

LA INESTABILIDAD JURIDICA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA

**(La seguridad jurídica bajo la teoría del contenido mínimo del derecho fundamental en
el contrato de concesión minera)**

Frank Torres Paz

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS



FACULTAD DE DERECHO

TUTOR: Samuel Yong Serrano

BOGOTÁ

D.C 2019

franktorres5410@gmail.com

Cel. 3148274653

Tabla de contenido:

Introducción:	3
1. Aspecto histórico de la seguridad jurídica:	5
2. Concepto y nociones de seguridad jurídica aplicables al contrato de concesión minera:	10
2.1 Seguridad jurídica como norma:	10
2.2 Seguridad jurídica como principio:	19
2.4 Seguridad jurídica como certeza y previsibilidad:	21
3. El concepto de seguridad jurídica del contrato de concesión en el Estado Constitucional:	24
4. Choque de principios en la concesión minera:.....	26
4.1 Jurisprudencia relativa a la libertad de empresa y la confianza legítima:	28
4. Seguridad jurídica como contenido mínimo del derecho fundamental en el contrato de concesión minera:	34
5. Conclusiones:	37
6. Referencias bibliográficas:.....	41

RESUMEN

Una vez analizadas las nuevas tendencias del derecho minero en la actualidad, en específico tratando el tema de la concesión minera, el presente texto buscará explicar cuál debe ser la correcta concepción de la seguridad jurídica en el contrato en cuestión, desde la perspectiva de la teoría del contenido mínimo del derecho fundamental.

Palabras clave: Seguridad jurídica, contrato de concesión minera, derecho minero, norma, principio, derecho fundamental al medio ambiente, derecho fundamental a la libertad de empresa.

ABSTRACT

Having analyzed the new trends in mining law today, specifically dealing with the issue of mining concession, this text will seek to explain what should be the correct conception of legal certainty in the contract in question, from the perspective of theory of the minimum content of the fundamental right.

Key words: Legal security, mining concession contract, mining law, norm, principle, fundamental right to the environment, fundamental right to freedom of enterprise.

Introducción:

Una vez comprendidas las consecuencias jurídicas del actual sector minero y modelo extractivista en el contrato de concesión minera, es viable comprender de mejor manera la manifestación de la seguridad jurídica en el negocio jurídico en cuestión, tema central de la presente investigación científica, por ello en este texto se tendrá como primer objetivo la comprensión y estudio de los aspectos históricos de la figura, objetivo de gran importancia ya que para poder identificar si existe o no seguridad jurídica en el contrato y por ende sus respectivas consecuencias jurídicas, es necesario comprender como se ha desarrollado la figura en específicos momentos de la historia, pudiendo notar la noción de la figura desde la voluntad del monarca, hasta su manifestación en nuestro actual sistema constitucional, ya que como se podrá ver en el desarrollo del texto, dos de los extremos respecto del concepto de la seguridad jurídica son aquellos que se dan en la tensión práctica respecto de la Corte Constitucional y los empresarios de la industria, por ello en segundo lugar tenemos el identificar cuáles son las nociones de la seguridad jurídica, huyendo desde su noción como la inamovilidad de la norma jurídica hasta su sentido como principio, extremos que es necesario comprender ya que de allí se podrá identificar si existe aplicación de la figura jurídica en el contrato.

En tercer lugar tenemos el objetivo relacionado con el análisis del choque de dos principios que se basan en las dos tesis contrarias identificadas en el primer artículo de esta investigación, estos implican el derecho fundamental al medio ambiente en contra del principio de la libertad de empresa derivada de la libertad económica, por ende es posible notar que estos dos principios entran en choque y tensión, teniendo que utilizar la versión de la seguridad jurídica como principio, pero estando ambos en choque por lo que es necesario identificar en una ponderación cual derecho debe prevalecer y bajo que teoría constitucional, para poder así finalmente identificar cual es la manifestación de la seguridad jurídica que debe darse en el contrato de concesión minera, teniendo entonces como pregunta problema ¿Cuál es la forma en la cual debe comprenderse la seguridad jurídica en el contrato de concesión en

Colombia actualmente en Colombia?, y teniendo como hipótesis de la misma aquella que implica que analizando los extremos en los conceptos de la seguridad jurídica, no es suficiente identificar si debe comprenderse como principio o como norma, por supuesto la primera es la que más se acerca al sentido buscado, pero ya que en el contrato de concesión minera se da choque entre dos derechos fundamentales, debe utilizarse la teoría del contenido mínimo del derecho fundamental la cual contrasta el núcleo fuerte de ambos derechos, ejercicio que nos muestra que el derecho a la libertad de empresa tiene como núcleo un fin social y ecológico, mismo sentido teleológico que el derecho al medio ambiente, siendo viable la figura a razón de que el derecho a la libertad de empresa de los concesionarios mineros no se anula, sino que se ajusta y se ve razonablemente limitado, análisis que se basa en la teoría anti formalista del derecho principalmente estudiada por Perilla (2017) por el hecho de tener que alejarnos de la noción del derecho como norma, y utilizar otras fuentes del derecho para solucionar el caso en cuestión.

Respecto del aspecto metodológico la investigación tiene el enfoque y metodología deductiva, tomando lo estudiado en el primer artículo respecto de la forma del sector minero actualmente y las jurisprudencias relativas, por lo que, de una generalidad de normas, posturas doctrinales y jurisprudenciales se llegará al análisis de unas individuales y específicas, y se buscará llegar a conclusiones individualizadas y unificadas respecto de la contratación minera.

Por otro lado, se hará uso del método cualitativo, ya que, de una generalidad de leyes, doctrina y jurisprudencia, se harán constantemente juicios de valor, para analizar cuáles de ellas son las más ciertas jurídica y lógicamente, por lo que se harán constantes comparaciones entre posturas doctrinales, y conclusiones jurisprudenciales, para así, al valorarlas poder llegar a la respuesta de nuestra pregunta problema.

Por último, se hará uso del método de línea jurisprudencial, ya que se establecerán cuáles son las sentencias hito, reiterativas y dominantes respecto del tema de la libertad de empresa y sus justos límites, factor jurisprudencial que complementa aquel establecido en el primer artículo de esta investigación.

1. Aspecto histórico de la seguridad jurídica:

Si se quiere entender el fenómeno de la seguridad jurídica del contrato de concesión minera, es necesario tener en cuenta todas las variables posibles del concepto, ya que de las diferentes perspectivas que van surgiendo con los años es que la Corte Constitucional y los empresarios representados por la ANDI utilizan fundamento para dar sus respectivos argumentos, como se podrá tener en cuenta entonces el primer extremo de la seguridad jurídica refiere a la norma y en parte a su inamovilidad, este surge por el logro de la legalidad en los sistemas jurídicos, por ello Gallego (2012) explica que “se afirma que uno de los logros jurídicos más relevantes de la modernidad es la conquista política del “principio” de seguridad jurídica tributario del principio de legalidad” (p. 72), el cual es definido por Islas (2009) como aquel principio que está para “intervenir cuando no exista apego debido a la legalidad por parte del Estado al subordinado” (p. 97).

Por su parte Rubio (1993) explica que es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad (p. 13), a lo que García (1984) identifica con una manifestación positivista de los principios, explica entonces Gallego (2012) que en su génesis se fundamenta la figura en la necesidad de abandonar el Estado de naturaleza, el cual se caracterizaba por una “ilimitada pero insegura” (p. 72) libertad, al respecto Castilla (1995) explica que autores como Hobbes, Locke, Rousseau y, en general pensadores de la Ilustración, definían el Estado de naturaleza como “la condición por la que hubieron de pasar los hombres antes de llegar a la formación de la sociedad civil o política” (p. 426).

Es decir que en dicho periodo histórico que podría remontarse antes del periodo arcaico del derecho romano, donde había completa inexistencia de la seguridad jurídica, lo que en dicho periodo no desemboca sino en la utilización de la violencia para que el hombre consiguiera lo que quería, lo anterior goza de importancia a razón de que esta primera manifestación de seguridad jurídica es aquella que alegan los concesionarios en la materia en la actualidad, es decir y como se podrá ver en apartado posterior, buscan que las condiciones sean constantes fuertemente en el tiempo, claro está en dicho periodo aún estaba a cargo de ciertas autoridades hegemónicas.

Explica Gallego (2012) que por las teorías contractualistas esa libertad ilimitada e insegura, pasa a una fase de “libertad limitada, pero protegida y garantizada” (Pérez, 2000,

p. 481), allí muy acertadamente Gallego (2012) afirma que:

Tales teorías surgen con el soberano padre para educar al hijo siempre pródigo, siempre díscolo, siempre menor, siempre incapaz, que puede alcanzar algún grado de autonomía dentro de la ley, pero solo dentro de ella, minusválido, de esta ley que no reconoce el origen del poder político del que emana, que oculta la usurpación del sujeto político y lo aprisiona (p. 72).

Se comparte en gran medida este postulado, ya que como se podrá ver es la esencia filosófica de esta investigación junto con el primer artículo de la misma, y de hecho también fundamenta muchas teorías filosóficas de carácter nihilista, desde el fundamento de que el hombre intenta controlar lo incontrolable sin ningún destino claro, y es que analizando a autores como Schopenhauer (1819) al establecer conceptos como “la maldad natural del hombre” nos deja ver incluso antes de entrar a analizar la figura profundamente, que fue la seguridad jurídica el fundamento de las atrocidades de la segunda guerra mundial, por eso Gallego (2012) establece que “desde su inicio, el liberalismo concibe al ser humano —en una especie de contubernio con la política dominante del vaticano (p. 73), para posteriormente identificar que “nadie por voluntad propia cambiaría el estado de naturaleza (que no es el de barbarie, sino el de independencia) por la prisión: el muro de la “seguridad estatal” (p. 73), clara concepción contraria a la de Hobbes, allí (Gómez, 2004), explica que en el Estado de naturaleza, no se manifiesta la maldad a diferencia de lo manifestado por Schopenhauer (1819), sino que es por su mera supervivencia, ya que no actuar de forma agresiva, lo llevaría a su propia aniquilación.

En los siguientes apartados es posible notar como con el transcurso del tiempo la noción de seguridad jurídica como norma está afectada de problemas serios de aplicación práctica, exactamente como lo indica González (2014) respecto del caso Colombiano, y los doctrinantes partidarios de la tesis “pro actividad extractiva” y “pro libertad de empresa”, quienes en opinión de la autora fallan en sus argumentos, esto porque la norma inamovible no logra subsanar las necesidades humanas, situación que se puede ver clara en el caso minero.

Posteriormente Gallego (2012) explica que la razón del pacto social y del mismo principio de legalidad, es que los miembros del mismo sepan las consecuencias y límites de

sus actos, explicando Pérez (2000) que deviene de la doctrina liberal burguesa, entendiendo según los dos doctrinantes que en la doctrina mayoritaria en el mundo, el concepto de seguridad jurídica se limita estrictamente a la inmutabilidad de la norma jurídica y las leyes, pero importante es el postulado de Pérez (2000) cuando afirma que “en sociedades antiguas como la tradicional China la promulgación de las leyes no se contempla como un procedimiento normal para asegurar el buen funcionamiento de la sociedad” (p. 481).

Por otro lado López (2011) explica que “la seguridad jurídica es un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público” (p. 123), explica por otro lado que la palabra seguridad viene del latín *securitas* que significa estar “seguros de algo y libre de cuidados” (p. 123), y parafraseando a Sánchez (2000) se explica que la seguridad Jurídica es la certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica y de que no será modificada sino por procedimientos regulares y conductos establecidos de manera previa y clara.

Gallego (2012) establece que la seguridad jurídica se relaciona estrictamente con la noción de “coacción”, esa coacción en el Estado monárquico absolutista crea la certeza jurídica, como bien sucede en varios sistemas absolutistas actuales donde todavía existen sultanes y reyes, es decir que si nos limitamos por ahora a entender la seguridad jurídica como la inmutabilidad de la ley, la cual es creada por el burgués liberal, dicha seguridad por estática que sea en relación a los derechos objetivos y subjetivos, no siempre cumple con la norma constitucional máxima, cuando en ese sistema existe norma constitucional, pero esa misma seguridad establecida constitucionalmente, también deviene de una única voluntad liberal burguesa, fenómeno que de nuevo explica los eventos de la segunda guerra mundial, los cuales no solo gozaban de legalidad sino de seguridad jurídica, por lo que dicha seguridad no puede fundamentarse en sí misma en teoría, por eso Gallego (2012) cuestiona:

¿En qué medida “lo que el rey desee tiene fuerza de Ley?” ¿Es igual a la certeza jurídica? es una pregunta que se alza sobre los tiempos señalando la insuficiencia de lo que certeza jurídica significa para los oprimidos, para los que nada tienen (p. 74).

El anterior postulado se establece también para confirmar la debilidad de la tesis de los comerciantes en el negocio minero, por otro lado Madriñan (2001) afirma que “entre el

siglo V y el siglo XV la sociedad presenta unas relaciones caracterizadas por la conformación de diferentes estamentos” (p. 24), y en relación con ellos habla del sistema feudal, y se entiende que por los sistemas contractuales individuales y una organización anti centralista, resulta imposible la noción de una seguridad jurídica unitaria, allí Gallego (2012) explica que “se trataba de varias instituciones y autoridades, las cuales obedecen su propio cuerpo normativo para hacer cumplir el orden pretendido” (p. 74), por otro lado en periodo siguiente, explica Gallego (2012) que “entre el siglo XVI y el siglo XVIII, la concepción de seguridad Jurídica no presenta variaciones significativas, aunque cambia la estructura “política” de la sociedad, no se da ni un leve matiz diferencial a dicho concepto” (p. 74), por ello con la costumbre mercantil se establecen nuevas concepciones de seguridad jurídica, seguridad que deviene de el uso reiterado y uniforme de prácticas de comercio, el autor establece que no hay diferencia entre este periodo y el anterior.

De todas formas esta seguridad jurídica, la única diferencia que posee es que la certeza la crean los comerciantes, al volverse más poderosos económicamente que el Estado, e inutilizándolo para efectuar ciertas actividades, es decir lo único que cambia es la autoridad poderosa que impone la certeza, pero por lo menos ahora no viene de un solo agente, como si sucedía en el Estado Monárquico absolutista, preguntándonos ¿entonces que debería ser la seguridad jurídica? aquí (Soboul, 1987), nos da una primera noción, estableciendo que esta debe ser una “asociación política consistente en la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (p. 98 y 99), definición que será crucial para secciones posteriores a este artículo y que apoyaran la hipótesis ya mencionada.

Con dichas percepciones de seguridad jurídica, se llega casi en totalidad a la noción que tenemos hoy en día, noción que exclaman los comerciantes del negocio minero hoy, es decir aquella denominada como la inmutabilidad de las reglas de juego para obtener una concesión minera en el país, claro con ocasión a la revolución francesa y al sistema tripartita de poderes, ya esa voluntad se enmarca en la Ley y no debería venir de un único agente, pero como bien dejó identificado el primer artículo de esta investigación, la figura no funciona totalmente de esta forma.

El profesor López (2011) establece que es clave ubicarse “entre 1.643 y 1.715 bajo el gobierno monárquico de Luis XIV” (p. 124), periodo donde el despotismo abundaba, y

donde la frase clave en materia política era “el Estado soy yo”, haciendo alusión a que la norma y la realidad jurídica era lo que al rey le pareciera, de acuerdo por supuesto a sus necesidades personales y las de su familia, Ciuro (2007) explica que entre los años de 1.715 y 1.774 reinó Luis XV, quién con su mediocre liderazgo provocó una intensa crisis en todos los aspectos (p. 3), luego vino “Luis XVI (1.774-1.793) quien si bien es cierto gobernó sin tanto autoritarismo como sus predecesores, no hubo compasión por los revolucionarios y fue decapitado” (Gallego, 2012, p. 124), Brewer (2004) explica respecto de la declaración de los derechos de 1789 que “disponía dicha declaración que ninguna corporación o individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de la ley, cuya supremacía “fue garantía de la igualdad, uno de los postulados básicos de la revolución.”(p. 188).

Ahora una perspectiva que tal vez López (2012) no analiza, que Gallego (2012) si, es que la revolución francesa fue una mera revolución burguesa, que lo único que creo fue un régimen liberal que remplaza la autoridad del rey déspota por una autoridad suprema burguesa rica, el cual desde entonces ha planteado lo que es la norma jurídica desde lo que él considera correcto, fenómeno que autores como Ariño (2003) denominan como la privatización del derecho administrativo, tema que se trató en el artículo anterior y que se seguirá tratando en la presente investigación, ya que la noción de seguridad jurídica bajo esta figura goza de unas características jurídicas, filosóficas y antropológicas especiales, duelo que según Lariguet (2014) viene desde análisis de Kelsen.

Así, con este breve análisis histórico es posible analizar concretamente las formas en las que se comprende la seguridad jurídica en la actualidad, ya que si deseamos entender si existe seguridad jurídica en el contrato de concesión, debemos comprender cuales son las diferentes manifestaciones de la misma, con el fin de elegir la jurídicamente correcta, o si por el contrario como indica la hipótesis de la investigación, resulta necesario utilizar nuevas teorías constitucionales para identificar la más acertada, pudiendo concluir de este primer antecedente histórico la deficiencia de la perspectiva de la seguridad jurídica como la norma inamovible, segundo sentido de la figura de acuerdo a una línea temporal, siendo la primera la voluntad de monarca, existiendo en segundo lugar el nacimiento del principio de legalidad, el cual en apartados posteriores se confirmará desde otros puntos de vista, el

porqué de la inaplicabilidad de esta perspectiva de la seguridad jurídica.

2. Concepto y nociones de seguridad jurídica aplicables al contrato de concesión minera:

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, si se quiere entender la manifestación de la seguridad jurídica en el contrato de concesión minera, y teniendo en cuenta el recuento histórico del derecho de minas del primer artículo de esta investigación, es necesario comprender cuales son las formas de seguridad jurídica y sus respectivas características, con el fin de seleccionar la correcta para el contrato de concesión minera, y poder así responder a la pregunta problema, por otro lado sin bien hemos señalado la dificultad de aplicación de la versión del concepto como norma jurídica, será esta la que estudiaremos en primer medida, esta es más que todo representada por la ANDI como manifestación del empresario en el negocio minero, haciendo énfasis en que todo lo descrito por la institución es estrictamente relacionado con la concesión minera:

2.1 Seguridad jurídica como norma:

Gallego (2012) establece las formas en que debe entenderse la seguridad jurídica, pero antes de ello, y de explicar las diferentes manifestaciones indica que esta “es una noción ambigua e imprecisa que ha venido simbolizando lo mismo en diferentes formas y contextos: Dominación y Exclusión” (p. 75), dejando claro el autor que en especial en el gobierno en Colombia del 2002 al 2008 se usó arbitrariamente este concepto, y por otro “servir a los factores reales de poder como lo diría Lasalle tal y como lo diseñó la democracia liberal” (p. 75), pero para el desarrollo del presente apartado, es importante tener en cuenta la definición de inversión de Mantilla y Ternera (2008), la cual claro dependerá del objeto específico, guiándonos específicamente de aquel relacionado con el sentido de inversión en un contorno jurídico para una operación económica, específicamente “protegiendo los recursos de la empresa extranjera, específicamente protegiendo la estructura de la operación” (p. 850), pero dejando clara la perspectiva de Parra (2005) cuando explica que para el caso colombiano para el 2004 “se planeo una agresiva campaña de atracción de inversión extranjera en el sector de la explotación petrolera” (p. 239), esto para comprender el criterio de la ANDI y los empresarios.

Operaciones que en algunos casos se ejecutan junto con contratos de Joint Ventures, dejando claro que según Pauleau (2000) los “contratos de joint venture no tienen principios absolutos en cuanto a su construcción” (p. 293), por lo que la seguridad jurídica en estos contratos asociativos, dependerá de la forma en que la contratación estatal permite o afecta la autonomía de la libertad en e específico negocio.

Allí analizando el otro lado del fenómeno, en texto de la ANDI (2017) citando al Banco mundial (2013) y (2017), se explica la “importancia de la seguridad jurídica para el crecimiento y la inversión”, y analiza que el 75% por ciento de las empresas en Colombia han sido afectadas por cambios normativos, (por supuesto infiriendo que de forma negativa), y establece que la inseguridad jurídica en Colombia es uno de los factores de mayor incidencia en la imposibilidad del crecimiento económico y de la competitividad, incluso explica cómo se manifiesta la inseguridad jurídica y que efectos jurídicos tiene y conlleva, Monroy (2018) en parte es partidario de esta versión ya que explica que “la seguridad jurídica implica que debe haber un trabajo cuidadoso en las reformas legales que se emprendan” (p. 53), señalando además que “la seguridad es un valor esencial al derecho” (p. 53), es decir considera el autor que la seguridad implica en parte la inamovilidad de la norma, y no lo plantea como principio sino como valor, muy ubicado en la periferia, y no en la versión de principio como norma explicada por Estrada (2016, p. 34).

En primera medida la ANDI (2017) no sorpresivamente indica que hay procedimientos poco definidos en la consulta previa, indicando que el efecto jurídico es de desincentivo en la inversión (p. 207), haciendo relación con el primer artículo cuando analizamos jurisprudencialmente el fenómeno de la consulta previa y sus cambios no solo normativos sino jurisprudenciales” se muestra más fuerza para la figura, así recordando la sentencia T-792 de 2012 acerca del reconocimiento de la comunidad indígena, desmembrando los siguientes elementos:

“- Auto reconocimiento como comunidad étnica y culturalmente diversa, y presente algunas de las siguientes características más o menos objetivas:

- El linaje ancestral, esto es, la descendencia de habitantes de la América precolombina;
- La conexión con un territorio, entendido este como el ámbito cultural en el que

desarrolla su vida la comunidad y no solo con un espacio geográfico predeterminado; o la presencia de instituciones, costumbres y comportamientos colectivos distintivos y específicos”.

Aquí es esencial entender entonces las características básicas y más importantes del modelo extractivista, las cuales según Damonte (2014) se explican en primera medida afirmando que es perteneciente a una “elite económica, por ello se basa en capital foráneo, y tercero que por ello genera conflictos económico sociales ambientales” (p. 41), por ello definitivamente es la jurisprudencia la que delimita aún más las restricciones, por lo que si bien es cierto que estas las debería hacer el poder legislativo, teniendo en cuenta los postulados de Gallego (2012) y Ariño (2003) en relación a la privatización del derecho administrativo, se entiende que la corporación constitucional es aquella que intenta materializar el postulado de constitucionalización del derecho privado.

Vargas (2011) por su lado indica que no es función de la jurisprudencia efectuar este tipo de decisiones en papel de legislador negativo, por lo que si bien es cierto cuando la ANDI (2017) afirma que la ley no es la que hace las correctas delimitaciones, es decir es importante tener en cuenta la diferencia entre seguridad jurídica y precedente jurisprudencial, ya que la Ley siempre tiene que ser fruto del órgano legislativo, y excepcionalmente del ejecutivo o judicial, lo anterior se relaciona con lo indicado por Mantilla y Ternera (2008) cuando explican que “en la inversión extranjera se busca su protección en relación a las medidas que toma el Estado” (p. 850).

En estricta relación con el primer artículo, la ANDI (2017) establece que “el 22,1 de cambios en las reglas de juego para las empresas se da por decisiones judiciales” (p. 207), esto por la clara ideología proteccionista y verde de nuestra Corte Constitucional, dejando claro que esta es la corporación que se critica tanto por el empresario, y el plan nacional de desarrollo el cual es fruto de la política del ejecutivo, e indica que se debe continuar con la actividad extractivista pero de forma responsable, pero como se vio en el anterior artículo y como se podrá analizar en este el empresario, tal como lo efectuó en las primeras revoluciones y sistemas liberales, siempre obliga al Estado a cumplir con su voluntad, así tácitamente la ANDI está diciendo que si no se empequeñece el campo de acción de la consulta previa, ningún agente económico invertirá en la economía nacional, y por ende el

país iría en decadencia, por lo que poco a poco no por vía jurisprudencial, sino legal se iría dando más libertad al empresario privado.

En segundo lugar la ANDI (2017) indica que los cambios en regímenes laborales y tributarios causan reducción en el crecimiento económico, este por supuesto es un tema que se relaciona indirectamente con la temática de la concesión minera, pero tal y como sucede con el elemento anteriormente evocado, el empresario privado además de querer eliminar la consulta previa, quiere que se le libere de cargas tributarias, y que se cree aún más flexibilización laboral, en tercer lugar establece que hay exceso en la regulación, lo que genera según ella incertidumbre, punto en el cual nos detendremos.

La Constitución de 1991 tiene en sus normas múltiples protecciones al medio ambiente, constituyendo estos derechos fundamentales de crucial trascendencia, entre ellas el artículo segundo, el cual establece el derecho a un medio ambiente sano y a tomar decisiones en relación a la materia, el artículo (79) que establece la protección a las riquezas naturales y culturales de la nación, el artículo séptimo que alude a la protección a la diversidad étnica y cultural, el artículo 80 relacionado con la planificación y aprovechamiento de los recursos, el artículo 334 y 332 que establece al Estado como dueño del subsuelo, y que los proyectos asignados a este bien, tendrán que financiar proyectos sociales, allí Escobar (s.f) explica que con esta norma se acaba con la incertidumbre acerca de quién era el dueño del subsuelo, dejando claro que se le respetó a los comerciantes su derecho adquirido de propiedad privada sobre determinado subsuelo, dejando claro que la Corte Constitucional que con ocasión de la nueva carta política, Colombia se vuelve un país con una Constitución predominantemente ecológica, en contradicción con su antecesora que nada tenía que decir al respecto.

Por otro lado (Ponce, 2014) explica que con la Ley 685 de 2001, el Estado deja de ser empresario en la materia, y se vuelve vendedor del acceso al recurso, González (2014) por su lado señala que “se pensó en un nuevo Código de Minas de origen legal, en el cual se proyectaba realizar una actualización de normas debido a los cambios en los hechos y en las condiciones que se estaban presentando” (p. 41), dejando claro la doctrinante que el motivo de la generación de este nuevo cuerpo normativo era extraer aun mayor ingreso al sector minero / extractivista, y en segundo lugar señala González (2014) que:

La crítica que se le realizó al Decreto 2655 de 1988, es que dejó alguna regulación procedimental y operativa en manos de los reglamentos y se produjo que temas de vital importancia, para el sector, como era el otorgamiento de los títulos mineros, se adoptaran por medio de decretos gubernamentales, que podían ser modificados con facilidad y relativa frecuencia. (p. 42).

Allí es esencial lo explicado por Carvajal (2016) cuando explica que “el extractivismo es un modelo económico y político basado en la mercantilización y explotación desenfrenada de la naturaleza” (p. 9), y bajo este se dan los primeros conflictos en relación a la seguridad jurídica, ya que esta potestad debía estar exclusivamente en manos de la norma jurídica, y no de una voluntad política, y aquí es donde se comienza a tener la percepción de que en materia minera la seguridad jurídica implicaba una “norma jurídica clara y adecuada” (González, 2014, p. 43), por lo que es posible denotar del texto de la doctrinante, que el concepto de seguridad del Código de Minas era de un talante completamente impositivo, como también lo considera Gallego (2012), aquí las visiones heterogéneas de la materia se ven liquidadas por el establecimiento generalizado, como mencionaba Gallego (2012) en apartado anterior respecto de que la seguridad jurídica tiene un componente totalitario bastante marcado y en relación al Código de Minas el concepto por supuesto aparte de dejar claras las reglas para la venta al acceso del bien, también buscó incentivar fuertemente la inversión tanto nacional como extranjera, pero González (2014) explica que se dio “una totalización abstracta, que pudo llevar a una utilización errónea en la práctica, pues estamos frente a un proceso, nunca algo estático, inmóvil o inmodificable” (p. 44), tema que la ANDI (2017), y demás comerciantes en materia minera por supuesto no comparten.

En relación al concepto sujeto a estudio en la Ley 685 de 2001, Córdoba (2005) explica que la seguridad jurídica está impresa en el Código, y que por esta razón el concepto se manifiesta a razón de que el instrumento tiene la facultad de perdurar, haciendo el símil con un edificio construido con los mejores materiales y los mejores ingenieros, preguntándose si aun con esas características el edificio está exento de destruirse, argumentando que esta tesis de seguridad jurídica, es decir la inmutabilidad de un cuerpo normativo soluciona todas las cuestiones que pueden darse a futuro, dando este inamovible cuerpo normativo noción de seguridad y tranquilidad, y explica entonces Gallego (2012) que “para el positivismo legalista, normas, valores y principios parecen ser la misma cosa dado que

todos estos conceptos se engloban dentro del imperio de la Ley” (p. 75), por otro González (2014) explica que esta noción en parte deviene de la creación de Códigos de la Constitución de 1991, los cuales vienen de un proyecto de Ley que es sometido a difíciles debates, dando la sensación de que cambiar y modificar uno de estos instrumentos es difícil y tardío, lo que genera aún más seguridad.

Sin embargo, González (2014) da evidencia que el autor cuando compara el Código Minero con anteriores normas, determina que estas a pesar de ser normas jurídicas, no cumplían con su fin último, por lo que establece que el mismo autor desestima su propia tesis referente a que la seguridad jurídica equivale a la inmutabilidad de la Ley, por otro lado, se expide la Ley 1382 de 2010, en la cual según González (2014):

El Ministro de Minas y Energía informó, que, con el proyecto de Ley, se esperaba dar respuesta a una serie de requerimientos presentados en la aplicación del Código de Minas que se encontraba vigente en el momento, con el fin de actualizarlo y modernizarlo de acuerdo con una institucionalidad más competitiva (p. 55).

Esta tenía como objetivo evitar la congelación de aéreas que eran potencialmente explotables, es más, se identifica que solo la norma anterior resultaba obsoleta, por lo que era completamente necesaria la modernización de la Ley, y también:

En cuanto a la pequeña y mediana minería, lo que se pretendía era que se convirtieran en actores activos, frente a la ampliación del mercado minero, es decir que estos pudieran tener una relación económica con el exterior realizando exportaciones de los minerales extraídos (p. 56).

Y establece González (2014) que la declinación del sector extractivista se daba por las altas cargas tributarias, cambiarias y de precios de consumo, tal como lo establece la ANDI (2017), y con la nueva norma poder aprovechar el descubrimiento de nuevos yacimientos y minerales, cobrando importancia la apreciación de Gabel y Ulloa (2014), los cuales estiman que en Latinoamérica siempre es clara la presencia de la empresa foránea, como bien sucede en Colombia, siendo aquellas empresas extranjeras partidarias de la tesis de la ANDI (2017), claro siendo necesario tener en cuenta que en Colombia con la Ley 2010 DE 2019, se le dan beneficios a los inversionistas extranjeros en la materia, así La ley 2010 mantiene sin cambios importantes el régimen de CHC creado en norma de 1943, según el

cual las sociedades que cumplan ciertos requisitos recibirán un tratamiento tributario especial y diferente en relación con los dividendos y ganancias de capital obtenidos por las inversiones realizadas vehículos localizados fuera del país, así mismo este régimen permite que los dividendos distribuidos por las Compañías Holding Colombianas, así como la ganancia de capital generada en la venta de las acciones o participaciones de las compañías, sean considerados como ingresos de fuente extranjera que como tales no estarán sujetos a tributación en Colombia en la parte que corresponda a inversiones de la CHC en operaciones no colombianas, siendo importante también el artículo 76, el cual indica lo siguiente:

Artículo 235-4. Estabilidad tributaria para mega-inversiones. Se establecen los contratos de estabilidad tributaria sobre los nuevos proyectos de Mega-Inversiones que sean desarrollados en el territorio nacional. Mediante estos contratos, el Estado garantiza que los beneficios tributarios y demás condiciones consagrados en el artículo 235-3 de este Estatuto aplicarán por el término de duración del contrato, si se modifica de forma adversa el artículo 235-3 y/u otra norma de carácter tributario nacional que tenga relación directa con este. (Colombia, Ley 2010, 2019, artículo 76).

Luego mediante Resolución No. 18 0102 de 30 de enero de 2012, se reglamenta el artículo 31 del Código de Minas y 108 de la Ley 1450 de 2011, las cuales según González (2014) “se seleccionaron las áreas para alojar mineralizaciones de oro, platino, cobre, coltán, sales de potasio, uranio, carbón metalúrgico, roca fosfórica y magnesio” (p. 60 y 61), de la misma forma que lo hizo la Resolución No. 0045 de 20 de junio 2012, y González (2014) establece respecto de estos últimos cambios que:

Esta actividad que realizó el Estado, se fundamenta en la visión que tiene de generar conocimiento geocientífico básico, a escalas adecuadas y requeridas por los inversionistas privados interesados y considera que de esta manera logrará posicionar la minería colombiana en el contexto mundial (p. 61)

Ahora en la sentencia C- 366 del 11 de mayo de 2011 se declara inexecutable la Ley 1382 de 2010, ya que debía existir un mejor método para el estudio de solicitudes de legalización de minería tradicional y se expide el Decreto No. 933 del 9 de mayo de 2013, ya que había casi 4000 solicitudes pendientes de resolver, este identifica que se le puede asignar 150 hectáreas a personas naturales y 500 a personas jurídicas o asociaciones

minera, y comenta González (2014) que “los solicitantes sólo podrán presentar una solicitud en el territorio nacional y el contrato de concesión que suscribirían es un contrato especial para la continuidad de las actividades de explotación” (p. 64), con el fin por supuesto de controlar el impacto ambiental en la materia.

Respecto de la temática de la seguridad jurídica en la concesión minera, es importante devolvernos a la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382 de 2010, y que esta se dio por “la falta de la exigencia de la realización de una consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes” (González, 2014, p. 66), y es que de esta sentencia como explica Escobar (s.f), la jurisprudencia comienza a ir en contravía de la norma jurídica minera, teniendo que analizar en conjunto la normas y jurisprudencia en términos de poder analizar el postulado de la ANDI (2017), por lo que en primera medida no es cierto que la proliferación y exceso de regulación en materia minera crea incertidumbre, ya que en general la mayoría de normas expedidas en la materia, tenían como finalidad sacar la mayor productividad y resultado económico de la actividad, lo que no necesariamente se relaciona con la protección del derecho fundamental, y con la tradición jurisprudencial del Corte Constitucional desde 2011, se comienzan a derogar diversas normas, junto con tutelas que protegen dicho derecho fundamental al medio ambiente y derechos conexos.

En relación con lo anteriormente mencionado, la ANDI (2017) menciona que “los inversionistas procuran que sus nuevas inversiones se realicen en contextos de estabilidad que les permitan predecir y mantener un retorno confiable sobre sus inversiones”, dejando claro tanto aquí como en la jurisprudencia analizada en el primer artículo, que los comerciantes que reclaman seguridad jurídica, lo hacen entendiendo que esta es la norma en sí misma, es decir la inmutabilidad por la inmutabilidad de la norma, tesis soportada en un análisis positivista de la norma, por lo que las recomendaciones de la ANDI (2017) perfectamente pueden identificar esta perspectiva o tesis de la seguridad jurídica en lo relacionado con la perspectiva a largo plazo:

La planeación fiscal del Estado a largo plazo debe ser rigurosa, y no se acuda a reformar el sistema tributario con frecuencia, las entidades del Ejecutivo deben contar con agendas regulatorias, que den previsibilidad a la toma de decisiones, y tiempos de ajuste que aseguren el cumplimiento, deben crearse espacios en el Legislativo que permitan el estudio

conjunto de iniciativas que se presentan sobre temas similares, con el objeto de brindar perspectivas globales a proyectos particulares. (p. 226).

En coordinación con lo anterior Kalmanovitz (2003) explica que “si determinara por el inversionista extranjero, el déficit en el país sujeto a inversión, esto muy posible que haya miedo a la inyección de activos, y por ende no se de la operación” (p. 291) por ello en relación a los mecanismos para asegurar la estabilidad la ANDI (2017) señala que:

“Se debe enfatizar la visión según la cual las normas constitucionales y las que le dan desarrollo tienden por esencia a ser estables, es necesario expedir una ley orgánica que delimite claramente las competencias de las autoridades nacionales y territoriales. Esto a propósito de la explotación de los recursos naturales no renovables, se debe expedir una ley orgánica que fije el alcance de las atribuciones de las entidades territoriales en materia de impuestos y la necesidad de armonizar las interpretaciones que se dan de forma independiente”. (p. 226).

Y por otro lado indican que “una ley estatutaria debe fijar un procedimiento claro y con etapas preclusivas, para la realización de la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes” (p. 226), en relación con las decisiones judiciales la misma institución indica:

“Agilizar los procesos administrativos y judiciales por medio del uso de las tecnologías, es clave que, desde el consejo superior de la judicatura, se adopten mecanismos eficientes de administración de juzgados, como el establecimiento de secretarías unificadas” (p. 225).

Es importante que los integrantes de la Corte Constitucional busquen la armonización de la progresividad de los derechos y las obligaciones constitucionales con las limitaciones fiscales de la Nación y el desarrollo del país. (p. 225).

En relación al acuerdo de paz señala que “al determinar la constitucionalidad de las normas de implementación del Acuerdo Final que sean restantes, será importante que revelen la observancia rigurosa de las limitaciones y el uso prudente de las facultades especiales (Fast track)” (p. 226), analizando estas en términos de Gallego (2012), es clara la posición económica, política, económica y social del sector privado, en términos de uno de sus representantes más importantes, y por ello es importante recodar lo mencionado en el primer artículo en relación al choque de derechos fundamentales que se dan en esta metería

entre desarrollo económico y libertad de empresa vs derechos fundamentales al medio ambiente y derechos de los pueblos indígenas, tensión que será solucionada en apartados posteriores.

2.2 Seguridad jurídica como principio:

El presente apartado explica el otro extremo de la conceptualización de la seguridad jurídica, si uno de estos es su concepción como norma, la segunda funciona en el sentido de la misma como principio, como se verá en los siguientes apartados esta se acerca mucho más al cometido que en verdad debe tener el contrato de concesión minera, pero aún en su funcionalidad no es suficiente para solucionar el caso en cuestión, por motivo del choque del derecho a la libertad de empresa, el derecho al medio ambiente y derechos de las comunidades aledañas, además esta segunda versión se basa fuertemente en los análisis antiformalistas de Perilla (2017) haciendo especial énfasis en su entendimiento de la Corte Constitucional como “tribunal antiformalista” (pág. 108), ya que como se podrá analizar es por las emisiones de la alta corporación que se inclina el sentido de seguridad jurídica para el contrato de concesión minera como principio, teniendo como base conceptual también la tesis de Tamayo (2013) referente a la concepción mista de la seguridad jurídica en versión iusnaturalista, pero obligatoriamente positivista (p. 113).

Henkel (1968) entonces explica la seguridad jurídica en cuanto a un factor de legitimidad la cual tiene un contenido valorativo, como lo explica Gallego (2012) comentando a Henkel señalando que “a un contenido de justicia expresado en términos de derechos y libertades que la conciencia humana e histórica que considera han de estar suficientemente protegidos y realizados a la altura del tiempo en que se vive” (p. 75), y al respecto González (2014) explica que esta genera un estado psicológico de tranquilidad en el sujeto, pero bien manifiestan los dos doctrinantes, la mera existencia de la norma jurídica no es suficiente, ya que los medios de comunicación y los poderes económicos le quitan esa percepción, pero para comprender esta teoría y verificar si es la necesaria para utilizar en el tema de la concesión minera, es necesario comprender a cabalidad la noción de principio, ya que el contenido de “seguridad jurídica” dependerá del sentido que le asignemos, afirmando por su lado Monroy (2013) que esta pertenecerá a la noción de “valor” (p. 53).

Romero (2003) explica que el “Principio, según el Diccionario de la Real Academia

Española está definido como: base, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia” (p. 157), y Estrada (2016) afirma que hay varias definiciones y formas de entender el principio general de derecho, por ello:

La elección de una u otra noción de principios, la iusnaturalista o la iuspositivista, se debe enmarcar dentro de las libertades políticas y jurídicas, esto es, no se puede sugerir una específica idea de principios en la medida que ambas desempeñan importantes funciones frente al derecho y en el derecho (p. 51).

Es decir, según Estrada (2016) ambas concepciones se complementan, en opinión del autor de esta investigación, haciendo alusión a la afirmación de Estrada (2016) cuando explica que el principio debe considerarse como norma jurídica y no como norma moral, se entiende que en la complementariedad de la noción iusnaturalista y positivista, en el contexto de la concesión minera y todos los temas que se derivan de esta, los principios que rigen la actividad extractivista deben estar positivizados, como mandato de optimización que funge como horizonte del resto de las normas jurídicas, ya que la única razón para que los principios rectores de una materia en específico cambien, es que cambie la doctrina constitucional que los domina, es decir que se cambie la norma de normas, ya que estas son propias del Estado Social de Derecho, y el sentido último social de nuestro ordenamiento jurídico no debería cambiar, o por lo menos debería tener una amplia duración en el tiempo, posible manifestación de la teoría anti formalista de Perilla (2017).

Lo anterior tomando como ejemplo el caso del sistema jurídico Estadounidense, el cual no ha tenido variación en normas constitucionales desde hace décadas, teniendo en cuenta que es una escuela jurídica diferente, por lo que puede analizarse que lo realmente perjudicial es el cambio constante de principios y norma superior constitucional, ya que esta fundamenta el resto de normas jurídicas, Estrada (2016) define que son “normas auxiliares a la ley, a criterios de constitucionalidad de la misma; fungen, junto a los derechos fundamentales, de principales criterios de validez material; ayudan a la consecución de la plenitud del ordenamiento jurídico” (p. 53), y por ello es necesario dentro de la concurrencia de la noción iusnatural o positivista, exista una sub división, que implica el principio en noción débil y en noción fuerte.

Según Estrada (2016) la noción/ tesis débil del principio refiere a una norma moral, que

está por fuera del derecho y que es fuente auxiliar, su principal postulante es Vecchio (1971), y la segunda que entiende el principio como norma jurídica, concepción que se divide en dos, la noción fuerte – débil del principio, como lo manifiesta el artículo 230 de la Constitución, que los define como recurso auxiliar, o la noción fuerte- fuerte, que lo entiende como norma orientadora del resto de las normas jurídicas, y más que acertado está Estrada (2016) cuando afirma que la noción necesaria es la fuerte- fuerte, por si se tiene en cuenta todo lo mencionado por González (2014) y Gallego (2012), los cambios que se dan, y que se seguirán dando en materia minera no pueden desembocar en el entendimiento de inseguridad jurídica, ya que lo que sí es seguro jurídicamente es el principio, y el principio en su categoría fuerte- fuerte, como norma orientadora, que marca el horizonte del resto del sistema, por supuesto, antes de afirmar que esta es la solución definitiva a la problemática actual, es necesario analizar muchos otros aspectos, pero por supuesto que esta visión de norma orientadora y que esta sea la que tenga permanencia en el tiempo es mucho más cercana a lo que se puede analizar en las jurisprudencias de la Corte Constitucional como bien lo señala Perilla (2017, pág. 108 y 109).

Por otro lado es posible analizar que lo manifestado por Gallego (2012) y Estrada (2016) da a entender que la perspectiva de la seguridad jurídica como norma en el contrato de concesión minera, goza también de la característica de seguridad como norma en parte, pero desde el lugar de la norma orientadora, lo que sucede es que en este caso en concreto respecto del contrato, se presentan dos principios de igual jerarquía en colisión, por lo que la noción de seguridad jurídica tiene que ir incluso más allá de la versión relativa al principio como norma orientadora.

2.4 Seguridad jurídica como certeza y previsibilidad:

Esta tercera noción se trae a colación por el motivo de que si bien queda hasta el momento descartada la versión de la seguridad jurídica como norma, y viendo que al parecer como principio se acerca mucho más pero que aún tiene elementos que le faltan para cumplir con la verdadera necesidad actual, es esencial adherir transversalmente que sea cual sea la versión utilizada al final, la noción de la seguridad jurídica para el contrato de concesión minera debe gozar de la característica de certeza “como norma orientadora” y de previsibilidad como “norma jurídica”, ya que todos los cambios legislativos e incluso

jurisprudenciales deben manifestarse por motivo del cambio de las condiciones del sector minero y el modelo extractivista, y no por otra razón política u económica.

Gallego (2012) explica entonces que “Esta es la definición más utilizada por juristas y abogados litigantes, ya que es la que presenta la mayor visibilidad en el ámbito jurídico” (p. 77), claro esta se relaciona en gran medida con la percepción de la seguridad jurídica de la norma, pero se retrata en un espectro más específico, ya que el autor manifiesta que se encamina más al concepto del principio de la legalidad y no irretroactividad de la Ley, está claro en relación con el tema sujeto a estudio, es decir la concesión minera tiene una aplicación compleja, ya que en opinión del autor de la investigación, es una que a pesar de circunscribirse a la noción de seguridad como norma, es indispensable, ya que como se explicó en el primer artículo de esta investigación, en el caso de las concesiones donde no se necesitaban licencias, aquella que entran en vigencia de los nuevos postulados de la Corte Constitucional, indiscutiblemente deben respetárseles su condición más favorable, ya y por mucha mutabilidad que se presente con los cambios climáticos o ambientales que impongan la necesidad de más restricciones a la industria minera, es importante que se haga respetar los efectos de la Ley como principio general de derecho.

Rondan y Suarez (1993) por su lado manifiestan de la figura jurídica que “como previsibilidad de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de una determinada actuación, esta certeza es entendida como conocimiento cierto del ordenamiento jurídico aplicable y de los intereses que jurídicamente se protegen” (p. 203), Escudero (2000) por su lado indica que “entonces la Seguridad Jurídica es la exigencia de que los sistemas jurídicos contengan los instrumentos y mecanismos necesarios para que los sujetos obtengan una cierta garantía sobre cómo van a ser las normas jurídicas que rigen sus conductas”(p. 502) y Pérez (2000) por su lado señala que:

Un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). (p. 483).

El anterior postulado para nuestro caso en concreto es importante de ser tenido en cuenta, ya que, si bien las líneas jurisprudenciales puedan cambiar, o la misma norma jurídica es de

tener en cuenta que la previsibilidad de los cambios están o deben ser basados en la norma jurídica orientadora o principios, en este caso de carácter constitucional.

Continúa explicando el autor que “junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales” (p. 483), y siendo estas las principales posturas doctrinales, no podríamos decir que aquella que debe aplicarse al análisis del contrato de concesión minera sea una sola, de hecho para solucionar el problema de la investigación es necesario indiscutiblemente crear una concepción mixta de la figura, ya que como correctamente establece Gallego (2012), si vamos a hablar de la seguridad jurídica como principio, debemos analizar que va a ser principio, y allí establece que será siamés del principio de legalidad, porque a pesar de que lo que más se debe evitar es la completa concepción de la seguridad como norma inmutable, estamos en el ámbito del Estado social de derecho, como evolución del simple Estado de derecho el cual se regía exclusivamente por el culto a la Ley, pero que no analizaba ni tenía visión de principios, por supuesto después de los eventos de la segunda guerra mundial, ya no se analizaba exclusivamente el cumplimiento de la norma, como ejercicio del derecho de forma positiva, sino que el núcleo de la norma jurídica es el ser humano, para entonces analizar la seguridad jurídica en el Estado constitucional, el cual es definido parafraseando a Witker (s.f) como aquel que limita los poderes públicos por una Constitución, que fungirá como norma de normas.

Por lo anterior Gallego (2012) indica que “si aceptamos como “principio” a la seguridad jurídica hoy, ello exige algo más que la concurrencia de instrumentos procedimentales para garantizar la mera ausencia de dudas o lagunas en el ordenamiento jurídico, lo cual dicho sea, es inútil”(p. 78), y manifiesta por otro lado que “tal garantía es precaria, por no decir falsa en tanto hace referencia al estado liberal, a la garantía de que las grandes economías no van a ser tocadas por el derecho para garantizar la redistribución de la riqueza” (p. 78), así a pesar que se requiere en medida legalidad en consecuencias jurídicas derivadas de los actos, queda probado que debemos alejarnos de la concepción de seguridad como lo perpetuo en el tiempo relativo a la norma positiva, teniendo como principal argumento, que el devenir del tiempo, se materializa indiscutiblemente en el derecho, como sucede con la

costumbre mercantil en derecho de los contratos, sin necesidad de la norma jurídica que sencillamente establece el campo de acción en relación a lo legal, lícito o ilícito, el ser humano sobrepasa y supera el positivismo jurídico por su misma naturaleza, por lo que en un análisis Savignyano es en el que debemos comprender el contrato de concesión minera, concepción que según Gallego (2012) se debe dar en todas las aéreas del derecho, sin embargo en materia extractivista se dificulta, ya que precisamente el tema de las restricciones es lo que resulta cambiante, pero sin violar el principio de legalidad.

3. El concepto de seguridad jurídica del contrato de concesión en el Estado Constitucional:

En el presente apartado se explicará la manifestación de la seguridad jurídica del contrato de concesión minera en el Estado constitucional, por lo que será necesario comprender cuales son los principales derechos fundamentales que se estudian en la materia, destacando aquellos plasmados en los artículos 80 y 330 de la Constitución Política, ya que estos fundamentaran la respuesta a la pregunta problema.

Sin embargo antes de estudiar el concepto de la seguridad jurídica en el Estado constitucional, es necesario entender que es el Estado Constitucional, para ello Díaz (s.f) indica que “Del Derecho Alemán procede la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, y el iusnaturalismo latente en la concepción de los derechos y libertades” (p. 1) y Bechara (2011) señala que “el Estado constitucional democrático se solidifica sobre unos pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas” (p. 63), es decir una sociedad jurídica y políticamente organizada, la cual se rige por una constitución, que funge como norma de normas y que limita los poderes públicos, estableciendo una estructura de principios que buscan ser mandatos de optimización, y horizonte del resto de las normas jurídicas.

Precisamente concepción que se relaciona con el concepto de seguridad jurídica que aplicaremos para el contrato de concesión minera, al respecto Gallego (2012) señala que “en el Estado Constitucional la seguridad Jurídica se considera Principio y presenta grandes cambios frente al simple Estado liberal burgués de derecho”(p. 80), clave para soportar lo anterior, es el analizar que para “Loewenstein las libertades fundamentales deberían ser supraconstitucionales, en el sentido de que no pudieran ser derogadas en ningún caso al

amparo de las limitaciones de orden legal que la mayoría de las Constituciones escritas prevén a *posteriori*” (p. 83).

Por otro lado, respecto de los principios constitucionales en el derecho de minas, el primer artículo que hay que tener en cuenta es el tercero de la Ley 685 de 2001, manifiesta que:

Las reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente (Ley 685 de 2001, artículo 3).

El primero de estos artículos habla del derecho al trabajo, que para materia de la investigación no tiene incidencia directa, por otro lado el artículo 80 de la carta, está dentro del capítulo tercero, el cual trata el tema de los derechos colectivos y del ambiente, específicamente trata el tema del aprovechamiento de los recursos naturales, y su “desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución” (Constitución Política, 1991, artículo 80), junto con las respectivas sanciones por la violación de los mismos, y la cooperación con otras naciones con el fin de proteger el medio ambiente, referente a ese derecho ya se hizo explicación en relación a la jurisprudencia constitucional.

El artículo 330 constitucional por su lado, retrata la temática de los grupos indígenas, cuyo tema hito refiere a la consulta previa y la forma de restablecimiento de derechos por daños en la actividad minera, tema que también fue abordado en forma de línea jurisprudencial en el primer artículo de esta investigación y el parágrafo habla respecto de la protección a estos grupos en materia extractivista, por otro lado tanto este artículo junto con el artículo 80 constitucional, se relacionan y se deben analizar de forma sistemática con el artículo primero de la Ley 685 de 2001, el cual en su articulación define que “en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país” (Ley 685 de 2001, artículo primero), así vemos que en materia de principios se dividen en dos grandes bloques, primero el relacionado con la preservación del medio ambiente, y otro relacionado con el aprovechamiento de los recursos junto con el fortalecimiento económico, por lo que lo

ideal sería la perfecta coordinación entre estos, pero cada parte de este duelo constitucional, utiliza como argumento la existencia para la seguridad jurídica en el contrato de concesión minera específicamente.

Bajo esta coordinación de conceptos, y entendiendo las concepciones de seguridad jurídica, es posible determinar que lo ideal es utilizar la percepción de principio en sentido estricto, y la concepción como norma para las consecuencias jurídicas por violar los principios en la actividad extractivista, esto genera una tensión ya que lo que no analiza Gallego (2012) es que sucede cuando hay dos orígenes de seguridad genérica que luchan entre sí, así como se explicó en la primera parte de esta investigación, la Corte Constitucional junto con parte de la doctrina, alega la preservación del medio ambiente, dificultando en ciertos momentos la actividad extractivista haciendo uso de potestad de legislador negativo, junto con cierta actividad legislativa del congreso en los años 90 y principio de los 2000, y desde la otra perspectiva está la de los empresarios, demandantes de normas restrictivas a la minería, y por supuesto la ANDI, así en el primer artículo se trató de forma breve el tema del choque de principios, por lo que para este tema es necesario la creación de una nueva forma de seguridad jurídica, ya que la concepción de la seguridad jurídica como principio, no estudia la seguridad jurídica sobre principios que son contradictorios en la práctica, por ello en el siguiente apartado se estudiará el choque de estos principios haciendo uso de la doctrina, jurisprudencia y por ende las nuevas teorías constitucionales.

4. Choque de principios que se presentan en la concesión minera:

Como posible denotar de los anteriores apartados, si se aplica el sentido de seguridad jurídica como principio para el contrato de concesión minera entra en discusión un tema relativo al sentido de principio para dos mandatos de optimización o normas orientadoras que gozan en teoría de una misma importancia, por lo que se genera una colisión de los mismos, así para solucionar el choque entre el derecho a la libertad de empresa y el del medio ambiente será necesario comprender como se manifiestan las nuevas teorías constitucionales para solucionar este tipo de disertaciones jurídicas, análisis que se basa en gran medida en el análisis antiformalista de Perilla (2017) al alejarse de la dura y exegética norma jurídica para acudir por ejemplo al estudio de los principios.

Para este tema, Sabogal (2015) inicia indicando que:

Si el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra conformado, a grandes rasgos, por normas y principios jurídicos, la coexistencia de estos, en un rango de igual jerarquía, pero con un contenido ideológico diverso, no implicaría en sí misma, la presencia de una antinomia, tensión o colisión entre dos o más principios (p. 52).

En el caso en concreto como se indicó, la coexistencia de la libertad del empresario, junto con el principio de aprovechamiento económico de los recursos naturales, tiene un contenido ideológico contrario a los principios de conservación del medio ambiente, esto en teoría no causa la colisión, pero en el caso del contrato de concesión minera si se da una dura tensión, que está generando en la actualidad unos duelos constitucionales que se evidencian en la jurisprudencia, y deja claro Sabogal (2015) que en materia legal, la antinomia de normas se resuelven de forma sencilla, ya que la norma posterior deroga a la anterior, la especial a la general y la superior deroga a la inferior, pero se ejemplifica que en materia de principios no funciona de manera tan sencilla.

Sabogal (2015) afirma que “la colisión de principios debe ser resuelta a la luz de la teoría kelseniana, a través de una interpretación judicial que sea fiel a la norma básica fundamental del sistema jurídico” (p. 53), y por ello “entonces, el principio más relevante será aquel cuya coherencia con la gran norma prevalezca sobre el otro” (p. 53), pero se identifica entonces que la teoría kelseniana tiene un elemento clave relativo al factor de resolución jurisprudencial del caso en concreto, esto por supuesto depende del elemento psicológico e ideológico del juez, en el caso de la concesión minera la Corte Constitucional en sentencias como la C-123 de 2014, C-035 de 2016, C-273 de 2016, C-389 de 2016

C-216 de 1993 la T-445 de 2016, T- 502 de 2002, y la C 149 de 2010 es posible analizar que la corporación busca preservar el medio ambiente, y le da prioridad al principio sobre aquellos alegados por la contraparte (empresarios y ANDI), por lo que en teoría el caso se ve solucionado, pero hay aristas que deben resolverse para poder identificar en realidad que es o que debería ser la seguridad jurídica en el caso minero.

Sabogal (2015) afirma “que frente a la colisión de principios la Corte Constitucional Colombiana ha fijado unos lineamientos a seguir cuando se presentan casos en los que dos normas o principios del ordenamiento jurídico brindan una respuesta diferente al mismo

problema jurídico” (p. 54), por ello es necesario hacer estudio de ambos principios sujetos a choque:

Principio de libertad de empresa:

Leguizamón (2000) explica que estos tienen origen de orden liberal, y señala taxativamente que estos se relacionan con:

“La libre actividad económica y la iniciativa privada (Art. 333 C. N.)

El derecho a la libre competencia económica. (Art. 333 C. N.)

El derecho a la propiedad privada. (Art. 58 C. N.)

El ejercicio libre de cualquier profesión u oficio. (Art. 26 C. N.)

Los principios del libre comercio internacional y de la internacionalización de las relaciones económicas (Art. 226 y 227 C. N.)”

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha hablado en línea jurisprudencial sobre este principio, ya que por el sistema capitalista liberal económico en el cual encontramos la celebración de cualquier contrato y la creación de cualquier empresa, está amparado con legalidad y permisión de Corte Constitucional, se explica que este es esencial para el desarrollo del Estado, el crecimiento de la sociedad, y la competencia de Colombia con otros Estados, esta libertad se encuentra en cualquier tipo de industria y para el caso en concreto, como se ejemplificó en el primer artículo, empezó desde aproximadamente los años setenta con una fuerza inmensurable, cambiando los indicadores económicos del país hasta la actualidad, y es que bajo un análisis Kelseniano en relación con lo indicado en línea jurisprudencial de la libertad de empresa, es clave analizar lo siguiente, teniendo en cuenta que el título minero y condiciones ecológicas junto con el tema de la consulta previa ya fueron analizados en forma de línea jurisprudencial en el primer artículo:

4.1 Jurisprudencia relativa a la libertad de empresa y la confianza legítima:

Antes de hablar de cómo ha concebido la libertad de empresa la jurisprudencia colombiana, es necesario comprender el concepto de la confianza legítima, está según Mejía (2010) tiene varias concepciones según la doctrina y la jurisprudencia, la autora

citando a la sentencia C-478 de 1998, esta explica que “pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades” (p. 27), explica la sentencia que cuando el gobierno termina totalmente la posibilidad de una actividad, el Estado debe proteger con una política los efectos de la prohibición total, figura jurídica que se relaciona profundamente con la seguridad jurídica según Monroy (2013, p. 32), pero esencial es cuando la sentencia explica que:

Sin embargo, es claro que la protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo cual mal puede invocarse este principio para solicitar la inexecutable de una norma que se limitó a suprimir un beneficio de fomento.

Esencial para complementar lo anterior, es tener en cuenta lo explicado Monroy (2013) cuando afirma que “sería conveniente consagrar la obligatoriedad de seguir el precedente consolidado con la exigencia de fundamentar razonadamente la separación del precedente por parte del operador jurídico” (p. 32), aquí Mejía (2010) por su parte deja claro que el tema de los derechos adquiridos es sumamente completo, claro esto se relaciona con los efectos de la Ley en el tiempo, y como se sabe en materia de contratación estatal el derecho se adquiere una vez firmado el contrato, con la adjudicación existe una mera expectativa, sin embargo los cambios en las normativas de solo proponentes no priva al legislador y a la Corte para pronunciarse sobre cambios normativos.

Claro la jurisprudencia deja claro que estos cambios están íntimamente relacionados con el interés general, confirmando el postulado de la sentencia C-478 de 1998, situación que también puede adecuarse en el postulado de la sentencia T-940 de 1999 cuando afirma que “se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades”, claro en opinión del autor de esta investigación es difícil aplicar los postulados de las anteriores jurisprudencias, porque en el caso en concreto no se ha “modificado abruptamente una posibilidad de ejecutar una actividad”, sino que tenue y progresivamente se han establecido reglas que limitan ciertos aspectos de la concesión, siendo la concesión jurídicamente existente y válida en Colombia, por lo que el Estado ni siquiera quiere ayudar al empresario a adaptarse a los cambios, siendo importante destacar que los cambios se comprenden bajo

la protección del interés general, allí es importante mencionar también la sentencia SU-360 de 1999 referente a los justos límites de las reglas de preservación, explicando que:

Las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia, los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales.

Una vez comprendida la base teórica de la confianza legítima, es posible analizar los postulados de Becerra, García y Sánchez (2002) quienes nos hablan del concepto de libertad de empresa, y sus justos límites son un tema que es necesario entender en la jurisprudencia, bajo una línea transversal a la libertad de empresa, los fines sociales y económicos de la misma, e inicia explicando que la sentencia C-333 de 1999 afirma que a pesar de que en el actual Estado de Derecho se protege la libertad de empresa como derecho, sentencia que según Flórez (2010) constituye jurisprudencia reiterativa respecto de posterior sentencia del año 1993, por otro lado Quebradas (2017) refiere a él “que posee cualquier persona, natural, jurídica, nacional o extranjera, que desee realizar actividades lícitas dentro del territorio colombiano, puesto que la generación de empresa trae consigo unos beneficios intrínsecos para toda la sociedad colombiana” (p. 4), así el mismo Estado a través de diferentes entes puede intervenir en la económica, con el fin de verificar que se aplique el vinculante fin social de la misma, y clave será entonces lo señalado por la sentencia T-379 del 1997, ya que está haciendo estudio del choque entre la libertad de empresa con otros valores, en una especie de análisis Kelseniano, indica que la libertad del empresario siempre debe aplicarse a la luz de valores y principios de mayor jerarquía, por lo que para esta sentencia por ejemplo, el debate de la seguridad jurídica en relación a los dos principios en choque encuentra solución, sentencia que según Flórez (2010) constituye sentencia dominante.

Por otro lado Becerra (et.al 2002) comenta el artículo 25 del Código de Comercio el cual define una empresa como una unidad de explotación económica, para producir, transformar, administrar o custodiar bienes o servicios, y comentan las doctrinantes que nuestro sistema

es muy característico por su forma individualista, factor que fue heredado por influencia napoleónica, y por supuesto dicha libertad se extiende mucho más en el Código de Comercio que en el Código Civil, ya que por influencia de la *Lex Mercatoria*, se rinde culto a la libertad material y conflictual, aún más que en los negocios civiles, hay una hegemonía del estatuto comercial más que el civil, este fenómeno se manifiesta en la utilización de figuras como la inoponibilidad e inexistencia de los negocios, las cuales no existen en materia civil, pero incluso el artículo 669 del Código Civil expresaba que se podía disponer de la propiedad arbitrariamente, en la concepción napoleónica de la figura por supuesto, pero con la llegada de la Constitución Política de 1991, bajo análisis sistemático con el artículo 58, se deja indicado que la finalidad de la propiedad, y por ende su límite es social, a lo cual Pérez (2016) comenta que se aplica “cuando 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”(p. 183).

Por su lado la sentencia hito o fundadora T- 425 de 1992 explica que la empresa es la facultad de toda persona de ejecutar actividades económicas con miras a aumentar su patrimonio, luego en 1993 con la sentencia C- 040 explica ya respecto de la libertad económica que esta no es la típica del dejar hacer y dejar pasar del Estado Liberal, está en términos de Flórez (2010) constituye la sentencia hito o fundadora, por la trascendencia del postulado constitucional, explica Naranjo (2000) que viene de la revolución burguesa en Francia de 1789, este según el autor se desarrollaba bajo la permisión de completa libertad económica, y por ello mismo es que comienzan a surgir años después las primeras concepciones del contrato estatal como se explicó en el primer artículo de este texto, a pesar de que de los postulados esenciales era la fraternidad, el poderío económico de los Estados luego se ve transformado al Estado liberal constitucional, con el fin de limitar poderes, tanto económicos como políticos, a esto comenta Lancheros (2009) el Estado constitucional tiene entonces como facultad limitar incluso al poder legislativo.

Según Becerra (et.al 2002) cronológicamente la siguiente sentencia importante en la temática sujeta a estudio es la T - 291 de 1994, la cual trata el concepto de libertad económica bajo presupuestos reiterativos de la sentencia de 1992, y explica que esta no

solo se aplicará para una empresa, sino para cualquier manifestación de libertad económica que se pueda dar, dando primacía a la iniciativa privada, explicando por otro lado que la libertad económica no se manifiesta en la libre competencia, sino en la igualdad de condiciones para competir, claro está dentro de los conceptos de igualdad formal y material de los que ya ha hablado nuestra Corte Constitucional, así hasta el momento en la jurisprudencia se había hablado de libertad de empresa en relación a diferentes nociones, pero no como tal desmembrando un concepto unívoco, para luego establecer dos partes estructurales del concepto, uno relacionado con la iniciativa, u otro relacionado con la parte instrumental.

Según la sentencia 524 de 1995 el factor inicial, es la posibilidad que se le dan a las personas de emprender, y el segundo que refiere al aval de constituir una organización para la explotación económica, por ello Becerra (et.al 2002) señala que la relación de libertad económica, y de libertad de empresa se manifiesta en términos de género y especie, dando como delimitación conceptual de las doctrinantes que la libre empresa equivale a la libertad económica ejercida por una empresa, más la iniciativa privada que equivale al ánimo de lucro, sentencia de carácter dominante en la línea.

Sabogal (2005) por su lado respecto de los límites al concepto anteriormente analizado, explica que:

La libertad de empresa en la fijación de su contenido se encuentra sujeta a la imposición de unos límites; sin embargo, esos límites en ningún caso pueden llegar al extremo de anular el derecho, sino que por el contrario debe respetarse, en todo caso, el contenido mínimo de ese derecho. (p. 6)

Lo anterior según el autor, debe comprenderse bajo la teoría del contenido mínimo de los derechos fundamentales, y aquí es donde entra a haber conflicto en el caso de la concesión minera, pero solo con lo estudiado en el primer artículo, es posible denotar que la jurisprudencia constitucional y ciertas normas jurídicas nunca anulan el derecho, puede que se establezcan ciertas limitaciones nuevas para el ejercicio de la actividad económica, pero sería erróneo afirmar por parte de los empresarios que está prohibido el negocio de la actividad extractivista, por ello indica Sabogal (2005) que “según la cual si bien los derechos pueden ser limitados o restringidos por diversas causas, no cualquier límite ni

restricción se ajusta a la Constitución, pues sólo son válidos aquellos límites que respeten el núcleo esencial del derecho limitado”(p. 6), y es que esta teoría según Sabogal (2005) y Becerra (et.al 2002) es la más utilizada por la Corte Constitucional desde 1992, por lo que es esencial entender la teoría de la esencia de los derechos fundamentales.

Para esto analizaremos la sentencia T 426 de 1992, la cual según Sabogal (2005) se puede resumir en los siguientes aspectos:

Primero es necesario identificar las facultades inherentes al derecho, luego los intereses jurídicamente protegidos, y en tercer lugar “todo esto, a través de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad (ponderación) que deberá realizar el intérprete” (p. 7), por ello como conclusión de los análisis de la Corte Constitucional desde 1992 puede establecerse que:

El núcleo esencial del derecho de la libertad de empresa va a estar constituido por todo aquello que resulte de ese derecho que se reconoce a toda persona para desarrollar actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar su patrimonio, que en ponderación con otros derechos no afecte negativamente, la función social de la empresa, el interés general, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación o la democracia empresarial (Sabogal, 2005, p. 7).

Cuando se analiza lo establecido por Gallego (2005) junto con lo explicado por Sabogal (2005), junto con lo señalado por Cabrera y Fierro (2013), es que en cada situación en específico debe analizarse el derecho fundamental en su núcleo, junto con los demás derechos fundamentales que en su periferia tiene como objeto de choque o conflicto, y si se continua la directriz de la alta corporación constitucional, si bien la seguridad jurídica debe entenderse como un principio, y las consecuencias jurídicas como normas, si existe choque entre dos derechos hay que analizar el núcleo del principio, y este núcleo será el centro neurálgico de la seguridad jurídica, y aquel que si deberá según los mandatos constitucionales, ser inamovible, y bajo la interpretación de este el choque con otro derecho fundamental será sujeto a análisis de su núcleo, con el fin de determinar cuál primara, para el caso en concreto si se analiza la doctrina jurisprudencial, el centro neurálgico de la libertad de empresa es un fin ecológico y social, y en choque con el derecho fundamental al medio ambiente, es indiscutible que primara tanto los derechos del medio ambiente,

como los derechos sociales derivados de este, por lo que siguiente sección será posible concretar estos postulados jurisprudenciales y doctrinales en la concesión minera, para poder responder así nuestra pregunta de investigación.

4. Seguridad jurídica como contenido mínimo del derecho fundamental en el contrato de concesión minera:

Si se quisiese determinar la figura de la seguridad jurídica que debería estar presente en el contrato de concesión minera, es necesario tomar todo aquello estudiado en el primer artículo de esta investigación y condensarlo en las reglas determinadas en el segundo respecto de el sentido o versión de la seguridad jurídica, bajo lo anterior es posible notar que si utilizamos la versión de la seguridad jurídica para el contrato de concesión minera, esta tiene dos principios y derechos fundamentales de igual jerarquía que entran en colisión, por lo que es necesario interpretar una nueva versión de la seguridad jurídica según las nuevas teorías constitucionales, aplicando la teoría anti formalista de Perilla (2017) principalmente la noción de la “Corte Constitucional como intérprete anti formalista del derecho” (p. 108 y 109), señalando además el factor indicado por Monroy (2013) respecto de que “la seguridad jurídica supone aceptar una concepción sistemática del derecho” (p. 51).

Pero antes de continuar con el análisis, es posible concluir que la seguridad jurídica en el contrato de concesión minera, no se comprende por los cambios generados por compañías extranjeras, y la presión sobre la forma de configuración del negocio, ya que si fuese así no tendría sentido que ellos mismos, en especial la ANDI (2017) argumentan inseguridad jurídica, ya que estarían reclamando un efecto causado por ellos, incorrecta es esta concepción, ya que la inestabilidad es creada por la inestabilidad de la norma, y por efecto de los cambios jurisprudenciales en forma de legislador negativo, estos factores si son aquellos que reclama el empresario respecto de su demanda de seguridad en las condiciones de la concesión minera, apto ejemplo para lo anterior es el caso Exxon, retratado por De la Pedraja (1993), analizando la inestabilidad dada por la “ampliación del plazo de expiración de la concesión hasta el 25 de agosto de 1951, cuando lo inicialmente era menos tiempo” (p. 74) ocurrencia meramente desembuelta por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Por ello bajo análisis del primer artículo, y condensándolo con el análisis tanto doctrinal y jurisprudencial, se puede determinar que la seguridad jurídica en el contrato de concesión minera tiene varios aspectos a analizar, así en primer lugar existe un fin último para la minería determinado por los artículos 330 y 80 de la Constitución, el cual según Sabogal (2005) es un fin social y ecológico, por lo que todo el resto de normativa y reglamentación tiene que tener como horizonte este principio, surgen entonces las tesis pro-empresario, principalmente representadas por la ANDI, los cuales alegan que no existe seguridad jurídica en el contrato de concesión minera, primero porque surgen normas que imponen trabas para entrar en el negocio y poder obtener títulos mineros, y por otro lado alegan abusivas emisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional en papel de legislador negativo, de lo cual Espitia (2015) explica que:

En el marco de las distintas competencias que se le asigna a la Corte, se encuentra como ya se mencionaba la de darle trámite de revisión de constitucionalidad de las normas, teniendo como capacidad judicial, la de expulsar cuando se genere el fundamento, normas del ordenamiento jurídico (p. 16).

Y por medio de este se imponen aún más trabas para contratar, esto implica según ellos que debe haber un sistema rígido y perpetuado, sin embargo, no se tiene en cuenta que el objeto “material” de este contrato son recursos naturales que son de naturaleza finita.

Así desde el origen de la actividad extractivista, y por el incremento económico exponencial de los sistemas financieros de los países latinoamericanos, se comenzó a hacer un uso y “aprovechamiento” demasiado fuerte de estos recursos, esto implica que poco a poco los recursos naturales fueron dañándose, así como se explicó en el primer artículo de esta investigación, se dejó indicado que en Colombia desde los años setentas se ha generado un daño en las zonas verdes e hídricas del territorio nacional, junto con las sociedades aledañas y tribus indígenas, daño que en términos de Yong (2012) se manifiesta no solo como una minimización del patrimonio, sino como una afección a un bien jurídicamente tutelado y derecho fundamental, dando lugar al surgimiento de nuevas reglamentaciones y emisiones jurisprudenciales que protegen el derecho al medio ambiente, el cual es comentado por Londoño, González y Fager (2010) explicando que “como las garantías a los intereses colectivos son cardinales para la existencia y persistencia de la

sociedad”(p. 15), lo que genera conflicto en los empresarios, los cuales alegan desde su perspectiva la protección al derecho fundamental a la libertad de empresa, como manifestación de la libertad de económica, el cual alegan se ve vulnerado al imposibilitar la actividad, casi haciendo para ellos imposible conseguir un contrato de concesión para extraer recursos naturales, allí es donde surge una confrontación de dos derechos fundamentales, los cuales gozan de seguridad jurídica ya que no se analizan exclusivamente como norma jurídica, siendo para los empresarios del sector extractivista la seguridad jurídica como norma, y no como mandato de optimización.

Allí aplicando al caso práctico la teoría del contenido mínimo de los derechos fundamentales, es cuestión vislumbrar el núcleo de cada uno de estos derechos fundamentales, y como lo ha expresado la Corte Constitucional, a través de los estudios jurisprudenciales de la libertad de empresa, se explica que el sentido antiguo de la propiedad ya no es la administración arbitraria de la misma, sino que tiene un contenido ecológico y social, es decir que el núcleo verdadero y real es el medio ambiente y la persona humana, análisis constitucional que por supuesto no tienen en cuenta aquellos de la tesis pro- extractivista, y es que si se choca este principio con aquel relacionado con el derecho fundamental al medio ambiente, es posible analizar que su núcleo es muy similar, y en opinión del autor de esta investigación, cuando existe choque entre dos derechos fundamentales bajo los cuales su mínimo contenido son de misma naturaleza e incluso buscan el mismo fin, no hay debate que éste es el que el juez debe tener en cuenta para fallar un caso en concreto.

Por otro lado en términos de Gallego (2012) en combinación con los postulados de Sabogal (2005) y por ende de Robert Alexi y la Corte Constitucional, la seguridad jurídica que debe existir en el caso del contrato de concesión minera ni siquiera es aquella relacionada con la concepción de la figura como principio, sino que debe tenerse en cuenta la seguridad jurídica bajo el contenido mínimo del derecho fundamental, concepción que no se ha analizado por otro doctrinante del derecho de minas, esto porque no es suficiente con analizar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, sino que el verdadero ejercicio que debe hacerse en el caso, es hacer un análisis kelseniano, y definir que está en la cúspide del ordenamiento jurídico constitucional, pero claro no podría aplicarse esta teoría si se

anularan los derechos de la periferia del núcleo, porque como lo dice Sabogal (2005) cuando explica que es inaplicable la teoría si se anula el derecho a contrastar.

Pero algo que es dable concluir en el derecho minero es que la concesión de minas está totalmente vigente, y es totalmente viable en Colombia solicitar el derecho para ejercer la actividad extractivista, la Ley 685 de 2001 sigue vigente y son muchos títulos mineros y licencias las que son entregadas en Colombia a miles de empresarios del área, claro está como lo establece también la doctrina en el tema, el objetivo en realidad a futuro es alejarse de la utilización de la actividad minera en sentido estricto, ya que como se explicó anteriormente estos son recursos finitos, y en algún momento de la historia humana se agotarán, y alegar libertad de empresa en ese caso sería completamente inviable, porque sería aún más fuerte el análisis del contenido mínimo del derecho fundamental, por lo que la baja del precio del petróleo en los mercados financieros, se debe en parte a este fenómeno social, teniendo el empresario la obligación de adaptarse a las nuevas condiciones del medio ambiente en el mundo, y por otro lado se puede ver la tesis Tamayo (2013) en el sentido de que “se aplica un sentido iusnaturalista del derecho, pero al mismo tiempo en un sentido positivista, ya que de alguna forma se manifiesta en norma jurídica” (p. 113).

Se concluye este apartado explicando que el choque de derechos fundamentales en este caso es el que crea una tercera vía o camino mixto respecto de la seguridad jurídica, alejándonos en parte de las concepciones clásicas explicadas por Gallego (2012) para así utilizar la teoría del contenido mínimo o fuerte del derecho fundamental para comprender bajo los nuevos postulados constitucionales la forma en que se debe aplicar el concepto de seguridad jurídica del contrato de concesión minera, con el fin de aplicar también el concepto de seguridad jurídica como certeza y previsibilidad.

5. Conclusiones:

Como conclusiones del presente artículo pueden darse varios aspectos importantes, en primera medida de acuerdo a la parte metodológica explicada en la introducción, en cuanto al primer objetivo se pudo comprender el aspecto de la seguridad jurídica, recuento que resultó esencial para determinar las formas o perspectivas de la seguridad jurídica, iniciando como la voluntad del monarca, para luego conquistar el reto del

principio de legalidad, momento donde la seguridad jurídica se contempló como la norma jurídica inamovible, para posteriormente pasar por los nuevos periodos y Estados constitucionales los cuales incentivan el uso de los principios constitucionales, segunda versión de la seguridad jurídica, siempre que se entienda como norma orientadora y no como norma moral.

Por ello se pudo agotar el siguiente objetivo el cual consistió tomar las versiones de la seguridad jurídica como norma, principio, certeza y previsibilidad para poder así explicar la manifestación de la figura en el Estado constitucional, por ello haciendo utilización del primer artículo de esta investigación fue posible denotar que la noción de seguridad jurídica como norma no logra satisfacer las necesidades del negocio minero, por el motivo de las constantes variaciones de las condiciones ecológicas y del sector extractivo, claro está esta versión de la seguridad jurídica es la que alegan los comerciantes en la materia principalmente representados por la ANDI, allí señalan que las constantes variaciones en las normas, junto con su factor de estar dispersas no dan seguridad en el negocio y que esto lleva a desincentivar la inversión nacional y extranjera, y por ende el crecimiento económico del país, haciendo énfasis en que en muchos de los tratos existen Joint Ventures, los cuales explica Pauleau (2000) que “tienen efectos jurídicos muy variables, a razón de la no existencia de condiciones estructurales, ya que cada negocio es diferente” (p. 293), lo anterior para explicar que se afecta multilateralmente, complicando aun más la situación.

En segundo lugar analizando a perspectiva de la seguridad jurídica como principio es posible notar que se acerca mucho más a las actuales tendencias constitucionales, allí la seguridad jurídica se entiende como la seguridad en las normas orientadoras o de carácter constitucional, esto con el fin de no comprender que lo inamovible debe ser la ley y codificación, ya que el derecho minero es una disciplina completamente cambiante por las condiciones materiales finitas, y por ende sus respectivas normas reglamentarias se ajustaran a dichos cambios, pero lo permanente o constante en el tiempo refiere a los principios que gobiernan el contrato, principalmente el 330 y 80 de la Constitución política, refiriendo al derecho a explotar los recursos naturales y por ende a la libertad económica, y por ende a la libertad de empresa, y en segundo lugar

tenemos el derecho fundamental al medio ambiente, el cual se ve representado por las sentencias de la alta corporación constitucional y el Consejo de Estado, así existe seguridad jurídica para el contrato de concesión minera en la perspectiva de principios, pero existiendo en dicha perspectiva el choque de dos principios, analizando también la perspectiva del concepto bajo la vía de la certeza y previsibilidad, característica fundamental para la conclusión.

Por lo anterior resultaba necesario entender la forma en que actualmente se entiende la seguridad jurídica en el Estado Constitucional y como se comprende en el derecho colombiano, analizando que en dicha perspectiva se comprende y acerca mucho más la relativa al principio, misma forma en que se ha resuelto el caso del contrato de concesión minera en la jurisprudencia, pero entrando en apartado posterior a analizar como tal el choque de principios en materia de concesión minera, situación se ve analizada bajo la doctrina y la jurisprudencia, allí se trae a colación la teoría del contenido mínimo o fuerte del derecho fundamental, la cual consiste en analizar el núcleo de los derechos fundamentales en choque para así determinar cuál prevalece sobre el otro siempre y cuando el contrastado no se vea anulado totalmente, pero una vez ya estudiada la consulta previa, el título minero y la nulidad del contrato en el primer artículo de esta investigación, resultaba necesario comprender la jurisprudencia de la libertad de empresa, en esta se hace recuento desde el año 1992 en la cual se indica que ya la propiedad privada no puede utilizarse de forma abusiva y desenfrenada, sino que contiene un núcleo social y ambiental, mismo concepto que se utiliza para las sentencias que estudian el derecho a la libertad económica y libertad de empresa, las cuales gozan de carácter reiterativo y dominante en algunos momentos, para concluir así que el núcleo fuerte de la libertad de empresa goza de características muy similares al derecho al medio ambiente, es decir un fin ecológico y de contenido social.

Una vez analizados todos los postulados anteriores es posible entender cómo debe manifestarse la seguridad jurídica en el contrato de concesión minera, entendiendo en primera medida que debe abandonarse la noción arcaica de la seguridad como la norma perpetua, pero dejando establecido también que la noción como principio dentro de la tendencia del Estado constitucional no es suficiente a razón de que la seguridad jurídica

como principio goza del choque de dos derechos, el derecho a la libertad de empresa y el derecho al medio ambiente, para lo cual es necesario hacer recuento de toda la jurisprudencia analizada en esta investigación, pudiendo concluir que el derecho a la libertad de empresa tiene como un núcleo social y ecológico, mismo núcleo que el derecho al medio ambiente y por ende el de las sociedades y comunidades aledañas, temática que goza de prioridad y por esto mismo se manifiestan las sentencias de la Corte Constitucional de la forma en que lo hacen, creando así un sentido de seguridad jurídica para el contrato de concesión minera que antes no se había retratado para sí responder a nuestra pregunta de investigación con la hipótesis inicialmente planteada, señalando que la base teórica para solucionar el caso en cuestión implicó hacer una interpretación anti formalista del derecho, principalmente estudiada y desarrollada por Perilla (2017), explicando que la comprensión del derecho desde la Constitución Política del 1991 es de talante anti formalista, por lo que no es la ley escrita la única fuente del derecho que se puede utilizar para solucionar el caso en concreto, y segundo haciendo énfasis en el papel de la Corte Constitucional como máximo intérprete anti formalista del derecho en Colombia, factor que es posible observar en todos los fallos y decisiones de la corporación, lo que da el sustrato para plantear la respuesta al problema de investigación.

6. Referencias bibliográficas:

ANDI (2017) *Seguridad Jurídica, Importancia de la seguridad jurídica para el crecimiento y la inversión*, ANDI, EOIC.

Ariño, Ortiz, G. (2003) *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado. Gestión pública. Regulación económica*. Bogotá, Madrid: Universidad Externado de Colombia, Fundación de Estudios de Regulación.

Banco Mundial. (2013) *Doing Business in 2013: Smarter regulations for small and mediumsize enterprises*. Recuperado de <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB13-fullreport.pdf>

Banco Mundial. (2017). *Doing Business: Igualdad de oportunidades para todos*. Recuperado de <http://espanol.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>

Becerra, P, García, A, y Sánchez L, (2002) *La empresa como libertad y como funcional social y económica*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias sociales.

Bechara,A.(2011) *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*, Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Democracia.

Brewer, A. (2004). *Reflexiones Sobre la Revolución Norteamericana (1776). La Revolución Francesa (1789), La Revolución Hispanoamericana (1810 – 1830), y Sus Aportes al Constitucionalismo Moderno*. Bogotá: Editorial jurídica venezolana.

Carvajal, L. (2016), *Extractivismo en América Latina, impacto en la vida de las mujeres y propuestas de defensa del territorio*, Edición en español fau - al fondo acción urgente - América Latina.

Castillo Urbano, F. (1995), *El concepto de Estado de naturaleza en la escolástica española de los Siglos XVI y XVII*, anuario de filosofía del derecho xii, 425-445.

Ciuro, M. (2007) *El Bicentenario del Código Civil Francés (Una Comparación Entre la Historia Jurídica Francesa y La Historia Jurídica Argentina)* Argentina, Universidad Nacional de Rosario.

Córdoba, J. (2005) *La seguridad jurídica en el código de minas (Ley 685 de 2001)*. En: Temas mineros y petróleo. Segunda Edición, Bogotá: Editorial Nomos S.A. 2005. P 95 – 114.

Damonte, G. (2014), *El modelo extractivo peruano: discursos, políticas y la reproducción de desigualdades sociales*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú.

De La Pedraja, T, (1993) *Petróleo, electricidad, carbón y política en Colombia*, Bogotá, D.C, Colombia, El Áncora Editores.

Díaz, J. (s.f), *El Constitucionalismo Alemán: Aporte de Kelsen, Heller, Schimth, Smend y Häberle*, Derecho y Cambio Social.

Escobar, S. (s.f) *Problemática de la jurisprudencia de la Corte en relación con los derechos adquiridos en la minería*, Universidad Pontificia Bolivariana.

Escudero, R. (2000) *Positivismo y moral interna del derecho*. Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2000.

Espitia A, (2015) *Del juez constitucional positivo y negativo en Colombia: el debate sobre la eutanasia*, Universidad Católica de Colombia.

Estrada, S. (2016) *Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas?*, Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín.

Flórez, M. H (2010) *Análisis de las sentencias de la h. Corte Constitucional colombiana en relación con los derechos humanos, durante el periodo 2000 a 2010*, Pereira, Colombia escuela superior de administración pública- esap- especialización en derechos humanos.

Gallego M, (2012), *El concepto de seguridad jurídica en el estado social*, Bogotá D.C, Colombia, Universidad de Caldas.

García de Enterría, E. (1984), *Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional Año 4. Núm. 10.

Gobel, B. y Ulloa A. (2014) *Colombia y el extractivismo en América Latina*, biblioteca abierta colección general Perspectivas ambientales.

Gómez, M, (2004), *Estado de naturaleza, naturaleza del Estado*, Facultad de derecho de la Universidad de Medellín. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5237974.pdf>

González, N.B (2014) *La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica*, Bogotá, Colombia, Universidad Colegio Mayor de nuestra señora del Rosario facultad de jurisprudencia.

Henkel, H. (1968) *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Taurus. Madrid.

Islas, R (2009), *Sobre el principio de legalidad*, Anuario de derecho Constitucional latinoamericano, Montevide.

Kalmanovitz, S.. (2003), *Economía y Nación. Colombia*, Norma, pp. 650. ISBN: 6894222614.

Loewenstein, K. (1976), *Teoría de la constitución*, Editorial Ariel.

Kelsen, H (1971) *Teoría Pura del Derecho*. Bosh, casa editorial. Barcelona.

Lancheros J. (2009) *Del Estado liberal al estado Constitucional. implicaciones en la Compresión de la dignidad humana*, Universidad de la Sabana, DÍkaion, iSSN 0120-

8942, Año 23 - Núm. 18 - 247-267.

Lariguét, G. (2014) *¿Dicotomía derecho público y privado? ¿o una alfombra que cubre muchas cuestiones conceptuales distintas?*, Revista principia iuris n°. 22, 2014-ii •

Londoño B, González A, A, Fager, N.A (2010) *El medio ambiente sano, un derecho de todos*, Cartilla de aprendizaje Grupo de Acciones Públicas Universidad del Rosario.

López J. (2011), *La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789*, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - pp. 121 - 134, 2011 – II.

Madriñán R, (2001) *El estado social de derecho*. Bogotá, Colombia, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

Mantilla F, y Ternera F, (2013) *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá D.C, Colombia, Universidad del Rosario, Editorial Temis.

Mejía A (2010) *El principio de la confianza legítima en el derecho urbanístico colombiano*, Bogotá D.C, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana.

Monroy M. (2018) *Ensayos jurídicos sobre derecho internacional y teoría del derecho*, Bogotá, D.C, Colombia, Editorial Ibañez.

Naranjo A. (2000), *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá D.C, Colombia, octava edición, Temis.

Pauleau, C. (2000), *Incidencia del derecho en la creación y el funcionamiento de las Joint Ventures*, Universidad Pompeu Fabra.

Parra J. (2005) *Sociedades extranjeras y negocios internacionales*, academia colombiana de abogacía, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Pérez A, (2000) *Seguridad Jurídica*, Editores garzón Valdés Ernesto y Laporta j, francisco en el derecho y la justicia editorial trota s.a.

Pérez J. (2016) *Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano*, Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. VIII. N° 16: 176-191.

Perilla J. (2017), *Constructivismo antiformalista, conceptualización pedagógica y materialización jurídica*, Bogotá D.C, Colombia, Universidad Sergio Arboleda Escuela de Educación.

Ponce A. (2014). *Instituciones, capacidades y competencias del sector minero*. En: Benavides, J. (Compilador), Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero, 1ª Ed. (p. 103 - 132) [CD-ROM]. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes: Unidad de Planeación Minero Energética (upme)

Ponce Á. (2014). *Minería moderna para el progreso de Colombia ANDI -*. (C. Asomineros, Ed.)

Quebradas, D. (2017) *Restricciones y limitaciones al derecho de la libre empresa al*

imponerse obligaciones y prohibiciones a los grupos empresariales, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales Maestría en Derecho Empresarial.

Roldán L. y Suárez J. (1997) *Curso de Teoría del Derecho*. Ariel Derecho. Barcelona.

Romero M. (2003) *Los principios del derecho como fuente el derecho*, Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Sabogal, N. (2005) *La colisión de principios en la interpretación de la corte constitucional colombiana. estudio de jurisprudencia*. Bogotá, Colombia Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Maestría en Derecho – Perfil Investigativo.

Sánchez, F. (2002) *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Schopenhauer, A. (1819), *El mundo como voluntad y representación*, extraído de <http://Rebeliones.4shared.com>

Soboul, A. (1987) *La Revolución Francesa. Principios ideológicos y protagonistas colectivos*. Barcelona. Editorial crítica.

Vargas C. (2011) *La Función creadora del tribunal constitucional*, Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxii - número 92.

Vecchio, G (1971) *Los Principios Generales del Derecho*, Published by Bosch.

Witcker, J. (s.f), *Estado Constitucional de Derecho*, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

Yong, S. (2012), *Introducción a la responsabilidad pública y privada*, Universidad Santo Tomás.

