el marco de lo establecido en la ley. De aquí que desde el punto de vista del derecho de propiedad el ejercicio de ordenación y regulación del territorio envuelto en la expedición y revisión de estos instrumentos no sea nada distinto a una delimitación más del derecho de propiedad²⁸, complementaria a la efectuada por el legislador en la Ley N° 388 de 1997.

²⁶ SANTAELLA QUINTERO 2010, 409 y ss.

²⁷ V.gr. los derechos a la intimidad, a la salud, a un medio ambiente sano, de acceso a una vivienda digna y a una infraestructura apropiada de servicios públicos, a disfrutar del espacio público y del patrimonio histórico cultural, a la prevención de desastres y a gozar de niveles adecuados de calidad de vida en una ciudad ordenada, entre otros.

²⁸ La delimitación de la propiedad es una prerrogativa en cabeza de las autoridades que, fundamentada en la función social y ecológica del derecho de propiedad que consagra la Constitución, habilita a las autoridades para determinar el contenido del derecho con arreglo a los intereses generales que convergen sobre cada forma de propiedad. De aquí que se haya visto en ella "la técnica por medio de la cual se concreta el contenido del derecho mediante la especificación de la función social correspondiente a una determinada clase de propiedad de cara a la armonización de los intereses personales del propietario

Siendo una delimitación de la propiedad la garantía del derecho (art. 58 párr. 1 frase 1 de la Constitución) se activa en aras de salvaguardar los intereses tutelados por su proclamación constitucional. Como forma de evitar que un derecho constitucionalmente consagrado como la propiedad privada acabe diluyéndose en manos del legislador o de la Administración que determinan su régimen, la garantía exige el respeto de los distintos límites que la Constitución ha señalado a la actividad de delimitación de su contenido con miras a preservar el balance constitucionalmente exigido entre los dos elementos que lo componen (i. e. utilidad privada y función social)²⁹. Esto supone, entonces, respetar, entre otros límites, el principio de razonabilidad, la idea de interés general como base de cualquier delimitación amparada en la función social del derecho, el mandato de ponderación, el contenido esencial del derecho de propiedad, el principio de proporcionalidad y el deber de protección de "lo adquirido"³⁰.

Adicionalmente, y ya desde el plano más concreto de la legalidad, la interpretación del conjunto de disposiciones que regulan la planificación urbanística llevada a cabo por los POT permite identificar distintos límites a la discrecionalidad reconocida a los municipios. Naturalmente que la misma definición de un marco legal para el ejercicio de esta competencia en el que se determinan los instrumentos principales (POT, planes parciales, programa de ejecución, unidades de actuación urbanística, expropiación, enajenación forzosa en pública subasta, potestad de control, fiscalización y sanción, potestad tributaria y licencias urbanísticas, entre otros) y las categorías fundamentales de la ordenación urbanística (clases de suelo, acción urbanística, actividad urbanística, compensación, equidistribución de cargas y beneficios, etc.), así como los procedimientos y los órganos responsables de la puesta en marcha de este complejo andamiaje, supone una limitante considerable a dicha discrecionalidad. Pero toda vez que tales disposiciones no conllevan decisiones concretas sobre el territorio, tan solo representan el marco en el que se debe ejercer el poder de decisión que se otorga a los municipios. De aquí que no se tomen como límites en estricto sentido. Estos encerrarán siempre determinaciones sobre el *cómo* (y no sobre el *quién*, para *qué*, con *qué* instrumentos) deben ejercer concretamente su competencia de ordenación del territorio los municipios y pueden presentarse en diferentes formas:

con los intereses generales que pueden confluir en dicho ámbito dominical". SANTAELLA QUINTERO 2010, 446.

²⁹ SANTAELLA QUINTERO 2010, 723 y ss. También SANTAELLA QUINTERO 2011.

³⁰ Aun cuando no de forma sistemática, ordenada ni reiterada, muchos de estos límites son habitualmente empleados por la jurisprudencia constitucional al efectuar el control de las decisiones legislativas en materia de propiedad. Respecto al sentido de cada uno de ellos, véase SANTAELLA QUINTERO 2010, 518 y ss.

a) *Reglas legales de aplicación directa.* Puesto que la legislación urbanística no se ocupa de regular de manera exhaustiva todos los pormenores relacionados con los asuntos de interés supralocal que tienen lugar en el territorio municipal, en ocasiones la LDU remite a las legislaciones sectoriales en las que se encuentran reglas aplicables directamente en todo el territorio nacional y que constituyen, por ende, claros límites a la discrecionalidad del ente responsable de la ordenación del territorio, quien tendrá así la obligación legal de aplicar estas normas en los asuntos reglados por ellas. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente y del patrimonio histórico-cultural, en virtud de lo dispuesto por el art. 13.3 LDU o lo que sucede con la legislación agraria, conforme a lo previsto por el art. 14.7 LDU. De igual modo, el legislador ha establecido también estos reenvíos por fuera del texto de la LDU. Ello se aprecia, por ejemplo, en el art. 38 de la Ley N° 685 de 2001 (Código de Minas, en adelante CM), en el cual se dispone que en materia de ordenación del territorio todo lo relacionado con zonas de reservas especiales y zonas excluibles de la minería deberá regirse por las disposiciones de esta legislación especial.

b) *Decisiones de otras instancias administrativas aplicables como determinantes de la planificación urbanística.* En aras de asegurar la armonía y coordinación efectiva de las decisiones de planificación urbanística con las determinaciones de otras instancias administrativas a cargo de la gestión de intereses sectoriales relevantes desde una perspectiva supralocal, el art. 10 LDU ha previsto un reenvío a dichas resoluciones, que, en virtud de lo dispuesto en este precepto, constituyen “normas de superior jerarquía”, que condicionan la elaboración y adopción de los POT. Son los llamados determinantes de los POT. Ellas engloban decisiones de distinto rango (políticas, directrices, reglamentos, resoluciones, etc.) y origen (Nación y Departamentos) relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente; la prevención de riesgos naturales; la guarda y aprovechamiento de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio histórico cultural de la Nación y los Departamentos; el señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relacionadas con puertos, aeropuertos, vías nacionales y regionales, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento básico y suministro de energía y los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano en las áreas metropolitanas.

Recientemente se han expedido diversas normas legales que han ampliado la lista de determinantes de los POT prevista por el art. 10 de la LDU. Así, por ejemplo:

i) El art. 38 del CM ha dispuesto que en la elaboración, modificación y ejecución de los planes de ordenamiento territorial la autoridad

competente deberá sujetarse a la información geológico-minera disponible sobre las zonas respectivas

ii) En el mismo sentido, pero en relación con la necesidad de tomar en consideración las decisiones de la Nación sobre el uso del suelo rural con fines agrícolas, el art. 3 de la Ley N° 1551 de 2012 (“por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”) establece en su numeral 9° que es función de los entes locales formular y adoptar los planes de ordenamiento territorial “teniendo en cuenta los instrumentos definidos por la UPRA para el ordenamiento y el uso eficiente del suelo rural”³¹.

iii) Adicionalmente la Ley N° 1454 de 2011 (Ley orgánica de ordenamiento territorial) ha atribuido a la Nación y a los Departamentos nuevas competencias en materia de ordenación del territorio de las que se desprende la consagración legal de otro bloque de determinantes del POT. Entre ellas se destacan las derivadas de la facultad de la Nación de localizar grandes proyectos de infraestructura, determinar las áreas limitadas en su uso por razones de seguridad y defensa y definir los lineamientos del proceso de urbanización y sistema de ciudades (art. 29 num. 1°). Igualmente, se debe resaltar la facultad de los Departamentos para establecer directrices y orientaciones para el ordenamiento de la totalidad o porciones específicas de su territorio, definir políticas de asentamientos poblacionales y centros urbanos y orientar la localización de la infraestructura físico-social con el fin de aprovechar mejor las ventajas competitivas regionales y promover la equidad en el desarrollo municipal (art. 29 núm. 2°).

iv) La Ley N° 1523 de 2012 (“por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgos de Desastres y se dictan otras disposiciones”) contiene también disposiciones de esta clase. Lo previsto en su art. 41, en virtud del cual se dispone que los organismos nacionales, regionales, departamentales, distritales y municipales de planificación deben seguir las orientaciones y directrices señaladas en el Plan Nacional de Gestión del Riesgo y contemplar las disposiciones y recomendaciones específicas sobre la materia, es otro ejemplo de ello.

c) *Estándares urbanísticos*. Además de con la previsión de reglas legales de aplicación directa y de decisiones administrativas que constituyen determinantes del POT, el legislador también limita el margen de valoración que corresponde al planificador mediante la definición de estándares urbanísticos³². Por medio de su definición, con el fin de

³¹ Las funciones de la Unidad de Planeación Rural Agropecuaria – UPRA están definidas en el Decreto 4145 de 2001.

³² BAÑO LEÓN 2009, 118 y ss.

asegurar unos niveles mínimos de calidad urbanística sin imponer reglas homogeneizadoras que riñan con la autonomía local imperante en este campo, la ley fija referencias o pautas al planificador para que este precise en cada caso lo que estime adecuado sin vulnerar la medida (cualitativa o cuantitativa) que se le impone como parámetro o marco. Es lo que sucede, por ejemplo, con el art. 8.4 LDU, que alude a la determinación de espacios libres para parques y zonas verdes “en proporción adecuada a las necesidades colectivas”. El art. 14.4 LDU ofrece otro ejemplo de estándar urbanístico cualitativo al señalar que corresponde a la autoridad urbanística la definición de la densidad de las zonas suburbanas, pero prescribe que esta deberá fijarse “teniendo en cuenta su carácter de ocupación de baja densidad”. Lo mismo ocurre con el art. 32 LDU, que en su párrafo 2º dispone que la determinación del suelo de expansión urbana se ajustará a las previsiones de crecimiento de la ciudad y a la posibilidad de dotación con infraestructura para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos domiciliarios, áreas libres, parques y equipamiento colectivo de interés público o social.

d) *Mandatos legales*. El legislador no solo procura un mínimo de calidad urbanística mediante la definición de referencias genéricas para que cada plan determine lo que resulta adecuado según su realidad. En ocasiones también lo hace a través de órdenes directas. Con el fin de asegurar la uniformidad en el tratamiento de determinados aspectos relevantes desde la óptica del interés nacional, la ley puede imponer al planificador la toma de ciertas determinaciones. Es lo que ocurre en los arts. 11 a 17 LDU, en los que el legislador definió cuál debe ser el contenido de los POT y de cada uno de sus componentes. De este modo, al tiempo que respeta la autonomía local de cada ente (pues serán ellos quienes deberán tomar las decisiones y emprender las acciones contempladas), se asegura que todos los municipios conformen sus planes a lo allí previsto. Por esta vía se disipa el riesgo de asimetrías drásticas en la planeación de los municipios y se garantiza que en lo posible sus determinaciones permitan cumplir con los objetivos trazados por la Constitución y la ley a esta clase de instrumentos. Por ende, si bien se trata de una intromisión del legislador en el ámbito de la autonomía local, ella resulta razonable y proporcionada, y en consecuencia, constitucionalmente legítima.

Otro caso de mandato legal al planificador se aprecia en el art. 46 de la Ley N° 1537 de 2012 (“por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones”), en el cual se prevé que los planes de ordenamiento territorial o los instrumentos que los desarrollen o complementen en los municipios o distritos con población urbana superior a 100.000 habitantes y municipios localizados en el área de influencia de los municipios y distritos con población urbana superior a 500.000 habi-

tantes, deberán determinar los porcentajes de suelos que deben destinarse al desarrollo de Programas de Vivienda de Interés Prioritario (VIP), calculados sobre el área útil residencial del plan parcial o del proyecto urbanístico, tanto en suelo de expansión urbana como en suelo urbanizable en el perímetro urbano. Y lo complementa con un estándar cuantitativo: en ningún caso podrá ser inferior al 20% de esta área. El deber constitucional que asiste al Estado (en general) de fijar condiciones adecuadas para hacer efectivo el derecho a la vivienda digna de todos los colombianos sirve de respaldo constitucional a esta determinación legal, que además se muestra como una limitación proporcionada a la autonomía local.

e) *Prohibiciones legales.* Una última forma de limitar la discrecionalidad del planificador es la definición de prohibiciones legales. Puesto que se trata de un ámbito esencialmente remitido a la autonomía de las entidades territoriales, las prohibiciones que establezca el legislador en materia de ordenación del territorio deben ser excepcionales y ajustarse a las exigencias de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ende no pueden más que constituir casos aislados (so pena de que la excepción se convierta en la regla), deben contar con un sustento constitucional sólido (idealmente deben ser expresión de la preocupación de la ley por la cristalización de un fin constitucionalmente imperioso) y representar una intromisión proporcionada en el ámbito de la autonomía local; lo cual supone que se debe estar ante una medida idónea, necesaria y proporcionada en estricto sentido para la realización del fin constitucional perseguido.

Un ejemplo de ello se aprecia en el párrafo 2° del art. 15 LDU, en el que se dispone que los POT no podrán establecer usos compatibles entre servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, con usos para vivienda y dotacionales educativos. Otro caso es el del art. 31 LDU, que en la frase final de su párrafo 2° establece que en ningún caso el perímetro urbano podrá ser mayor que el denominado perímetro de servicios públicos. La importancia de los bienes jurídicos perseguidos en uno y otro caso (mandato de protección de la intimidad y de la infancia, así como el deber de garantizar la tranquilidad pública en el primer supuesto; y la responsabilidad del Estado con la garantía del derecho a la vivienda digna en el segundo) y la proporcionalidad del límite impuesto a la discrecionalidad del planificador justifican sobradamente su definición.

2. El respeto a las decisiones de aprovechamiento minero de la Nación: el más controvertido de los límites

Tal como se ha visto, en principio resulta legítimo que el legislador se introduzca en el ámbito de la discrecionalidad del planificador y la aco-

te mediante la excepcional definición de prohibiciones. No obstante, al proscribir determinada decisión, la ley no solo limita el margen de valoración que le cabe respecto de un asunto en particular, sino que lo excluye por completo. De aquí su carácter excepcional y su forzosa conformidad con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad como condición de validez. Y de aquí también que la ley deba ponderar muy bien qué clase de prohibiciones establece, en qué ámbitos particulares y con qué alcance sobre las facultades que la Constitución reconoce a los entes locales en materia de planificación del desarrollo territorial. Una prohibición injustificada (irrazonable), desproporcionada o que tenga como efecto anular por completo las competencias constitucionalmente atribuidas a los municipios será, entonces, contraria a la Constitución. El uso racional que hizo el legislador de la posibilidad de imponer prohibiciones en la LDU llevó a que por varios años esta facultad no fuera fuente de disputas. No obstante, la expedición del CM en 2001, y el auge de la actividad minera experimentado en Colombia durante la última década, han hecho que esta situación cambie.

En efecto, fruto de la prohibición establecida por su art. 37 para que las autoridades regionales, departamentales o locales puedan definir zonas de su territorio temporal o transitoriamente excluidas de la minería³³, los conflictos entre el nivel nacional (a cargo de la concesión de títulos mineros) y las autoridades locales (responsables de la expedición de los POT) se han multiplicado. Aun cuando el descubrimiento de yacimientos de minerales o de hidrocarburos suele ser una buena noticia para el país por los recursos que representa y las oportunidades de generación de puestos de trabajo que conlleva, los considerables impactos ambientales y sociales asociados a su explotación se han convertido en un temor generalizado en muchas comunidades y en una auténtica barrera para el inicio y buena marcha de las actividades mineras en diversas partes del país.

A la vista de los escasos beneficios para las comunidades locales y de los notables impactos sobre su salud, su entorno y sus recursos, el miedo a la afectación de ecosistemas estratégicos (como páramos, nacimientos de agua, zonas de recarga, zonas de reserva forestal o parques naturales), a la destrucción del paisaje y de la capa vegetal, a la contaminación del aire o de las aguas y a la alteración de los suelos con metales tóxicos y residuos, es hoy en día generalizado en muchas zonas. El recelo frente a esta actividad se traduce en el rechazo de las

³³ Artículo 37. Prohibición legal. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. // Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.

comunidades a la explotación de recursos naturales en su territorio; una situación no prevista por el ordenamiento jurídico y para la cual no se tiene una respuesta adecuada. Casos como los proyectos de explotación legal de oro de La Colosa, en Cajamarca, Tolima, o de Angostura en Santander, o de carbón en La Jagua de Ibirico en el Cesar, conocidos a nivel nacional tanto por su impacto ambiental como por las fuertes protestas de la comunidad por su desarrollo, ilustran esta situación³⁴.

Además de una fuerte movilización social, este temor ha dado lugar al surgimiento de brotes legítimos de insubordinación institucional en poblaciones como Támesis, Jericó, Jardín o Cañasgordas en Antioquia, Tabio o Bogotá en Cundinamarca, Piedras en Tolima, Cerrito en Santander o Tauramena en Casanare, cuyas instituciones y comunidades han cerrado filas para oponerse a la minería y emprender la defensa de sus recursos naturales, su territorio y su modo de vida tradicional. Las autoridades mineras y las compañías concesionarias afirman, por su parte, que obran conforme a Derecho y que no se les puede vetar el ejercicio de una actividad lícita y legalmente declarada de utilidad pública e interés social (art. 13 CM).

La inconformidad con la prohibición legal fijada por el art. 37 CM para que los municipios declaren zonas de su territorio excluidas de la minería llevó a que se demandara su constitucionalidad ante la Corte Constitucional. En un importante pronunciamiento, a la luz de la situación vivida actualmente por esta causa, en la sentencia C-123 de 2014, el Tribunal Constitucional dictaminó que si bien resultaba legítimo imponer condiciones a los entes territoriales para el ejercicio de sus competencias de ordenación del territorio en aras de salvaguardar intereses supralocales relevantes, no lo era que el legislador, so pretexto de materializar la titularidad estatal sobre los recursos naturales no renovables³⁵, y la reserva de ley constitucionalmente impuesta en relación con su régimen de aprovechamiento³⁶, los excluyera por completo

³⁴ Lo paradójico y triste a la vez de la situación que se presenta en la actualidad es que paralelo a esta legítima oposición de las comunidades a la actividad minera legal, que lucha por contener los efectos nocivos de la minería, y como resultado de la actitud omisiva de las autoridades, proliferan cada vez más los aprovechamientos mineros ilegales, cuyos impactos no solo son considerablemente mayores y más destructivos que los de la actividad minera legal, sino que además ni siquiera generan los beneficios que son inherentes a esta.

³⁵ Artículo 332 de la Constitución. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes.

³⁶ Artículo 360 de la Constitución. 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 (...).

de la toma de una decisión crucial para la vida económica y social de la comunidad, como la relativa al otorgamiento de un título minero. Exclusión que se hace mucho más discutible a la luz de la Constitución, si se tiene en cuenta que está en juego el ejercicio de competencias constitucionalmente atribuidas a las localidades, como la relacionada con la determinación de los usos de suelo (art. 313.7) y la protección de su patrimonio natural (art. 313.9), las cuales resultan totalmente anuladas por la decisión del legislador.

En criterio de la Corte Constitucional, en consideraciones que se transcriben en extenso por resultar de primera importancia, la prohibición legal contenida en el CM, tal como fue formulada presenta problemas de constitucionalidad por las siguientes razones:

“(...) observa la Sala que una lectura gramatical del art. 37 del Código de Minas –Ley 685 de 2001–, aunque tiene como objeto la creación de parámetros generales en la política de autorización de actividades de exploración y de explotación minera, lo cual es un fin legítimo a la luz del ordenamiento constitucional colombiano –arts. 1, 332 y 334 de la Constitución–, implica una limitación excesiva del principio de autonomía territorial establecido por la Constitución.

En efecto, lejos de reconocer que el principio de autonomía territorial garantiza la participación de los municipios en la reglamentación de los usos del suelo que se establezcan dentro de su territorio, el sentido normativo gramatical anula la competencia de los concejos municipales y distritales en la decisión relativa a la exclusión de la actividad minera en determinadas zonas del territorio municipal.

Esta limitación es una afectación relevante en la competencia de los concejos municipales para reglamentar el desarrollo de su territorio y los usos del suelo dentro del mismo, debido a los grandes impactos que las actividades de esta naturaleza tienen en aspectos como el medio ambiente, el modelo de desarrollo económico que acoja un municipio, las fuentes de agua disponibles en el territorio y la vida cotidiana de los pobladores del municipio, entre otras. De esta forma, cercenar en absoluto las competencias de reglamentación que los concejos municipales tienen respecto de la exclusión de la actividad minera, no es algo accesorio o intrascendente respecto de la competencia general que la Constitución les reconoce en las tantas veces mencionados arts. 311 y 313 numeral 7.

El sentido que se extrae a partir de una lectura fundada exclusivamente en el criterio gramatical, aunque concreción del principio de organización unitaria del Estado, previene a los concejos municipales de tomar decisiones en asuntos que sin duda alguna afectan el fin que se deduce del principio de autonomía constitucional en el específico conte-

nido que se concreta en los arts. 311 y 313 numeral 7: que sea el órgano de representación popular más cercano a los ciudadanos el que participe en la decisiones sobre los principales asuntos en la vida de la comunidad; participación que tiene lugar, entre otros mecanismos, por medio de la competencia reglamentaria prevista por el numeral 7 del art. 313 de la Constitución.

Adicionalmente, en tanto dichas competencias deben realizarse dentro de los parámetros que determine la ley, excluir a los concejos municipales del proceso de regulación y reglamentación de las mismas desconoce los principios de concurrencia y coordinación que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y los entidades del nivel nacional. Principios que son exigencias de rango constitucional, expresamente previstos por el art. 288 de la Constitución como los parámetros a partir de los cuales se armonice el principio de autonomía territorial con un principio que, como el de forma unitaria del Estado, está en constante tensión con aquel. Se recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de coordinación “parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas”.

No debe olvidarse, sin embargo, que la lectura del art. 37 del Código de Minas debe hacerse, también, a la luz del principio constitucional de organización unitaria del Estado –art. 1° de la Constitución– y de la facultad que tiene el Estado para intervenir en la explotación de recursos naturales –art. 334 de la Constitución–, en tanto es este el propietario de subsuelo y de los recursos naturales no renovables –art. 332 de la Constitución–.

Estas disposiciones constitucionales hacen preceptivo que se establezcan estándares de alcance nacional que determinen los criterios generales en que el Estado tomará la decisión de permitir la exploración o la explotación minera en el territorio de un municipio o distrito. Esto por cuanto la política minera es concreción de las políticas a desarrollar en virtud de la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables que en este se encuentren.

La elección que el legislador realice en este aspecto debe tributar el principio de organización unitaria y los contenidos esenciales de los arts. 332 y 334 de la Constitución, así como los contenidos esenciales del principio de autonomía territorial, entre los que se cuenta el de gobernarse por autoridades propias y el de que el órgano de represen-

tación más inmediato al pueblo participe en la toma de las principales decisiones para el desarrollo de la vida local. Participación que deberá entenderse como aplicación de los principios constitucionales de coordinación y concurrencia de la Nación y los municipios o distritos, tal y como se deduce de un sistema en que existan distintos niveles competenciales³⁷.

Este análisis es concluido por la Corte señalando (de forma un tanto sorprendente, hay que decirlo) que pese a los problemas de constitucionalidad que presenta, la norma no tiene que ser declarada inconstitucional si se entiende que el enunciado sometido a control puede ser objeto de una interpretación orientada a la armonización concreta de los principios en tensión (Estado unitario Vs. autonomía de los entes locales). Tal hermenéutica impone entender que el art. 37 CM garantiza “un grado de participación razonable de los municipios y distritos en el proceso de decisión sobre si se permite o no se permite la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio”. Esta solución implica, dice la Corte, de conformidad con lo establecido en los arts. 14 y siguientes del CM, “que la Nación continúe participando en dicho proceso; pero que no sea el único nivel competencial involucrado en la toma de una decisión de tal trascendencia para aspectos principales de la vida local, sino que los municipios y distritos afectados por dicha decisión participen de una *forma activa y eficaz* en el proceso de toma de la misma”³⁸ (énfasis agregado).

En otras palabras, para el Tribunal Constitucional el art. 37 CM es constitucional siempre que se entienda que las decisiones que en virtud de la legislación minera adopta la Nación en relación con el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables deben tener en cuenta, de algún modo, las consideraciones formuladas al respecto por los entes territoriales. Según se afirma en el fallo en comento, esto implica que “la opinión de estos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades”.

En esta misma línea, en reciente providencia el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el Decreto del Gobierno que reglamenta el art. 37 del Código de Minas³⁹. Como fundamento de la medida cautelar adoptada sostuvo que “impedir, vía potestad reglamentaria, que en los

³⁷ Sentencia TC rol N° 123 (2014).

³⁸ Sentencia TC rol N° 123 (2014).

³⁹ Decreto 934, de 2013.

planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento territorial, según el caso, se incluyan disposiciones relacionadas con la actividad minera podría desnaturalizar esa clase de actos, entendidos "como el conjunto de directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas que debe adoptar cada municipio para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo"⁴⁰. Con base en este razonamiento, determinó que existía fundamento suficiente para decretar su suspensión provisional, como forma de amparar el principio de autonomía territorial y la competencia de los entes municipales en esta materia.

En síntesis, dos decisiones sucesivas de las más altas instancias de la judicatura colombiana que buscan reivindicar la competencia constitucional que asiste a los municipios para la ordenación de su territorio y la guarda y conservación de sus recursos naturales. Sin negar la competencia que asiste al legislador tanto para definir límites al ejercicio de la discrecionalidad municipal en la expedición de los POT como para fijar el régimen de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, la jurisprudencia ha reaccionado frente a uno de esos límites que, por encontrarse en la frontera de lo constitucionalmente admisible, debe ser objeto de los ajustes señalados por la Corte Constitucional. En consecuencia, sin que lo relativo a la explotación minera deba o pueda ser un asunto integralmente dejado en manos de las municipalidades (razones relacionadas con los grandes intereses económicos y ecológicos nacionales en juego en esta materia, así como consideraciones fuertes de igualdad y de seguridad jurídica permitirían excluir una opción semejante), no hay duda que por sus innegables repercusiones sobre el territorio, la población y los recursos naturales de los municipios, se trata de una cuestión de la cual estos no pueden ser enteramente marginados.

El hecho de incidir sobre el ámbito de ejercicio de dos de sus competencias constitucionales fundamentales (la reglamentación de los usos de suelo –art. 313.7– y la expedición de normas para la preservación, control y defensa del patrimonio ecológico local –art. 313.9–) activa la garantía institucional de la autonomía territorial⁴¹ e impide que el legislador pueda, legítimamente, por medio de una prohibición como la contenida en el art. 37 CM, negar o anular por completo el ejercicio de competencias que le fueron atribuidas por la Constitución a los entes locales. De aquí que se haya puesto el énfasis en el carácter concurrencial de esta clase de decisiones y en la necesidad de establecer mecanismos de coordinación que hagan posible respetar el derecho a la participación que surge en cabeza de los municipios como conse-

⁴⁰ Consejo de Estado 2014, 49.150.

⁴¹ Sentencia TC rol N° 535 (1996). También ROBLEDOSILVA 2010, 186 y ss.

cuencia del deber de respetar mínimamente el contenido esencial de la autonomía territorial en este campo.

Conclusión

Al asumir que se trata de un asunto concurrencial, cuya decisión final puede ser legítimamente adoptada por la Nación pero no con total prescindencia de la consideración de los intereses de los municipios afectados por la explotación minera autorizada, la Corte Constitucional ha dejado en claro que esta clase de determinaciones debe encuadrarse en el marco de los principios de concurrencia y coordinación definidos por el art. 288 de la Constitución y debe respetar siempre el contenido esencial de la autonomía local, entendido como el derecho a participar en la discusión y decisión de los asuntos que los conciernen⁴². Por este motivo, mediante un fallo interpretativo, condicionó la constitucionalidad del art. 37 CM a que se entienda que este garantiza siempre que “en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el art. 288 de la Constitución Política”⁴³. Así, so pena de entender que la prohibición del art. 37 CM para que los municipios puedan en sus POT declarar transitoria o definitivamente excluida de minería una zona de su territorio vulnera el principio de autonomía territorial y los principios de concurrencia y coordinación que rigen el ejercicio de las competencias que involucran distintos niveles administrativos, resulta imperativa la definición de mecanismos de coordinación que hagan posible atender el mandato del juez constitucional.

En este orden, no cabe duda que partir de la sentencia C-123 de 2014 de la Corte Constitucional, los entes municipales tienen en Colombia voz en los procesos de otorgamiento de títulos mineros en su territorio. Toda vez que están en juego sus competencias constitucionales en materia de ordenación del territorio (art. 313.7) y protección de sus recursos naturales (art. 313.9) y, en últimas, cuestiones decisivas para la vida del municipio como la protección de sus cuencas hídricas y ecosistemas

⁴² Un análisis de esta versión débil del contenido esencial de la autonomía municipal, que garantiza solo el derecho a tomar parte en las deliberaciones sobre asuntos que afectan a los entes locales, mas no como derecho a regular y gestionar directamente estas materias (versión fuerte), en SANTAELLA QUINTERO 2014, 774-776.

⁴³ Sentencia TC rol N°123 (2014).

estratégicos, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social, demográfico y cultural de sus comunidades, que mal pueden ser adoptadas completamente al margen de las poblaciones afectadas, sus representantes deben ser escuchados antes de tomar la decisión de otorgar un título minero en su territorio. A través de qué mecanismo se hará llegar dicha voz ante la autoridad minera (concepto previo, comisión de coordinación, etc.) y cuál será el peso que se le otorgue en dicho proceso está aún por verse. Lo que es claro, en todo caso, es que aun cuando sea solo en forma de derecho de participación, las competencias constitucionales otorgadas a las municipalidades en este campo valen y no pueden ser ignoradas ni atropelladas por el legislador.

Bibliografía citada

- BAÑO LEÓN, José María (2009): *Derecho urbanístico común* (Madrid, Iustel), pp. 237.
- CALLE CORREA, María Victoria (2013): "Cuando limitar la autonomía territorial es maximizarla: Derecho al medio ambiente sano como aporte a la optimización de la autonomía territorial", en: MENDOZA MARTELO, Gabriel; CEPEDA, José A.; ESTUPIÑAN, Liliana [editores] (2001): *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional* (Bogotá, Universidad del Rosario - Corte Constitucional - Fundación Hans Seidel), pp. 282 y ss.
- MALDONADO COPELLO, Ma. Mercedes (2006): "El proceso de construcción del sistema urbanístico colombiano: entre reforma urbana y ordenamiento territorial", en: FERNANDES, Edesio y ALFONSIN, Betania [coord.], *Derecho Urbanístico. Estudios brasileiros e internacionales* (Belo Horizonte, Del Rey – Lincoln Institut), pp. 26 y ss. Disponible en: http://institutoestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/1_Docencia/Profesores/Maldonado_Maria_Mercedes/Publicados/Proceso_Construccion_Sistema-Maldonado_Mercedes-2006.pdf (Fecha de consulta: el 28 de octubre de 2014).
- MORCILLO DOSMAN, Pedro Pablo (2007): *Derecho urbanístico colombiano* (Bogotá, Temis), pp. 67 y 120.
- RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio (2011): *Teoría general de la propiedad* (Bogotá, Universidad de los Andes – Temis), pp. 47 y ss.
- ROBLEDO SILVA, Paula (2010): *La autonomía municipal en Colombia* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 186 y ss.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2010): *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia* (Madrid, Tesis Doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid), pp. 409 y ss.; p. 446; pp. 518 y ss.; y pp. 723 y ss. Disponible en: <http://tesisenred.net/handle/10803/13062>.
- ____ (2011). "Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana", en: *Revista de Derecho Privado*, No. 21, p. 250. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=2989>
- ____ (2014): "El autogobierno del territorio: ¿un contenido esencial de la autonomía territorial?", en: BULA, Germán, NAMÉN, Alvaro y ZAMBRANO, William (Coord.), *Derecho Procesal Administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra* (Bogotá, Ibáñez – Sala de Consulta y Servicio Civil - AIDA), pp. 767 y 774-776.
- SILVA NUMA, Sergio (2014): "Conflictos ambientales se dispararon con Uribe y Santos", en: *El Espectador*, edición virtual del 4 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/conflictos-ambientales-se-dispa->

raron-uribe-y-santos-artículo-485546 (Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2014).

VARGAS, Carlos Eduardo (2014): "Minería, agrocombustibles y desarrollo humano rural". Disponible en: <http://www.pnud.org.co/sitio.shtml?x=63767#.VFIfjEtKtER> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2014).

Normas citadas

Ley 99, crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones, de 1993.

Ley 128, Ley Orgánica de las Áreas Metropolitanas, del 23 de febrero de 1994.

Ley 152, Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, del 15 de junio de 1994.

Ley 388, Ley de Desarrollo Urbano, del 18 de julio de 1997.

Ley 685, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, del 15 de agosto de 2001.

Ley 1454, por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones, del 28 de junio de 2011.

Ley 1523, por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones, del 24 de abril de 2012.

Ley 1537, por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones, del 20 de junio de 2012.

Ley 1551, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, del 6 de julio de 2012.

Jurisprudencia colombiana citada

Sentencia TC rol N° 006 (1993): Tribunal Constitucional, de 1993.

Sentencia TC rol N° 535 (1996): Tribunal Constitucional, de 1996.

Sentencia TC rol N° 366 (2000): Tribunal Constitucional, de 2000.

Sentencia TC rol N° 149 (2010) Tribunal Constitucional, de 2010.

Sentencia TC rol N° 228 (2010) Tribunal Constitucional, de 2010.

Sentencia TC rol N° 889 (2012) Tribunal Constitucional, de 2012.

Sentencia TC rol N° 123 (2014) Tribunal Constitucional, de 2014.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 14 de agosto de 2014, Rad. No. 110010326000201300162 00 (49.150).

Otra documentación citada

CINEP (2012): "Minería, Conflictos Sociales y Violación de Derechos Humanos en Colombia". Disponible en: http://www.cinep.org.co/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=263&Itemid=117&lang=en (fecha de consulta: 26 de octubre de 2014).

CONTRALORÍA GENERAL DE REPÚBLICA (2013): "Minería en Colombia. Derechos, políticas públicas y gobernanza". Disponible en: http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/182119332/Libro_mineria_sep3_2013.pdf/65bf77a0-8b0b-430a-9726-dad0e72639c6 (fecha de consulta 26 de octubre de 2014).

CONTRALORÍA GENERAL DE REPÚBLICA (2013): "Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos". Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/182119332/MineriaEnColombia-Vol2.pdf/6cc33e0c-29e9-4a65-8561-1215fa8d07a0> (fecha de consulta 26 de octubre de 2014).