

Mecanismos de participación y tensiones entre la autonomía territorial y el principio de Estado Unitario, respecto de la explotación de recursos naturales no renovables.

Diana Marcela Ávila Cárdenas

Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas

Trabajo de grado para optar por el título de magister en Derecho Administrativo

Dr. Freddy Ordóñez Gómez

2 de diciembre de 2022

Resumen

El diseño institucional establecido en la Constitución Política en lo que respecta a las decisiones sobre el uso del suelo asignadas a los entes territoriales y las potestades sobre el uso y explotación del subsuelo en cabeza del Estado central, impide la participación de los ciudadanos y las comunidades locales en la toma de decisiones sobre el uso del subsuelo, por cuanto, mecanismos como la consulta popular resultan siendo impertinentes e insuficientes para la protección de sus derechos. La falta de mecanismos de participación idóneos, de orden constitucional y legal, deja en un estado de desprotección a las entidades territoriales y a la población en general, frente a la reclamación de sus derechos, particularmente sociales y ambientales, en la actividad extractivista.

Palabras clave: Estado unitario, autonomía territorial, mecanismos de participación democrática, consulta popular, uso del suelo, explotación del subsuelo, ordenamiento territorial, coordinación y concurrencia.

Introducción

Las tensiones y los problemas de diseño institucional, derivadas del contraste entre el nivel de autonomía asignado constitucionalmente a las entidades territoriales, particularmente en lo que respecta al uso del suelo, frente a la centralización de las decisiones sobre el uso del subsuelo, afecta el ejercicio efectivo de las competencias constitucionales de las entidades territoriales. La Corte Constitucional ha interpretado que los recursos del subsuelo pertenecen al Estado, a partir de una lectura formal de las disposiciones superiores que regulan la materia; sin embargo, tal consideración implica negar las promesas de autonomía territorial que la misma Constitución expresa, reforzando el centralismo como eje estructural y centro de gravedad de la institucionalidad del país, a pesar del deliberado esfuerzo del Constituyente de ampliar el grado de autonomía de las entidades territoriales. De esta manera, existe un problema derivado del diseño institucional en mención, que se manifiesta en la imposibilidad de las comunidades de ejercer autonomía sobre el uso del suelo, cuando la explotación del subsuelo recae en cabeza del Estado central. Este asunto, además, no se restringe a la limitación en el ejercicio de las competencias de la entidad territorial, sino también en la restricción para que los habitantes afectados por la explotación ejerzan de manera plena su derecho constitucional a participar en las decisiones que los afectan. Esta afirmación se sustenta en los siguientes argumentos:

En primer lugar, dentro de los objetivos centrales de la Constitución de 1991, se encuentra el de profundizar la autonomía de las entidades territoriales, al igual que procurar por la consolidación de la articulación de los principios de Estado unitario, que propende por un centro único de

impulsión del poder, así como un poder legislativo central y una Constitución para todo el territorio; el de autonomía territorial, que refiere al reconocimiento de las entidades territoriales, asignación de atribuciones para la autogestión de sus propios intereses, la ejecución de sus propias competencias y la administración de sus propios recursos; y, el de competencia, que determina la distribución de competencias entre el centro y el orden local (Robledo, 2019).

En segundo lugar, a la fórmula general (la articulación de los principios mencionados) se suma lo dispuesto en el artículo 287 de la Constitución que consagra, lo que la Corte Constitucional ha denominado como los derechos constitucionales de las entidades territoriales¹, y son los referidos a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales. Esta misma norma Superior delega en el legislador orgánico la distribución de las competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

En tercer lugar, la Constitución Política de Colombia consagra la consulta popular como uno de los mecanismos que tiene todo ciudadano para ejercer el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; mecanismo que ha sido empleado para someter a consultas decisiones sobre explotación minera². Sin embargo, estas han sido declaradas improcedentes por

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-035-16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 8 de febrero de 2016.

² En el año 2013, los municipios de Piedras (Tolima) y Tauramena (Casanare) realizaron consultas populares dirigidas a establecer si la comunidad estaba de acuerdo o no con la realización de actividades de exploración y explotación minero y/o petrolera, en las cuales la decisión fue negar la realización de estas. Ver <https://www.registraduria.gov.co/-Historico-Consultas-populares-.html>

Por solicitud de la autora a la Registraduría Nacional de Estado Civil, se informó que durante los años 2017 y 2018 se adelantaron dos consultas populares en el departamento de Santander (Sucre y Jesús María) y tres en el departamento de Cundinamarca (Arbeláez, Cabrera y Fusagasugá), con preguntas orientadas al mismo propósito, esto es, la explotación minera y/o petrolera, arrojando los mismos resultados. (Ramírez, J. Solicitud de Información. dirgeselectoral@registraduria.gov.co. 1 de noviembre de 2022).

los jueces, con base en un único argumento, señalado igualmente por la Corte Constitucional y que tiene su fundamento en lo dispuesto en el artículo 322 de la C.P., consistente en que los recursos naturales pertenecen al Estado, por lo que las entidades territoriales -en este caso los municipios- no pueden abrogarse autónomamente la facultad para decidir sobre su explotación, pues ello excedería sus competencias que están circunscritas al ámbito local. Lo anterior, lleva a la imposibilidad práctica de ejercer competencias privativas de las entidades territoriales, también de naturaleza constitucional.

A partir de las tensiones originadas por el diseño institucional mencionado, resulta necesario identificar cómo este ha afectado a las comunidades en su ejercicio de participación a través de la consulta popular, debido a los ámbitos superpuestos de competencia del Estado central y las entidades territoriales, respecto de la explotación de recursos naturales no renovables. Esto con el fin de precisar los criterios de articulación entre el Estado central y el ámbito de decisión de la entidad territorial, que permitan distinguir los mecanismos que den lugar a la participación de las comunidades en la toma de decisiones sobre el territorio. Para el desarrollo de este propósito, es preciso:

i) Analizar los elementos jurídicos que estructuran el diseño institucional constitucional, respecto a la distribución de competencias entre el Estado central y los entes territoriales, en lo que concierne a la explotación de recursos naturales no renovables. Ello con el fin de contar con los elementos doctrinarios, conceptuales y normativos que permitan identificar las tensiones que surgen del diseño institucional en la asignación de competencias a los entes territoriales, específicamente frente a la centralización de decisiones sobre el uso de subsuelo.

ii) Examinar el marco constitucional y legal de la consulta popular como mecanismo de participación para la protección de los derechos constitucionales, frente las decisiones sobre el uso del suelo por las autoridades locales y la titularidad del subsuelo por parte del Estado; con el propósito de identificar el marco jurídico vigente sobre el mecanismo de participación y sus posibles limitaciones en la aplicación territorial.

iii) Identificar las tensiones que surgen entre los distintos niveles de la Administración Pública frente a las decisiones sobre la explotación del subsuelo; y distinguir las soluciones que ha planteado la jurisprudencia de la Corte Constitucional ante las tensiones señaladas. Lo anterior, con el objeto de identificar la línea jurisprudencial que ha fijado la Corte en la materia y demostrar el déficit de protección que esa línea demuestra frente al ejercicio de las competencias constitucionales de las entidades territoriales, al igual que los derechos de quienes habitan en ellas.

iv) Distinguir, a partir de los elementos conceptuales, normativos y jurisprudenciales expresados anteriormente, la suficiencia de mecanismos de participación o el déficit de protección al nivel territorial, en el ámbito de la actividad minera y de la explotación de recursos naturales no renovables. Lo anterior, con el interés de establecer la forma como los mecanismos inciden o no en la defensa de los derechos de las comunidades, particularmente en lo que respecta a la protección del ambiente, y las posibles tensiones que el uso de esos mecanismos de participación origina frente a las competencias del Estado central, referidas a la administración de los recursos del subsuelo.

Método

El método empleado será el cualitativo, que recoge la dogmática jurídica centrada en el análisis de discurso, en este caso, la doctrina sobre los conceptos que conforman el tema de investigación, las normas constitucionales y legales, y las líneas jurisprudenciales sobre las consultas populares en materia de explotación minera, que permitan la formulación o la identificación de soluciones normativas para resolver el problema de investigación.

Autonomía territorial y principio de Estado Unitario

El diseño institucional del Estado colombiano contemplado en la Constitución Política sobrepone el principio del Estado unitario sobre el de autonomía territorial, particularmente en lo que concierne a la explotación del subsuelo, afectando los derechos de las comunidades a participar y decidir sobre la explotación de los recursos naturales no renovables y sobre la afectación ecológica en sus comunidades. En este capítulo se revisan los conceptos de Estado unitario, autonomía territorial, la prevalencia entre estos principios y las tensiones que se generan en su aplicación, para abordar el problema de investigación.

El principio de Estado Unitario en la Constitución Política de Colombia

Para llegar al modelo de Estado actual, hay un extenso recorrido histórico, político, social y jurídico que definió los diferentes modelos de Estado, particularmente a partir del siglo XIX con el proceso de independencia, pasando por periodos de luchas por la unificación en un territorio altamente diverso tanto geográfica como cultural y económicamente, siendo este el escenario propio para el origen de las diferencias y tensiones generadas entre el centro y los territorios. Si bien la bibliografía sobre el tema es amplia y la intención no es abarcarla en su totalidad, a continuación, se hace referencia a algunas de las principales exposiciones sobre la configuración territorial y político-administrativa del país.

Como lo expone Melo (2017) en *Historia Mínima de Colombia*, desde el establecimiento de las ciudades por parte de los españoles, en el siglo XVI y el sometimiento indígena, era escaso el contacto con las regiones y la estructura de gobierno era descentralizada y remota; de esta manera estas ciudades eran rivales de Bogotá y sus estructuras sociales dieron lugar a un regionalismo fuerte. De esta manera, cuando la capital intentaba establecer autoridad sobre el territorio, se afirmaba el localismo y el regionalismo, marcado por el hecho de que las provincias y sus pueblos se veían diferentes a los otros en múltiples aspectos; no obstante, después de 1830, al crearse la república independiente y definirse el espacio para la nueva administración, se redujo el aislamiento. Así, el conflicto entre centralistas y federalistas tiene su origen centrado en la búsqueda del sistema político que reuniera los recursos y la solidaridad de las regiones, bajo un modelo autoritario y unificador, pero que se fuerza en un país diverso, irrespetando tradiciones de autogestión local. Durante el siglo siguiente, como lo expone Melo, se avanza en un proceso de ocupación y urbanización de diferentes zonas, con migración del campo a la ciudad y una marcada limitación en la capacidad del Estado para ejercer autoridad en todo el territorio.

Robledo (2019) señala que “desde la independencia nacional ha existido una fuerte tendencia hacia el centralismo” (p. 395). Así, la evolución del Estado colombiano se define en tres periodos: primera mitad del siglo XIX, centralismo; segunda mitad del siglo XIX, federalismo; y en el siglo XX, consolidación del modelo unitario. Es así que la Constitución Política de 1886 estableció un modelo unitario y centralista, objeto de múltiples modificaciones, algunas de ellas dirigidas a otorgar algo de autonomía a las entidades territoriales.

Para Valencia y Karam (2014), desde la Constitución Política de 1886 Colombia ya se identificaba como una república unitaria, con centralización política y descentralización administrativa; pero se caracterizó por concentrar el poder en el nivel central de forma excesiva, evidenciando que la estructura institucional del Estado colombiano otorgaba al presidente total poder político, administrativo y fiscal³. Ya, a partir de la Constitución Política de 1991 se logró un equilibrio entre los ideales de un Estado unificado, capaz de ejercer su autoridad en todo el territorio, y el anhelo de autogobierno local. Sin embargo, la tensión entre lo regional y lo nacional se mantiene (Melo, 2017).

Sobre el contexto anterior, en la Constitución Política de 1991 el Estado colombiano se define en el artículo 1º como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. Dentro de esta concepción constitucional, se contemplan varios principios de los cuales, para el objetivo del presente capítulo, nos centramos en los principios unitario y de autonomía de los entes territoriales.

Una definición concreta en lo que respecta al Estado unitario, refiere a una forma de organización política con una única Constitución y estructura del poder que rige de manera uniforme para el territorio nacional, que a su vez se divide funcionalmente en tres ramas. En el caso colombiano se acogió un “modelo complejo que prevé dentro de los principios fundantes del Estado la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales” (Silva, 2019, p. 395). Si bien, dentro del presente análisis no se abordará el principio de descentralización, es preciso indicar, como lo

³ Sobre el centralismo en la Carta de 1886 puede consultarse Estupiñán (2012, p. 111 y ss.).

expresa Nader (2014), que la descentralización “es un elemento fundamental para que exista autonomía de las entidades territoriales” (p. 29); no obstante, se trata de una descentralización acotada, puesto que solo se expresa en el ámbito del ejecutivo (descentralización administrativa), dado que lo que opera en las ramas legislativa y judicial es la delegación o la desconcentración de funciones.

La Corte Constitucional ha señalado que dicha descentralización no se sobrepone o no desconoce la centralización política, la cual implica: unidad en la legislación; existencia de parámetros uniformes del orden nacional; competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial; y existencia de competencias centralizadas en la formulación de decisiones de política que tengan vigencia en todo el territorio nacional⁴. De igual manera, ha expresado, respecto del principio unitario, que de este “se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad”⁵.

Para delimitar las nociones de los principios de Estado unitario y autonomía territorial, como lo señala Robledo, el principio unitario contemplado en la Constitución Política opera tanto como principio ordenador del Estado como límite a la autonomía territorial; de esta manera, como principio, la Corte Constitucional ha señalado que todos los individuos convocados bajo la soberanía del Estado (persona jurídica de derecho público suprema), “obedecen a una misma autoridad nacional, viven bajo un mismo régimen constitucional y son regidos por unas mismas leyes” (Sentencia C-937 de 2010). Ahora bien, como límite a la autonomía territorial, el principio

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. 5 de junio de 2001.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 4 de marzo de 2010.

de autonomía se debe desarrollar “dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última (Sentencia C-072-2014)”. (Robledo, 2019, pp. 402-405).

De esta manera, si bien no existe a nivel constitucional o legal una disposición que determine de forma expresa la predominancia del principio de Estado unitario sobre otros principios, este sí determina el alcance de otros principios, por cuanto no puede comprenderse la autonomía o las competencias que se otorgan a los entes territoriales por fuera de los límites que involucran los postulados de la unidad del Estado. En otras palabras, el principio de Estado unitario opera como una fuerza gravitacional que mantiene contenida a la autonomía territorial, en cuanto le fija su cauce, así como el contenido y alcance de los canales institucionales en los que se expresa. Lo anterior permite contar con un punto de partida para el análisis del principio de la autonomía territorial que se expone a continuación.

La autonomía territorial en la Constitución Política de 1991

El artículo 286 superior indicó que son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Adicionalmente, este mandato constitucional estableció que la ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Seguidamente, el artículo 287 de la Constitución Política consagra la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, dentro de los límites constitucionales y legales; y en consecuencia les atribuye los derechos de gobernarse por autoridades propias; de ejercer las competencias que les correspondan; de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y, de participar en las rentas nacionales. La misma consagración de los derechos enunciados en el artículo 287 delimita el alcance del principio de la autonomía territorial. Así, la Corte Constitucional en su sentencia C-089 de 2001, al analizar las razones por las cuales en la Constitución Política se contempló el principio de autonomía territorial, precisó que:

Con la Constitución de 1991 se institucionalizó el concepto de autonomía territorial orientada, en esencia, a fortalecer el manejo libre e independiente, pero también responsable, de la política administrativa y fiscal de estas entidades, bajo el entendido de que sus autoridades conocen con mayor detalle las necesidades e intereses de la comunidad y pueden satisfacerlos en mejor forma, dándoles entonces la posibilidad de establecer sus propios tributos, administrar sus recursos y participar de las rentas nacionales, entre otros. Sin embargo, la autonomía territorial no tiene carácter absoluto: la propia Constitución, y excepcionalmente la ley, enmarcan su campo de acción⁶.

De igual forma, la Corte Constitucional ha señalado que el alcance del principio de autonomía “se determina, constitucionalmente, por el influjo de dos elementos complementarios: el principio de Estado Unitario y las competencias constitucionales propias de las entidades territoriales, en virtud

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-089-01. M.P. Alejandro Martínez Caballero. 31 de enero de 2001. De igual forma, la Corte manifestó las razones por las cuales la autonomía no es absoluta, precisando los casos excepcionales en los cuales puede haber intervención del legislativo, aun cuando se trate de recursos propios de las entidades territoriales. De esta manera, la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta, cuando: “(i) lo señala expresamente la Constitución; (ii) es necesario proteger el patrimonio de la Nación, es decir, para conjurar amenazas sobre los recursos del presupuesto nacional; (iii) resulta conveniente para mantener la estabilidad económica interna y externa; (iv) las condiciones sociales y la naturaleza de la medida así lo exigen por trascender el ámbito simplemente local o regional”.

de su autonomía⁷. De esta manera, la autonomía territorial no comporta un carácter absoluto, tal como se ha explicado en párrafos precedentes. A partir de la misma Constitución se comienza a limitar su desarrollo; es así, como frente al ejercicio de las competencias que les correspondan a las entidades territoriales, derecho que se consagra en el numeral 2º del artículo 287 citado, el artículo 288 constitucional determina que la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales se establece por la ley orgánica de ordenamiento territorial; y que dichas competencias se ejercerán conforme con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley⁸. Este último artículo constitucional, desarrollado por las leyes 388 de 1997 y 1454 de 2011, comprende el ordenamiento territorial, “fundado en el pilar de autonomía de las entidades territoriales”⁹.

Frente a esa facultad otorgada al legislativo y las limitaciones al principio de autonomía territorial desde el punto de vista legislativo, inclusive, desde el desarrollo constitucional, Leiva (2015) señala que la Constitución “ofrece una regulación bastante restrictiva de la autonomía,

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-189-19. M.P. Alejandro Linares Cantillo. 9 de mayo de 2019.

⁸ Ley 1454 de 2011, artículo 2º. Concepto y finalidad del ordenamiento territorial. El ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país, que se da de manera progresiva, gradual y flexible, con responsabilidad fiscal, tendiente a lograr una adecuada organización político administrativa del Estado en el territorio, para facilitar el desarrollo institucional, el fortalecimiento de la identidad cultural y el desarrollo territorial, entendido este como desarrollo económicamente competitivo, socialmente justo, ambientalmente y fiscalmente sostenible, regionalmente armónico, culturalmente pertinente, atendiendo a la diversidad cultural y físico-geográfica de Colombia.

La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. El ordenamiento territorial propiciará las condiciones para concertar políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional.

Parágrafo nuevo. En virtud de su finalidad y objeto, la ley orgánica de ordenamiento territorial constituye un marco normativo general de principios rectores, que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador en cada materia específica, para departamentos, municipios, entidades territoriales indígenas y demás normas que afecten, reformen o modifiquen la organización político administrativa del Estado en el territorio.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU 095-18. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 11 de octubre de 2018.

aproximando el modelo territorial colombiano más a un estándar de desconcentración que a uno de descentralización administrativa con autonomía” (p. 4), postura esta que se encuadra dentro de la perspectiva acotada que se ha identificado a lo largo de este capítulo. De esta manera, los asuntos y decisiones de mayor relevancia e incidencia nacional, aunque puedan tener su origen e involucrar una mayor afectación en el orden territorial, continúan estando centralizadas, en una suerte de “modelo territorial unitario levemente flexibilizado” (Estupiñán, 2012). Y aquí podría pensarse que este punto que la figura de la descentralización puede sobreponerse a la de la autonomía de los entes territoriales; sin embargo, como lo expresa Nader (2014), la primera es un elemento fundamental para la autonomía de las entidades territoriales, que se concreta en el traspaso a estas últimas de competencias y de recursos fiscales del Estado; transferencia que se realiza con autonomía, característica que diferencia la descentralización de la delegación y de la desconcentración.

El propósito de otorgar a las entidades territoriales la autonomía que les permita ejercer los derechos constitucionales encuentra su mismo límite en la Carta Política, la que a su vez faculta al legislador para terminar de definir los detalles de ese límite. De acuerdo con Estupiñán (2021),

El desarrollo máximo de la autonomía implica la capacidad de autogobernarse de regirse de manera propia con ordenamientos contruidos desde la base territorial mediante el ejercicio de la potestad constitucional y legislativa, negada por completo en Colombia a las entidades territoriales en nombre de la unidad legislativa y de la unidad nacional. (p. 111).

Muestra de lo anterior se puede evidenciar en que, a lo largo del siglo XX se efectuaron diferentes reformas constitucionales y se expidieron leyes dirigidas a consolidar el manejo presupuestal; pero los intentos por descentralizar y asignar atribuciones a los territorios obedecieron más a la

estrategia del Gobierno nacional de formalizar el discurso de descentralización, que a disponer de políticas y otorgar mecanismos efectivos de autogestión y de decisión a los entes territoriales (Valencia-Tello y Karam de Chueiri, p. 192). También es muestra de esto el hecho de que no se exista legislación orgánica que desarrolle las entidades territoriales indígenas.

Una consideración especial se realiza sobre la autonomía de los pueblos indígenas en la Constitución Política. El reconocimiento de esa autonomía, como lo ha expuesto Robledo, “en varios niveles (administrativa, jurídica, política, etc.) se consolida sobre la noción de autonomía territorial; solo en el entendido que exista autonomía indígena sobre un territorio determinado, las demás dimensiones de la autonomía podrán realizarse materialmente. Lo anterior involucra la aplicación de las normas sobre el uso del suelo”, frente a lo cual la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado que “la regulación sobre el patrimonio ecológico corresponde prioritariamente al municipio. Esto se explica en el entendido de que es desde el municipio que se puede reconocer con mayor atención la diversidad cultural del país y promover el respeto por la concepción que algunas comunidades tienen del medio ambiente y del territorio”. No obstante, si bien se les reconoce a las comunidades indígenas la autonomía territorial para mantener su autonomía y costumbres, existen igualmente límites para aquella, por cuanto no son independientes del Estado, y deben armonizar su aplicación con la Constitución y con la legislación; de tal manera que lo que corresponde es la creación de “mecanismos de concertación y coordinación que permitan un diálogo entre distintas formas culturales. (Sentencia T-530-2016). (Robledo, 2019, p. 423).

¹⁰ Sentencias C-535 de 1996 y C-894 de 2003.

Lo anterior permite establecer cómo tratándose de sujetos de especial protección constitucional como el caso de las comunidades indígenas, no cuentan con autonomía y derechos de amplio alcance sobre su territorio, por cuanto al encontrarnos en el marco del Estado unitario, subsiste un prerrogativa intransmisible a los territorios y es la de procurar los intereses del conglomerado a nivel general y desde una perspectiva nacional. Pero se otorga la posibilidad de conciliar esos intereses, como lo menciona la Corte, mediante mecanismos de concertación y de coordinación que permitan atender las necesidades y demandas acorde con sus condiciones particulares en tanto comunidades diferenciadas de la sociedad mayoritaria.

Ahora bien, en lo que respecta al municipio, como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado y al cual se circunscribe el alcance del presente trabajo, según lo establece el artículo 311 de la Constitución Política de 1991, “le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”. Es así como dentro de estas funciones, se encuentra la de ordenar el desarrollo de su territorio, lo que implica la prerrogativa de disponer del uso del suelo en el marco de la planeación y el ordenamiento territorial, aspecto fundamental para el análisis sobre el alcance de la autonomía de la entidad territorial, en los capítulos siguientes.

La prevalencia del interés general en las competencias del Estado Central respecto del grado de autonomía otorgado a los entes territoriales en el ámbito de la administración de los recursos naturales del subsuelo.

Revisados los aspectos generales sobre los principios de Estado unitario y autonomía territorial, se resalta cómo se parte de definir a Colombia como un Estado unitario y con autonomía de sus entes territoriales, donde no se les asigna una completa autonomía dada la centralización que se mantiene en algunos ámbitos como es el caso de la producción de normas jurídicas, y de las decisiones sobre aspectos económicos y fiscales, entre otros¹¹. Estupiñán (2021) expresa que en la Asamblea Constituyente se presentaron diferentes propuestas de alternativas territoriales, pero la mayoría de Estado unitario (considerando el contexto social, y político de finales de siglo XX); se incorporaron los principios constitucionales de descentralización y autonomía territorial, por lo que se trata de un modelo unitario “atemperado” por esos principios, según la Corte Constitucional.

En desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente, al revisar las ponencias de Ordenamiento Territorial, específicamente en el marco de la discusión sobre las normas de operación de los ingresos y el gasto públicos, no se advierte debate alguno frente a la determinación de que los recursos naturales pertenezcan al Estado¹². Las ponencias se dirigieron más a la forma cómo se

¹¹ En referencia al principio de Estado unitario, la Corte Constitucional señaló que “de este principio se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación de los cuales existe un interés nacional de superior entidad. (...) como lo concerniente al orden público o a actividades de trascendencia económica”. Sentencia SU 095 de 2018.

¹² Al respecto, en la discusiones adelantadas en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Ordenamiento Territorial del Estado, la Autonomía Regional y Local, el delegatario Gustavo Zafra expresó que “el sistema de autonomía no puede ir en contravía de la economía nacional y el modelo que se construya debe contribuir a la consolidación nacional y permitir que Colombia compita”. Por su parte, el delegatario Lorenzo Muelas manifestó que el suelo y el subsuelo debían ser propios para las comunidades indígenas, con libertad para usufructuar, defender y cuidar los recursos naturales, “para que las comunidades puedan vivir y crecer dignamente con un desarrollo artesanal que no acabe con

distribuirían los recursos entre las entidades territoriales con recursos naturales objeto de explotación económica y las demás regiones. Lo anterior, bien podría obedecer a que no existió para el momento ni había existido la necesidad de reforzar un argumento que no había sido objeto de diferencias¹³. Tal circunstancia puede encontrar justificación en consideraciones de índole económico, indiscutible por su naturaleza misma, y es que no podría determinado territorio decidir sobre los recursos que son del Estado, entendidos estos como aquellos que pertenecen o deben beneficiar a todo el conglomerado, indistintamente de su ubicación geográfica. Dicho de otra forma, la designación de determinados recursos a favor del Estado involucra, desde la perspectiva de interpretación más tradicional, su necesaria centralización -cuando menos en su administración- y a partir de las consecuencias jurídicas propias del principio de Estado unitario.

De esta manera, la explotación de tales recursos naturales comporta el carácter de “actividad de interés o de utilidad pública, que se encuentra en cabeza del Estado¹⁴. Lo anterior puede encontrar su sustento en que los recursos derivados de la actividad extractiva se dirigen a financiar diferentes proyectos de inversión para el desarrollo de las regiones a través de la distribución de las regalías. Inclusive, como lo plantean Botero et al. (2015), desde la Constitución de 1886, en su artículo 4º,

la ecología del territorio”, por ser un derecho de las comunidades indígenas. Ahora bien, el delegatario Juan B. Fernández señaló que el suelo y el subsuelo debía ser de los entes territoriales; dado que los municipios debían ceder para la construcción de grandes obras, por lo que deberían ser compensados. Y que “el problema de los repartos se solucionaría con mecanismos de transferencias cifradas en fondos de reparto de regalías para que las regiones pudieran, de forma autónoma, manejar estos recursos”. Sin embargo, no se presentó discusión frente a este planteamiento; y la norma constitucional finalmente no contempló tal previsión. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 106, de 24 de junio de 1991.

¹³ Dentro del proyecto de articulado se estableció el artículo M, que contemplaba los “Derechos sobre las minas y los recursos naturales del subsuelo. Las minas, los recursos naturales del subsuelo y los demás recursos naturales no renovables y bienes que determine la ley son nacionales, y sobre ellos se pagarán regalías. La ley establecerá las condiciones y los medios para su explotación, así como la participación que sobre el Fondo Nacional de Regalías corresponden a cada una de las regiones.

Los Departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de hidrocarburos o de recursos naturales no renovables, tendrán derecho a una participación en dichas regalías”. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 41, de 9 de abril de 1991.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU 095-18. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 11 de octubre de 2018.

se establecía que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen únicamente a la Nación”, lo que “permitió que los primeros ingresos por explotación minera fuesen otorgados de forma directa al Estado”.

En la Constitución Política de 1991 se incorporó una referencia más específica a la titularidad de los recursos del subsuelo. El artículo 332 consagra que “el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”¹⁵. Es preciso señalar que este artículo encabeza el título XII -Del régimen económico y de la hacienda pública- de la Carta Política, por lo cual se establece una clara referencia del por qué se asigna la titularidad de dichos bienes. Frente al cambio del concepto de Nación por el de Estado frente a la titularidad de los recursos del subsuelo y los recursos derivados de su explotación, la Corte Constitucional señala que el concepto de Estado evita la centralización nacional de los recursos. En cambio, comprende a todas las autoridades públicas, a los colombianos y a todas las entidades territoriales¹⁶, por lo cual, en cabeza de todos ellos se encuentran la propiedad del subsuelo, y, por ende, de los recursos naturales no renovables en tanto son elementos estructurales del Estado¹⁷. Por otra parte, dentro del mismo ámbito de centralización, el constituyente determinó que el territorio, junto con los bienes públicos que forman parte de él, pertenecen a la Nación (Constitución Política, artículo 102).

¹⁵ La ley 97 de 1993, artículo 1º: Reconocimiento excepcional de propiedad privada sobre hidrocarburos. Esta norma mantiene vigente la propiedad privada del subsuelo sobre yacimientos de hidrocarburos descubiertos a más tardar el 22 de diciembre de 1969.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-221-97. M.P. Alejandro Martínez Caballero. 29 de abril de 1997.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-095 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. 11 de octubre de 2018.

Un ejemplo de la prevalencia del interés general sobre el grado de autonomía territorial de los entes territoriales se evidencia en el Sistema General de Regalías, cuyo objetivo es “impulsar el crecimiento regional, aumentar la equidad entre regiones, disminuir los índices de pobreza y aumentar la competitividad, con base en criterios de equidad regional, social e intergeneracional”. Lo anterior, en procura de una mayor cobertura a nivel nacional y de generar equidad en la distribución y aprovechamiento de los recursos¹⁸. Así, al determinar la dirección y la intervención del Estado en la economía, el constituyente consagró que el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la preservación de un ambiente sano. A su vez, determinó que dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho (Constitución Política de Colombia, artículo 334).

En cumplimiento del mandato constitucional, el legislador expidió la ley 685 de 2001, -Código de Minas-, en la cual se establece de forma expresa, en el artículo 5, que “los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o

¹⁸ Si bien este objetivo traduce las pretensiones del Gobierno con la creación e implementación del SGR, los resultados en la aplicación del Sistema distan de su propósito, como se puede observar en los análisis adelantados por diferentes autores: Botero, et. Al (2015) y Bonet y Urrego (2014).

grupos”. Lo anterior refleja una absoluta correspondencia entre las disposiciones constitucionales y el desarrollo legislativo en lo que respecta a la propiedad de los recursos naturales no renovables. No obstante, tal disposición legal no puede interpretarse como una limitación (por lo menos no absoluta) a la autonomía con que cuentan los municipios para ordenar el desarrollo de su territorio, lo que involucra decisiones sobre el uso del suelo. Como se citó anteriormente, la misma Carta Política contempla que el municipio tiene la función de ordenar el desarrollo de su territorio. Esta atribución se armoniza con la función del Concejo Municipal de reglamentar el uso del suelo (artículo 313, numeral 7º). Sin embargo, “del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad”¹⁹. En consecuencia, una clara limitación a la autonomía territorial se traduce en materias como las analizadas, que trascienden al interés nacional.

Es preciso señalar que en cumplimiento de la asignación de competencias por parte del legislativo y en virtud de la titularidad del Estado sobre los recursos del subsuelo, el legislador creó y asignó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos y a la Agencia Nacional de Minería, entidades adscritas al Ministerio de Minas y Energía, la administración de los recursos del subsuelo, desligando de tal atribución a cualquier ente del orden territorial. Lo anterior implica necesariamente una limitación a la facultad constitucional de decidir sobre el uso del suelo, en cuyo subsuelo se encuentren recursos naturales no renovables objeto de explotación económica a cargo del Estado.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-579-11. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. 5 de junio de 2001.

Son diversos los fundamentos normativos y doctrinales que insisten en la necesidad de la actividad minera y de explotación de los recursos naturales no renovables, por cuando son motor esencial para el desarrollo local, regional y nacional. Esto, desde el punto de vista de la contraprestación económica que generan estas actividades. Pero más allá de la conclusión simple de que la asignación de regalías redunde en la inversión y el desarrollo local, es preciso que se evalúe si, realmente, este sigue siendo uno de los argumentos de justifique la actividad extractiva²⁰. En particular, debe analizarse si los beneficios, en términos de ingresos fiscales, que generan esas actividades son adecuadamente distribuidos en el ámbito local y, especialmente, si estos compensan los costos de diferente índole que aparejan las industrias extractivas.

²⁰ En su estudio sobre la Minería y desarrollo, Henao y Espinosa (2016) señalan que los estudios de la Contraloría General de la República contradicen la hipótesis de que la actividad minera sería más benéfica para municipios con menor ingreso en virtud de las regalías, ya que *“la población de los municipios mineros enfrenta sistemáticamente menores grados de desarrollo relativo que los no mineros”*.

Uno de los factores que puede incidir en esos mayores o menores grados de desarrollo a los que refiere el estudio sobre Minería y desarrollo es el fenómeno de la corrupción. Leiva (2015) expresó que “La corrupción es un aspecto determinante para justificar la modificación a la distribución de las regalías, al punto de que algunos miembros del órgano legislativo expresaron su inconformidad por la terminología asolapada empleada por el Gobierno Nacional al tratar de corruptos a los entes territoriales, pero sin decirlo directamente, para justificar la “recentralización” de los recursos provenientes de la explotación de hidrocarburos. (...) el derecho administrativo (por lo menos en las normas relacionadas con la descentralización política y administrativa) no es un conjunto coherente de normas jurídicas, sino el instrumento que contribuye a la implementación de intereses gubernamentales con características centralistas, principalmente para la obtención y manejo de recursos necesarios para el desarrollo de sus políticas”.

La consulta popular y la protección de derechos constitucionales frente explotación de los recursos naturales no renovables del subsuelo

Una vez determinadas las competencias de los entes territoriales y la Nación frente para uso del suelo y la administración de los recursos naturales del subsuelo, corresponde la revisión y análisis de la consulta popular como mecanismo constitucional de protección de los derechos de los ciudadanos y de los entes territoriales, al igual que su desarrollo legislativo.

Marco constitucional y legal de la Consulta Popular

La pretendida materialización de los derechos consagrados en la Carta Política se garantiza a partir del establecimiento de mecanismos para su protección. El artículo 79 de la Constitución Política al consagrar que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, determinó que la ley debe garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarle. La Ley 99 de 1993²¹, no presenta mayor desarrollo en materia de participación ambiental, como se verá más adelante.

Tratándose de la participación del ciudadano, el artículo 40 de la Carta Política contempla su derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el cual se puede hacer efectivo tomando parte en consultas populares, entre otras formas de participación. A su vez,

²¹ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. El artículo 2 establece que se debe garantizar la participación de la comunidad en la política nacional ambiental.

la Carta Política estipula los mecanismos de participación en su artículo 103, dentro de los cuales se contempla la consulta popular; y el artículo 105 faculta a los gobernadores y alcaldes para realizar consultas populares sobre asuntos de competencia del ente territorial respectivo²².

De esta manera, el legislador desarrolló las normas constitucionales citadas, a través de la Ley 134 de 1994 “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”, que, en su artículo 8º establece que la consulta popular “es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria. (...)”²³. Según lo previsto en la misma ley, la pregunta que se somete a consulta debe ser clara y se debe contestar con “sí” o con “no”. Al desglosar los elementos que componen esta definición, se diferencia el ámbito territorial y competencial en el cual puede llevarse a cabo la consulta; y se destaca la obligatoriedad de la decisión del pueblo a través de este mecanismo de participación.

En lo que respecta al nivel territorial, el artículo 51 de la ley citada dispone que “sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización

²² La Constitución Política consagra el mecanismo de participación de la consulta popular en el ámbito territorial, como requisito para que el Congreso Nacional pueda decretar la creación de nuevos departamentos (art. 297); para la conformación de un área metropolitana (art. 319); y para el ingreso de un municipio a una provincia ya constituida (art. 321).

²³ En el análisis de constitucional del proyecto de ley de los mecanismos la consulta popular, la Corte Constitucional señala que la consulta popular “es la posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y luego tomar una decisión. En otros términos, es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que la obliga a traducirla en acciones concretas”. Sentencia C-180-94. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Territorial y de los casos que éste determine, los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales”. Para el análisis, esta norma contiene una precisión importante y es que las consultas pueden ser convocadas por los gobernadores y alcaldes, sobre asuntos del ente territorial respectivo. Pero un aspecto relevante que limita la acción de los entes territoriales es, fundamentado en el mandato constitucional, la previsión del legislador respecto a que las consultas solo pueden versar sobre asuntos que se inserten en la órbita de competencia del ente territorial respectivo²⁴. De esta manera, una consulta popular del orden municipal no puede contemplar asuntos que tengan incidencia en el orden departamental o en el orden nacional (Sentencias C-180 de 1994 y C-150 de 2015).

Posteriormente, la ley 1757 de 2015, que contiene disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática y modifica algunas disposiciones de la ley 134, regula, entre otros mecanismos de participación, la consulta popular; y establece que esta puede tener origen en autoridad pública o popular (artículo 3º; se destaca la incorporación de la posibilidad de que se emplee este mecanismo de participación por iniciativa de la ciudadanía). A su vez, señala que se podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales (artículo 31, literal c; no hay cambio respecto de la ley anterior). De igual forma, estipula que cuando el pueblo haya proferido una decisión

²⁴ En la sentencia T-123 de 2009 (M.P. Clara Inés Vargas), al decidir la tutela interpuesta por el Personero del municipio de Nemocón, y otros ciudadanos, contra la autorización de licencia ambiental otorgada por la Corporación Autónoma Regional -CAR- de Cundinamarca, para la construcción de un relleno sanitario regional en dicho municipio, la Corte Constitucional señaló que si bien, la participación ciudadana es un derecho constitucional, resaltó que el artículo 105 constitucional autoriza a los gobernadores y alcaldes a realizar consultas populares sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio. Por lo tanto, considerando que las decisiones de las CARs trascienden la esfera municipal, estas no pueden estar condicionadas por la voluntad ciudadana a través de la consulta popular del nivel municipal.

obligatoria en una consulta popular²⁵, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva (artículo 42, literal c)²⁶, lo que implica que “el pueblo no adopta la decisión directamente, sino que impone un mandato de actuación al ejecutivo”²⁷.

Las disposiciones normativas citadas se complementan con lo dispuesto en el artículo 42, literal c)²⁸ en el cual se establecen los términos para la expedición del acto correspondiente por parte de la corporación pública territorial de que trate.

En cuanto a las materias sobre las cuales puede versar la consulta popular, la ley 134 no hizo referencia alguna a temas puntuales sobre los cuales podía operar el mecanismo de participación; sin embargo, en su artículo 50 párrafo segundo, estableció de forma expresa que “no se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución Política”. Por su parte, la ley 1757 establece en su artículo 18 que solo puede ser materia de la consulta popular aquellos asuntos que sean competencia de la respectiva corporación o ente territorial. El mismo artículo enlista las materias sobre las cuales no puede operar este mecanismo de participación, entre las que

²⁵ Cuando la pregunta sometida al pueblo haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral (Ley 1757, artículo 41 literal c).

²⁶ En la ley 134 de 1994 esta previsión normativa se encuentra en el artículo 56.

²⁷ Sentencia C-150-15. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. 8 de abril de 2015.

²⁸ Ley 1757, artículo 42. Consecuencias de la aprobación popular de un mecanismo de participación ciudadana que requiere votación. Los mecanismos de participación ciudadana, que habiendo cumplido los requisitos contemplados en el artículo anterior, hayan sido aprobados tienen las siguientes consecuencias:

c) Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria en una consulta popular, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva.

Cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones o a más tardar en el período siguiente. Si vencido, este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde dentro de los quince (15) días siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En esta circunstancia el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de dos meses

se encuentran las correspondientes a la iniciativa del Gobierno, gobernadores o alcaldes, y las de naturaleza presupuestal y fiscal²⁹.

Consulta popular y limitaciones competenciales

Una vez revisadas las normas que consagran y desarrollan la consulta popular, es preciso resaltar lo siguiente: la posibilidad de activar el mecanismo de participación solo frente a decisiones de la autoridad territorial respectiva tiene como fundamento, según lo señaló la Corte en el estudio de constitucionalidad de la ley 1757, que no se desatiendan reglas constitucionales básicas, por desconocimiento no solo del principio de legalidad sino, también, de la separación de poderes y la autonomía de las entidades territoriales³⁰. En lo que respecta a las materias sobre las cuales se restringe la aplicación la consulta popular, en la misma sentencia el Alto Tribunal señaló que tales exclusiones “se justifican en el hecho de que la competencia para su regulación o aplicación está radicada en otras autoridades”.

Sin embargo, es importante destacar una de las reglas jurisprudenciales de la consulta popular previstas por la Corte Constitucional, en la sentencia C-150 de 2015, y es la prohibición de modificar la Constitución o de desconocer derechos constitucionales mediante el empleo de la

²⁹ El artículo 18, inciso segundo, de la ley 1757 de 2015 establece: “No se podrán presentar iniciativas populares legislativas y normativas o consultas populares ante el Congreso, las asambleas, los concejos o las juntas administradoras locales, sobre las siguientes materias:

- a) Las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes;
- b) Presupuestales, fiscales o tributarias;
- c) Relaciones internacionales;
- d) Concesión de amnistías o indultos;
- e) Preservación y restablecimiento del orden público”.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-150-15. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. 8 de abril de 2015.

consulta popular. Al respecto, si bien el Alto Tribunal no hace un análisis en lo que concierne a las consultas populares en el ámbito territorial, centra su estudio en las consultas del orden nacional, incluyendo la consulta nacional para la convocatoria a una asamblea nacional constituyente, y hace mención expresa a la prohibición de realizar consultas populares que desconozcan derechos constitucionales. A partir de allí, puede entenderse que se suministra un elemento de análisis para determinar por qué resulta improcedente este mecanismo de participación democrática, en el ámbito de las decisiones sobre el uso de suelo, que necesariamente inciden en las competencias sobre el uso del subsuelo del mismo territorio, ya que existen derechos y prerrogativas constitucionales que deben comprenderse en la evaluación sobre la procedencia de la consulta popular³¹.

Para destacar la importancia de la consulta popular como mecanismo de participación democrática, es indispensable hacer mención del principio de participación contemplado en el artículo 1º constitucional. Valencia (2010) señala que existen “tres procesos públicos que constituyen las vigas maestras de toda la estructura: la participación, la descentralización y la fiscalización”; y expresa que en lo que respecta a los mecanismos de participación previstos en el artículo 103 de la Constitución Política,

se conseguiría devolver los poderes de la libertad a los individuos y a la comunidad, conferir legitimidad democrática a un régimen cuyo déficit histórico de consenso ciudadano ha intentado subsanarse sin éxito a golpes de reforma constitucional y legal, y poner en marcha

³¹ “El alcance de la consulta popular y su carácter imperativo están supeditados al respeto de los preceptos constitucionales y a la observancia de las exigencias previstas en la ley que la regula. De esta manera, la fuerza vinculante de una consulta popular debe ser interpretada en consonancia con la vigencia de los demás derechos y principios reconocidos en la Constitución, por lo que no todo llamado a la comunidad para pronunciarse sobre asuntos de interés local puede concebirse en términos imperativos absolutos”. Sentencia T-123 de 2009. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

un proceso de transición de la república partidista o señorial a la democracia pluripartidista o pluralista.

Así, dentro de los avances contenidos en la Carta Política de 1991, bajo el criterio de modernización democrática y considerando las vigas de esa estructura, Valencia expresa que se encuentran: la Carta de derechos y sus mecanismos de protección, los mecanismos de participación ciudadana, el régimen de descentralización, las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo, y el régimen del Congreso y de los congresistas. De esta manera se desprende la consulta popular como una pieza del engranaje institucional que garantice la participación para la eficacia de los derechos consagrados en la Constitución.

Estos elementos confluyen, como se observa, de manera concomitante: de un lado, el diseño constitucional propugna por la importancia central de la participación en tanto requisito para la validez de las decisiones que afectan a las personas y las comunidades. De otro, la distribución de competencias entre el Estado central y las entidades territoriales hace que los mecanismos de participación que se ejecutan en aquellas, como las consultas populares, resulten necesariamente acotadas bajo el principio del Estado unitario. En otras palabras, se reconoce la importancia de la participación pero, simultáneamente, se limita a partir de instrumentos de diseño constitucional que niegan grados amplios de autonomía al ámbito territorial. El estudio de esa tensión subyacente es la materia de la siguiente sección.

Las tensiones entre el nivel central y el nivel territorial de la Administración pública frente a las decisiones sobre el uso del subsuelo y soluciones propuestas por la Corte Constitucional

Las tensiones entre el nivel central y los entes territoriales en virtud de su autonomía

La administración de los recursos del subsuelo por parte de entidades del nivel central del orden nacional no puede desconocer el ámbito de autonomía de los municipios en lo que respecta a su ordenamiento territorial y la destinación o usos que se establezcan en el suelo bajo su territorio. Este hecho, en sí mismo, genera tensiones en cuanto a los propósitos del Estado frente a la organización del territorio a nivel local. La Corte Constitucional ha señalado que

una norma que excluya de forma absoluta la participación de los municipios y distritos en la decisión sobre si en su territorio se realiza una exploración o explotación minera resulta contraria al contenido del principio de autonomía territorial –artículo 288 de la Constitución-, específicamente, a la garantía de gobernarse por autoridades propias³² – artículo 287, numeral 1º- y a la función de los concejos consistente en reglamentar los usos del suelo en el municipio –artículo 313, numeral 7º³³.

De igual forma ha expresado que si bien los recursos naturales no renovables son bienes de propiedad del Estado, la actividad económica de explotación de estos “está sujeta a unos parámetros constitucionales especiales, correspondientes con los fines mismos del Estado”. De

³² Este contenido del principio de autonomía territorial implica, entre otros aspectos, que se asegure la posibilidad de tomar las principales decisiones para la vida de un determinado municipio o distrito o, como garantía mínima, participar efectiva y eficazmente en el proceso por el que las mismas son tomadas.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-123-14. M.P. Alberto Rojas Ríos. 5 de marzo de 2014.

esta manera, puede entenderse que la explotación económica si bien es importante e indispensable para el desarrollo económico no solo de la entidad territorial sino de las regiones y del país, tal prerrogativa no se considera de forma imperativa ni supedita a los demás derechos a los cuales se ha hecho referencia anteriormente; pero sí genera tensiones en cuanto a su aplicación.

Teniendo en cuenta que la Constitución Política de 1991 establece una serie de atribuciones asignadas al municipio, como entidad fundamental del ordenamiento territorial, y a su vez faculta al legislador para distribuir o asignar competencias a las entidades tanto del orden nacional como territorial, se revisa la forma como la Corte Constitucional ha conciliado, en primer lugar, las tensiones entre los principios de Estado Unitario y autonomía territorial en el tema objeto de análisis; y en segundo lugar, las tensiones entre la explotación económica de los recursos naturales (no renovables) y la protección del ambiente.

Tratándose de la asignación de competencias entre autoridades tanto del orden nacional como del orden territorial sobre aspectos que pueden implicar colisiones, la Corte ha reiterado que:

las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior, y que la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional, el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional, según sea el caso. Para la Corte, ello equivale a decir que las limitaciones a la autonomía resultan constitucionalmente aceptables, cuando son razonables y proporcionadas³⁴.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia 035-16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 8 de febrero de 2016.

En lo que respecta a las tensiones entre la explotación económica de los recursos naturales y la protección del ambiente, también se han establecido reglas jurisprudenciales que se dirigen a que se establezcan mecanismos de articulación entre las autoridades administrativas, los entes territoriales y las comunidades, que no impiden la explotación económica de tales recursos, pero que a su vez, garanticen la protección del ambiente, especialmente en aquellos territorios que disponen de recursos hídricos esenciales para la vida y desarrollo humano.

La decisión judicial sobre la explotación minera antes de 2018

La Constitución Política establece en su artículo 241 numeral 3°, como función de la Corte Constitucional el decidir sobre la constitucionalidad de las consultas populares del orden nacional (entre otros mecanismos de participación). En consonancia con esta normativa y para el orden territorial, el legislador determinó que al tribunal contencioso administrativo competente debe remitirse el texto de la consulta, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad, dentro de los 15 días siguientes³⁵. Posteriormente, en la ley 1757 de 2015 el legislador contempló la revisión previa de constitucionalidad de los mecanismos de participación democrática a realizarse y señaló, en el artículo 21 literal b), que, tratándose de consultas populares del orden territorial, los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo competentes se pronunciarán sobre su constitucionalidad. Lo anterior, considerando que no se pueden promover, en este caso consultas populares, sobre iniciativas inconstitucionales; y que el control que efectúe el juez evita que la pregunta que se someterá a consulta trasgreda o no atienda a normas de rango constitucional, o que la pregunta no se encuentre dentro del ámbito de competencia del ente territorial.

³⁵ Ley 134 de 1994, artículo 53 inciso 2°.

En los procesos que se adelantan por las comunidades y por los entes territoriales ante la jurisdicción contencioso-administrativa, relacionados con los trámites de consultas populares para decidir sobre el uso del suelo frente a los proyectos de extracción minera, los jueces encuentran como obstáculo el diseño institucional mismo que sobrepone la decisión centralizada del uso del subsuelo, sobre los intereses de las comunidades que resultan afectadas con dichas decisiones. Este obstáculo se traduce en la impertinencia de las consultas populares como mecanismo de protección eficaz y la consecuente desprotección de los derechos de las comunidades.

En el estudio que realiza Dietz (2018) sobre las consultas populares mineras, particularmente el caso de La Colosa (Departamento del Tolima), identifica a la consulta popular como una estrategia para la movilización y señala que, en las siete consultas populares que se habían realizado entre 2009 y 2017, cinco de ellas en este último año, la participación de los electores estuvo por encima del umbral y de ellos, más del 90% votó en contra del proyecto objeto de la consulta o de la minería en general. Lo anterior, evidentemente da lugar al conflicto en cuanto a las competencias del orden nacional, ya mencionadas anteriormente; pero el punto central del conflicto, como lo indica la autora, refiere a “la legitimidad y la legalidad de la participación democrática en temas relacionados con minería”, y concluye que, las consultas “no pueden transformar de manera radical las estructuras existentes ni las relaciones de poder, pero permiten crear espacios de participación política que pueden ser empleados por muchas más comunidades para articular sus propios intereses”. Y puede que allí radique la importancia del mecanismo de participación democrática; en que se constituye en un instrumento por la movilización que propicia, y que soporta su

legitimidad no solo en las normas que lo contemplan, sino en la motivación de diferentes actores para su realización, en defensa de sus derechos y de sus intereses.

Las decisiones de los Tribunales Administrativos que encontraban ajustada a la constitución la pregunta a consultarse eran objeto de acciones ante el Consejo de Estado, por diferentes actores involucrados en la actividad minera y de explotación de recursos (autoridades, públicas, concesionarios, contratistas) por motivaciones tanto de índole jurídico, como de índole social, ambiental y económico. No obstante, existe un punto de quiebre y es a partir de la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-095 de 2018, que se presenta a continuación y a partir de la cual la realización de las consultas populares sobre la explotación del subsuelo y la actividad minera toma otro lugar.

Soluciones expuestas por la Corte Constitucional frente a las tensiones entre el nivel central y los territorios, acerca de la explotación de los recursos naturales no renovables

A partir de las normas consagradas en la Constitución Política, la Corte Constitucional ha identificado los instrumentos que concilian los principios de Estado unitario y de autonomía de los entes territoriales, así: “(i) las facultades de las entidades territoriales -otorgadas constitucionalmente-; (ii) la asignación de competencia al Congreso para regular el grado de autonomía de las entidades territoriales, y (iii) los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre la Nación y los entes territoriales”³⁶.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-889-12. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 30 de octubre de 2012.

Ahora bien, para resolver las tensiones que se presentan entre los principios de Estado unitario y autonomía territorial derivados de la asignación de la titularidad de los recursos del subsuelo al Estado, respecto de la facultad de decidir sobre los usos del suelo a los territorios (municipios), la Corte ha indicado que el modelo constitucional de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales se basa en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad³⁷. De esta manera, el Alto Tribunal ha expresado que, en virtud de estos principios, el carácter unitario del Estado colombiano no constituye un fundamento suficiente para desconocer la capacidad de autogestión que la Constitución les otorga a las entidades territoriales. A su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias constitucionales de las autoridades nacionales³⁸.

Así, en la sentencia C-123 de 2014, en el estudio de constitucionalidad del artículo 37 de la ley 685 de 2001 -Código de Minas, la Corte hace especial énfasis en la aplicación del principio (o subprincipio) de coordinación frente a la prohibición a las autoridades regionales, seccionales o

³⁷ **Coordinación:** parte de que el objetivo de descentralización territorial es garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos en el territorio nacional, y que por lo tanto, la acción del Estado en sus distintos órdenes debe estar exenta de redundancias y contradicciones que terminen frustrando el logro de los fines del Estado. Para garantizar el principio de colaboración armónica entre las entidades del orden nacional y las del orden territorial es fundamental que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines del Estado. Ello presupone que la acción de estas autoridades debe estar encaminada a lograr una serie de objetivos comunes, complementarios, o que al menos no resulten incompatibles. **Concurrencia:** implica que existen una serie de fines del Estado cuya realización requiere de la participación tanto de las autoridades del Estado a nivel nacional, como de las entidades del nivel territorial. Para garantizar el principio de colaboración, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, que el Legislador debe distribuir las competencias de las entidades nacionales y territoriales garantizando a cada orden el ámbito de su autonomía constitucional. **Subsidiariedad:** En su dimensión positiva, significa que el legislador debe distribuir las competencias privilegiando el nivel más próximo al ciudadano. Con todo, este principio es también expresión del principio de eficiencia administrativa, en la medida en que, comparativamente, las autoridades territoriales suelen estar en una mejor situación operativa para satisfacer las necesidades ordinarias de los ciudadanos dentro de su territorio. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad implica que las autoridades nacionales y departamentales sólo pueden intervenir en los asuntos que hacen parte de las competencias de las entidades municipales cuando éstas sean incapaces o ineficientes en la gestión de sus responsabilidades. Corte Constitucional. Sentencia C-889-12.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-145-15. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. 6 de abril de 2015.

locales, de establecer zonas que queden excluidas de la minería, de forma permanente o transitoria. Esta es una expresión clara de la imposibilidad de aplicar el principio de autonomía territorial, de forma absoluta, el cual se limita en virtud del interés general.

Ahora bien, frente a las tensiones entre la explotación económica de los recursos naturales no renovables y la protección del ambiente mencionados en un apartado anterior, la Corte ha manifestado que esta última prevalece; por ejemplo, en los casos de los derechos económicos de los particulares que cuentan con licencias ambientales y contratos de concesión, y que dicha actividad comporte un daño o exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana³⁹. De igual manera, el Alto Tribunal ha señalado que la Constitución de 1991 reconoce el interés superior del ambiente sano, para lo cual contempla el bloque de normas que conforman la “Constitución ecológica”, las cuales se dirigen a la protección del ambiente y a garantizar un modelo de desarrollo sostenible. Sin embargo, precisa que el derecho al ambiente sano tampoco es absoluto y en caso de entrar en tensión con el desarrollo económico, estos derechos deben armonizar o conciliar en cada caso particular. De esta forma, la libertad económica y de empresa encuentran límites en el bien común y en la función social de la empresa, que se materializan a través de los deberes del Estado consistentes en conservar las áreas de especial importancia ecológica (C.P. artículo 79), y regular el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (C.P. artículo 80)⁴⁰.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-036-16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 8 de febrero de 2016.

⁴⁰ Sentencia C-035 de 2016. En el análisis de Constitucionalidad del párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, que regula las actividades extractivas en ecosistemas de páramo, el Alto Tribunal advierte un “déficit de protección” jurídica frente a las disposiciones demandadas, por cuanto estas no ofrecen garantía real de protección;

Por otra parte, en lo que refiere a los mecanismos de participación ambiental, la Corte ha previsto que en el ordenamiento jurídico colombiano se establecen mecanismos de naturaleza administrativa, política y judicial; encontrando dentro del primer grupo, además de la audiencia pública ambiental, referida anteriormente, la intervención en los procesos administrativos ambientales, el derecho de petición y la consulta previa (Ley 99 de 1993, artículos 69, 74 y 76, respectivamente), así como las veedurías ciudadanas en asuntos ambientales y la participación en los procesos de planificación ambiental. Sin embargo, como lo advierte el Alto Tribunal, los mecanismos solo se limitan a reuniones informativas, cuyos resultados son solo insumos no obligatorios para la autoridad ambiental, por lo cual resultan inefectivos para llegar a acuerdos vinculantes y compromisos con las comunidades que pueden resultar afectadas, lo que las ha llevado a hacer uso de la consulta popular⁴¹.

Considerando la necesidad de establecer lineamientos generales en lo que respecta a las tensiones que se presentan entre la autonomía de los entes territoriales en la organización y planeación sobre el uso del suelo, y las decisiones del Estado (unitario), como propietario del subsuelo, en la explotación de los recursos naturales no renovables que allí se encuentran, así como la procedencia o no de la realización de consultas populares por parte de los entes territoriales en asuntos que pueden enmarcarse dentro de las tensiones en mención, la Sala Plena de la Corte Constitucional expidió la sentencia de unificación SU 095 de 2018. Habida cuenta que los aspectos allí discutidos

señaló que, “El sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos, como la calidad, continuidad y accesibilidad del agua, y los demás servicios ambientales que prestan los páramos resultan desproporcionados frente a los eventuales beneficios provenientes de la extracción de recursos no renovables. Tratándose de un ecosistema tan vulnerable, frágil y poco adaptable como el de los páramos, su afectación tiende a ser de más largo plazo, cuando no permanente”.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia SU 095-18. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 11 de octubre de 2018.

representan un asunto de relevancia constitucional y estimando la importancia de este pronunciamiento jurisprudencial para el presente trabajo, es preciso resaltar los siguientes planteamientos:

Esta sentencia decidió la tutela interpuesta por la sociedad Mansarovar Energy Colombia Ltda., contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 7 de marzo de 2017, que efectuó la revisión de constitucionalidad de la convocatoria a la consulta popular en el municipio de Cumaral, departamento del Meta, la cual tenía como propósito de preguntar a los ciudadanos de dicho ente territorial si estaban de acuerdo o no con la realización de actividades de exploración sísmica, perforación, explotación y producción de hidrocarburos, dentro de la jurisdicción del municipio. Es de anotar que la sociedad Mansarovar había suscrito el contrato de exploración y producción de hidrocarburos en la vigencia 2012.

El problema jurídico identificado por la Corte es determinar si el Tribunal, al declarar ajustada a la Constitución la consulta popular del municipio de Cumaral, vulneró los derechos fundamentales que alegó el actor, al incurrir en alguna causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, en el trámite de revisión previa de constitucionalidad. La Corte concluyó que sí se había vulnerado el derecho al debido proceso del accionantes, puesto que la decisión del Tribunal Superior había incurrido en los siguientes yerros que hacían procedente la acción de tutela contra el fallo cuestionado: “i) defecto sustantivo, al no acatar el régimen legal y constitucional; ii) violación directa de la Constitución al no aplicar sistemática e integralmente principios constitucionales, y, iii) desconocimiento del precedente, al apartarse de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia”, esto es, en lo que respecta a la procedencia de consultas

populares relacionada con competencias de la Nación y de los entes territoriales, frente a la propiedad de los recursos del subsuelo y su explotación. De esta manera, la Corte, señaló que:

- No es posible realizar consultas populares sobre asuntos ajenos a las competencias de las autoridades territoriales, es decir, que tengan incidencia sobre asuntos departamentales o nacionales⁴².
- Al ser del Estado (concepto que para el efecto se ha comprendido por la Corte que se extiende a todos los colombianos) el propietario de los recursos del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, las actividades de exploración, sísmica, perforación exploratoria, producción, transporte y comercialización de hidrocarburos, trascienden los intereses locales o municipales, razón por la cual se ha asignado al gobierno nacional, a través de diferentes entidades, las facultades para dirigir, coordinar y regular la explotación del subsuelo y sus recursos naturales no renovables⁴³. De esta manera, lo que ha previsto en la normativa es que la explotación de tales recursos genere una contraprestación económica (regalías).
- La actividad de explotación del subsuelo implica necesariamente la realización de actividades en el suelo, por lo cual, de una parte, se encuentra la autonomía de los entes territoriales para llevar la planeación y el ordenamiento territorial; y, de otra parte, la necesidad de que se garantice que la explotación del subsuelo beneficie a las entidades

⁴² En el caso concreto, correspondía al Tribunal Contencioso Administrativo, al momento de realizar el control de constitucionalidad para la realización de la consulta popular, analizar esta limitación a la competencia del ente territorial (municipio).

⁴³ El objeto de la consulta realizada en el municipio de Cumaral no atendió la restricción a los asuntos propios de competencia del ente territorial, ya que las actividades contempladas en la pregunta de la consulta no referían solamente al uso del suelo. De esta manera, desconoció las competencias que radican en cabeza de entes del orden nacional.

territoriales, incluso las que no cuentan con dichos recursos⁴⁴. De este modo, concurren allí las competencias de entidades tanto del orden territorial como del orden nacional.

- Existen límites competenciales para la procedencia de las consultas populares en los territorios, considerando que la explotación del subsuelo y los recursos naturales no renovables no puede someterse a la decisión unilateral y autónoma de la entidad territorial. Lo anterior, con fundamento en el interés público que recae sobre la actividad de explotación minera y de hidrocarburos propiedad del Estado, quien además tiene a cargo la dirección general de la economía; y que los recursos que de allí se derivan financian sus fines⁴⁵.
- La consulta popular no es mecanismo idóneo para aplicar los principios de coordinación y concurrencia en los entes territoriales y el orden nacional, en temas relacionados con la explotación del subsuelo y los recursos naturales no renovables, por cuanto dicha competencia no radica en cabeza de los municipios de forma exclusiva. Por otra parte, este mecanismo de participación limitado al no permitir discusiones *ampliadas, sistemáticas e integrales*, ni un análisis técnico, especializado, sobre las actividades mineras.
- El derecho fundamental de participación no puede quedar desprotegido. Si bien, la Sala Plena analizó los diferentes espacios y mecanismos dispuestos en la normativa legal, en el marco

⁴⁴ La Corte señaló que el Tribunal Administrativo del Meta, al realizar la lectura de las normas constitucionales sobre regulación y competencias de los municipios en el ordenamiento territorial, sobre los usos del suelo, y sobre el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio, no tuvo en cuenta las normas constitucionales sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, con los cuales se presenta una tensión relevante en su aplicación.

⁴⁵ En este punto, es importante tener en cuenta que la Sala Plena de la Corte se apartó de las consideraciones y de la decisión contenida en la sentencia T-445 del 19 de agosto de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, por la interpretación limitada y aislada de los principios y postulados constitucionales, al indicar que los entes territoriales podían prohibir la actividad minera en razón de su competencia para regular el uso del suelo y para garantizar la protección del medio ambiente.

de las actividades de explotación del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, y dado el “déficit de protección constitucionalmente inadmisibles”, exhortó al Congreso de la República para que en el menor tiempo establezca, por una parte, el o los mecanismos de participación ciudadana, particularmente de las comunidades que puedan resultar afectadas en los lugares donde se desarrollarán tales actividades de exploración y explotación; y por otra parte, los instrumentos de coordinación y concurrencia entre los territorios y la Nación, para lo cual identificó los criterios constitucionales⁴⁶ a tener en cuenta por el legislador, que es quien corresponde corregir el déficit de protección mencionado, en virtud de los postulados de Estado social de derecho y de democracia participativa contenidos en la Constitución Política.

En un pronunciamiento posterior, la Corte Constitucional precisó que, en caso de conflicto de competencias del orden nacional con otros niveles, sobre el manejo del uso de suelo, es necesario que una ley orgánica (que tiene un procedimiento especial y exige mayorías cualificadas para la toma de decisiones por el Congreso, con el fin de otorgar mayor estabilidad a la distribución de competencias), defina la manera de armonizar y ponderar los principios de Estado unitario y de autonomía de las entidades territoriales, conforme con los principios concurrencia, coordinación y subsidiariedad⁴⁷.

⁴⁶ i) Participación ciudadana y pluralidad; ii) Coordinación y concurrencia Nación – territorio; iii) Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables; iv) Diferencialidad / gradualidad (de los mecanismos de participación y de los instrumentos de coordinación y concurrencia entre la Nación y los territorios); v) Enfoque territorial; vi) Legitimidad y representatividad; vii) Información previa, permanente, transparente, clara y suficiente; viii) Desarrollo sostenible; ix) Diálogo, comunicación y confianza; x) Respeto, protección y garantía de los derechos humanos; xi) Buena Fe; xii) Coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial; y, xiii) Sostenibilidad fiscal.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-053-19. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 13 de febrero de 2019.

Instancias administrativas de participación

En el marco de las actuaciones administrativas adelantadas por las autoridades encargadas de la actividad minera y de hidrocarburos, se ha definido algunos procedimientos que dan lugar a la participación de las autoridades locales (alcaldes) y de la comunidad, limitados a compartir información general sobre los proyectos a desarrollarse en los territorios respectivos y a que la comunidad presente sus inquietudes.

En la sentencia C-389 de 2016 se estudió la constitucionalidad de algunos artículos del Código de Minas (16, 53, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, entre otros) particularmente los relacionados con la propuesta de contrato de concesión minera. Al respecto, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 16, 53, 570 y 271 de la Ley 685 de 2001 “bajo el entendido de que la autoridad minera deberá (...) establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados”. A partir de esta sentencia, la Agencia Nacional de Minería definió procedimientos para concertar con los alcaldes y para la realización de audiencias de participación previo al otorgamiento de títulos mineros. En la página de la entidad se puede observar frente a cada departamento, los municipios en los cuales se han realizado actividades de concertación con los alcaldes; y en algunos de esos casos, se registran las audiencias de participación realizadas, donde se presentan las propuestas de contratación minera⁴⁸.

⁴⁸ <https://www.anm.gov.co/?q=actas-de-concertacion-y-audiencias>

Una vez agotados estos procedimientos, se debe realizar el trámite para la obtención de la licencia ambiental, considerando que la explotación de los recursos naturales del subsuelo incide innegablemente en el ambiente, por lo que debe asegurarse la forma de prevenir, mitigar, compensar o corregir los efectos de la actividad de explotación. Lo anterior, con fundamento en las disposiciones constitucionales dirigidas a garantizar un ambiente sano y la protección de las riquezas naturales. Dicho procedimiento también prevé la realización de audiencias públicas, pero estas solo son espacios informativos, no de decisión, en donde los planteamientos de la autoridad local o de la comunidad no comportan obligatoriedad alguna. Inclusive, la norma que contempla este mecanismo de participación (Ley 99 de 1993, artículo 72), indica que se trata de un espacio para “recibir opiniones, información y documentos de los interesados”.

La Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-095 de 2018 determinó que el legislador debe resolver la problemática que resulta de no contar en el ordenamiento jurídico con un mecanismo de participación democrática idóneo. Pero a su vez, ordena que las entidades administrativas del orden nacional del sector minero adopten procedimientos que garanticen la participación de los territorios y las comunidades. Mientras tanto, se reduce a aplicar espacios de escucha, donde los argumentos para la defensa de sus derechos, planteados por los territorios y sus comunidades, no comprometen ni obligan a las autoridades administrativas en la toma de decisiones sobre la actividad minera y de explotación de los recursos, Es allí donde se refleja lo que González Gil (2019) señala como tensión de relaciones asimétricas; donde la defensa del territorio hace en medio de esa tensión, “que reviste como una disputa en condiciones igualmente asimétricas”.

Esta asimetría se evidencia en la falta de vinculatoriedad. Si bien la jurisprudencia constitucional, como se ha explicado, propugna por la previsión de espacios para la participación, el diseño constitucional subyacente, que excluye el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables de la decisión territorial, hace que estos espacios no solo resulten circunscritos a fórmulas intermedias (por ejemplo, la definición de medidas de mitigación del impacto ambiental), pero que no son suficientes para incidir de manera definitiva, incluso de manera excepcional, en la ejecución misma de los proyectos extractivos.

Suficiencia de mecanismos o déficit de protección al nivel territorial

Dentro de las disposiciones constitucionales y legales del ordenamiento jurídico colombiano se reconocen diversos espacios que dan lugar a la participación de la ciudadanía en el ejercicio y control del poder político. Sin embargo, es preciso determinar, en los casos puntuales y confrontando con el mecanismo de participación si la realización de este resulta eficaz para garantizar una participación real en términos de lo que significa la democracia participativa y pluralista que propugna la Constitución Política de 1991, específicamente en la protección de los derechos de los entes territoriales frente a la actividad minera.

Sobre la consulta popular como mecanismo de participación

En el caso de los mecanismos de participación democrática previstos en la Carta Política y desarrollados por las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, ya se estableció por la Corte Constitucional que la consulta popular no es el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos de los entes territoriales en lo que se respecta a las decisiones sobre el uso del suelo, las cuales no pueden tomarse de forma aislada y autónoma, puesto que trascienden la esfera local o territorial e involucran intereses nacionales y, por lo tanto, competencias del gobierno central, particularmente considerando la titularidad que, sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, recae sobre el Estado colombiano.

Un aspecto relevante es el momento o la oportunidad en que se lleva a cabo la participación del ente territorial y de la ciudadanía, frente a las decisiones sobre la explotación del subsuelo, que lleva consigo la limitación al uso del suelo y a la posible afectación de los recursos naturales de la región. Si de tomar parte en las decisiones sobre el futuro del territorio se trata, los espacios de participación deben estar dispuestos en las fases iniciales o de forma previa a la suscripción de contratos con los concesionarios que se encargarán de las actividades de exploración, explotación, producción, transporte y demás actividades relacionadas con la actividad minera y de explotación de hidrocarburos. De lo contrario, los titulares de los derechos en el territorio se encuentran con obstáculos de índole legal, que se derivan de los compromisos contractuales y la responsabilidad que estos derivan para las partes, siendo una de ellas el mismo Estado colombiano, a través de la entidad competente.

Es así como en la regulación de la actividad minera, conforme con lo advertido por la Corte, no se encuentran normas o procedimientos que permitan la participación ciudadana, o que den cumplimiento a los principios de concurrencia y de coordinación entre el nivel territorial y el nacional, en el trámite de contratación en la concesión minera. En el caso del trámite para el licenciamiento ambiental señala que los mecanismos de participación ciudadana, así como los instrumentos de coordinación y concurrencia entre los territorios y la Nación, “no son suficientes para garantizar los postulados constitucionales, lo cual explica el por qué las comunidades se visto avocadas a utilizar la consulta popular como forma de expresar sus inquietudes”.

Una vez determinada la improcedencia de la consulta popular como mecanismo de participación de los entes territoriales y la comunidad frente a la actividad minera y la explotación del subsuelo,

se observa la falta de articulación entre los derechos, las atribuciones y los mecanismos de participación y la autonomía territorial dentro del diseño institucional contenido en la Carta Política. Como lo expresó Estupiñán (2021), la constante en las constituciones políticas es que el modelo territorial es una colcha de retazos; no está hecho a la medida de las necesidades del Estado Colombiano; actualmente obedece a unas lógicas re-centralizadoras.

El caso analizado es un buen ejemplo de dichas lógicas. Aunque la Constitución otorga un lugar central a la participación de las comunidades en las decisiones que las afectan, el diseño normativo sobre la propiedad de los recursos no renovables termina por circunscribir esas instancias a aspectos bien formales o bien vinculados a aspectos subsidiarios de la explotación minera. Esto en perjuicio de los intereses de las comunidades y a favor de un fortalecimiento del poder central. A pesar de que las industrias extractivas imponen consecuencias de la mayor importancia para los entornos locales y sus habitantes, que van mucho más allá de los asuntos ambientales, las instancias de participación son insuficientes e impertinentes, lo que contrasta con el mandato constitucional de incidencia de las personas en las decisiones que los afectan. Uno de esos espacios acotados de participación son las concertaciones de origen administrativo, como se explica en el apartado siguiente.

La participación en el ámbito administrativo

En el nivel administrativo, la Agencia Nacional de Minería solo cuenta con dos procedimientos que procuran la participación: la concertación con los alcaldes; y las audiencias de participación que se realizan previo al otorgamiento del título minero, en cumplimiento de las órdenes impartidas

por la Corte Constitucional, en diferentes sentencias, la última de ellas la SU-095 de 2018, dirigidas a la aplicación de los principios constitucionales de concurrencia y de coordinación⁴⁹.

Dentro de la denominada concertación con los alcaldes, en la información dispuesta en la página web de la Agencia se puede observar que se han programado o llevado a cabo espacios de concertación en cerca de 423 municipios, en 30 departamentos. En las concertaciones, la autoridad administrativa realiza la presentación de las condiciones del territorio para la exploración y explotación minera; y se realizan acuerdos (de seguimiento y control por parte del ente territorial). Estos espacios no dan lugar a la toma de decisiones. En cuanto a las Audiencias Públicas y Participación de terceros, estas se han realizado en cerca de 158 municipios; en algunos casos, hasta dos y tres veces. En estos actos públicos se recibe las inquietudes de la comunidad, pero, al igual que los espacios de concertación, no hay lugar a la toma de decisiones o que los planteamientos de la comunidad tengan un carácter de obligatoriedad para la autoridad ambiental⁵⁰.

Una situación similar se presenta en las normas que regulan las actividades para determinar, clasificar, delimitar y regular las áreas de asignación para exploración y explotación de

⁴⁹ La Agencia Nacional de Minería estableció el procedimiento de *concertación* con los alcaldes municipales, para “garantizar un grado de participación razonable y efectivo de los municipios y distritos, en el proceso de decisión respecto a las actividades de exploración o de explotación del subsuelo y los RNNR. Las posiciones y opiniones de las entidades territoriales deben ser expresadas a través de los órganos legítimos de representación”. Por ello, el proceso de coordinación y concurrencia se realiza con el alcalde municipal, como la autoridad que tiene la legitimidad y representatividad de la ciudadanía. En cuanto al procedimiento para la audiencia y la participación de terceros, refiere a la invitación a la comunidad para participar en el proceso previo al otorgamiento del título minero, para que presenten diferentes argumentos, opiniones e inquietudes sobre la titulación minera en el territorio. Esta audiencia se encuentra establecida en el artículo 259 de la ley 685 de 2001-Código de Minas-. Información tomada del concepto emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia Nacional de Minería, con número de radicación 20211001594902. https://www.anm.gov.co/sites/default/files/NormativaConceptosJuridicos/Concepto_20221200282951_Web.pdf

⁵⁰ <https://www.anm.gov.co/?q=actas-de-concertacion-y-audiencias>

hidrocarburos, donde advierte la Corte que no se contemplan mecanismos de participación ciudadana que permitan que las comunidades ubicadas en las zonas respectivas cuenten con información, presenten inquietudes o manifiesten su oposición al proyecto de que trate. Tampoco identifica la existencia de instrumento alguno que dé lugar a la concurrencia y la coordinación entre los niveles territorial y nacional. Ejemplo de ello es el artículo 5 del Acuerdo 02 de 2017 expedido por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, que refiere a diferentes principios y reglas sobre la exploración y la producción de hidrocarburos, en donde se establece que, para el desarrollo de las actividades indicadas inicialmente, “deben tomarse en consideración los procedimientos de consulta y de coordinación con los entes territoriales y con las comunidades o grupos étnicos, que se hubieran adelantado o que se adelanten en las oportunidades legales pertinentes, con arreglo al ordenamiento superior que regule la materia de que se trate”. Este Acuerdo prevé la participación de los entes territoriales, mediante los procedimientos de consulta y coordinación, sin especificar o establecer de forma puntual la forma como deben llevarse a cabo tales procedimientos⁵¹.

⁵¹ El numeral quinto de la parte resolutoria de la sentencia SU 095 de 2018 ordena a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, “poner en práctica un procedimiento que permita la coordinación y concurrencia con las entidades territoriales para la definición y determinación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos”. Al consultar los diferentes planes o programas de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se encuentran diferentes acciones encaminadas a la inversión social, lo que implica la participación y atención de la comunidad, una vez ya se encuentra en ejecución el contrato que la Agencia haya suscrito, para las actividades de explotación de hidrocarburos en el territorio correspondiente. En cuanto a acciones o espacios que permitan la participación de las comunidades de forma previa a la contratación con las empresas petroleras, la información que se presenta conduce a las disposiciones de Decreto 2691 de 2014, artículos 1º, 2º y 3º, contenidos igualmente en el Decreto 1073 de 2015, Capítulo 3 -Zonas excluidas y restringidas de la minería-, Sección 1 -Participación de las autoridades territoriales- en los artículos no se advierte procedimiento alguno. La entidad cuenta con un Plan estratégico de participación ciudadana 2019-2022, pero no considera el establecimiento de procedimiento alguno para la participación de los entes territoriales o de la ciudadanía en general. Presenta los mecanismos de participación y las acciones constitucionales, así como lo referente a las veedurías ciudadanas y la atención de peticiones, quejas y reclamos, en general. <https://www.anh.gov.co/es/atenci%C3%B3n-y-servicios-a-la-ciudadan%C3%ADa/canales-de-atenci%C3%B3n/plan-mecanismos-de-participaci%C3%B3n-ciudadana/> Por otra parte, al referir a los mecanismos de participación ciudadana, la Agencia presenta información sobre los canales de atención dispuestos para la ciudadanía (virtuales, redes sociales, telefónicos, presenciales). https://www.anh.gov.co/media/images/MECANISMOS_DE_PARTICIPACION_CIUADADANA.original.jpg

En el análisis efectuado por Durango (2020) sobre la consulta popular como mecanismo de participación en la actividad minera, considera la autora que la figura jurídica de los “terceros intervinientes” contemplada en el artículo 69 de la Ley 99 de 1993⁵², puede abrir el camino para la participación ciudadana en decisiones ambientales en minería; y afirma que permite a las comunidades “participar en la toma de decisiones ambientales que pueden perjudicar a sus grupos humanos”. Si bien la Ley 99, que contempla esta figura dentro del Título X -De los modos y procedimientos de participación ciudadana-, otorga el espacio a la participación de la ciudadanía en determinadas actuaciones administrativas identificadas en la misma ley; no obstante, el ámbito de participación se encuentra limitado en el artículo citado, en el sentido que puede, cualquier persona, intervenir en las actuaciones, lo que no implica la posibilidad de tomar parte en las decisiones. Es así como, a pesar de que la Ley 99 contempla todo un capítulo dirigido a la participación ciudadana, las herramientas o mecanismos que prevé para su materialización refiere a intervenciones en procedimientos administrativos, trámite de las peticiones, publicidad de decisiones, audiencias públicas administrativas, acción de nulidad frente a determinados actos administrativos, derecho de petición de información, y acciones populares, estos resultan insuficientes e ineficaces.

La ley ambiental no consagra mecanismos propios de protección ambiental y, por ende, no garantiza la participación eficaz de las comunidades. Como lo expresa Henao y Espinoza (2016),

⁵² Artículo 69. Del derecho a intervenir en los procedimientos administrativos ambientales. Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.

“la minería como motor de desarrollo no puede así excluir a quienes son o deberían ser los beneficiarios de dicho desarrollo y que asumen como actores centrales del sector”.

Participación efectiva en las decisiones sobre el territorio y sus recursos

Antes de que la Corte Constitucional determinara la no idoneidad de la consulta popular como mecanismo de participación en la toma de decisiones en el ámbito de la minería y sobre el uso del suelo y la explotación del subsuelo, existía una expectativa por parte de los entes territoriales y sus comunidades de contar con un instrumento para la garantía y defensa de sus derechos. Así, al poner en marcha la aplicación del mecanismo, se configuró lo que Hincapié (2017) señala como “un nuevo ciclo de movilización”, donde la acción colectiva de las comunidades en el territorio permitió construir condiciones para el debate, “donde se discuten las posibilidades reales de participación ciudadana en la planeación del desarrollo local-regional, como promesa de las sociedades democráticas en general y de los principios constitucionales colombianos en particular”. Sin embargo, dentro de la labor de integración e interpretación normativa que corresponde a los órganos judiciales, y su aplicación por parte de las autoridades administrativas, tanto del orden nacional como del nivel local o territorial, se evidencian vacíos como es el caso un mecanismo de participación de rango constitucional, que otorgue la suficiente garantía a los actores cuyos derechos pueden resultar vulnerados con la toma de decisiones desde el nivel central, de la afectación del territorio a través de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables.

Tanto en la doctrina sobre la consulta popular como en los pronunciamientos jurisprudenciales se encuentra un común denominador y es que la participación efectiva debe tener en cuenta a la comunidad y a las autoridades territoriales en la toma de decisiones de forma previa al otorgamiento de licencias ambientales o a la suscripción de contratos con los concesionarios a cargo de la exploración, explotación, producción, transporte y demás actividades asociadas a la minería, en el territorio respectivo. Esto teniendo en cuenta que son ellos quienes se encuentran con la posibilidad de identificar, evitar, prevenir riesgos o manejarlos, de mejor manera, por cuanto son quienes conocen el territorio, así como sus condiciones y las de sus comunidades; así, pueden determinar de forma más adecuada los aspectos en los ámbitos social, económico y ambiental que pueden resultar afectados con la actividad minera y de explotación de los recursos naturales no renovables.

En una mirada al desarrollo sostenible y su aplicación, bajo el enfoque de los documentos emitidos por las Naciones Unidas (particularmente en mención a la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992), Bastida y Bustos (2017) resaltan los elementos sustantivos y los elementos de procedimiento que comprenden el desarrollo sostenible, siendo la participación pública, junto con el acceso a la información, la evaluación del impacto ambiental y la cooperación, elementos de procedimiento que se dirigen tanto a legitimar las decisiones como a mejorar su calidad. En este sentido, y luego de realizar el análisis del contexto legal y jurisprudencial en la región, los autores plantean si, para que los Estados cumplan sus deberes de forma efectiva, bajo su normativa local, son suficientes tanto el “diseño jurídico e institucional como las capacidades para entablar procesos de diálogo intercultural e interdisciplinario y de gestión del desarrollo sostenible”. En esta misma línea, el Banco Mundial ha señalado que, en los estudios realizados

sobre las operaciones mineras en diferentes partes del mundo, particularmente en Canadá y Latinoamérica, la sostenibilidad está estrechamente relacionada con la participación de las comunidades en las decisiones que las afectan⁵³. También resulta de gran importancia, con miras a la protección del ambiente en el marco de un desarrollo sostenible, la aprobación del Acuerdo de Escazú por parte del Estado colombiano, tratado que comprende dentro de su objetivo el garantizar la participación pública en los procesos de toma de decisiones y el acceso a la justicia, en materia ambiental⁵⁴.

La revisión de las normas y las decisiones del Alto Tribunal constitucional sobre las tensiones entre los principios de Estado unitario y autonomía territorial, así como las deficiencias de mecanismos de participación en la toma de decisiones por parte de las comunidades y las autoridades locales, precisamente lo que evidencia es que el diseño jurídico e institucional resulta insuficiente para dar respuesta a las necesidades de garantizar, de manera efectiva, la participación de los entes territoriales en materia de explotación de los recursos del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin entrar a discutir las posibles incidencias que, en términos de un desarrollo sostenible pueden estar evidenciando la misma problemática del diseño institucional.

La necesidad de participación efectiva constituye la esencia del desarrollo sostenible en la medida que las preocupaciones manifestadas por parte de quienes son receptores directos de los efectos

⁵³ Mundial, B. (2003). *Grandes Minas y la Comunidad: efectos socioeconómicos en Latinoamérica, Canadá y España*. Banco Mundial/Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Ottawa, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Ottawa, Canadá.

https://www.researchgate.net/publication/311821600_Grandes_Minas_y_La_Comunidad_Efectos_Socio_economicos_y_ambientales_en_Latinoamerica_Canada_y_Espana

⁵⁴ Véase CEPAL, N. U. (2022).

que la explotación de recursos mineros y de recursos naturales no renovables producen; se busca garantizar la existencia de recursos para el futuro⁵⁵.

Es por ello que, a pesar del exhorto de la Corte Constitucional al legislador para que regule sobre el mecanismo de participación idóneo, es preciso considerar que la solución a esta problemática debe resolverse en un nivel superior, esto es, con el establecimiento del mecanismo de participación por parte del Congreso a través de ley estatutaria o por Acto legislativo.

⁵⁵ Sobre los impactos ambientales y sociales derivados de la explotación minera, véase Ayala et al. (2016), y Pérez, M y Betancur, A (2016).

Conclusiones

En las tensiones que se presentan en la aplicación de los principios de Estado unitario y autonomía administrativa en el contexto de la decisión sobre el uso del suelo por parte de las entidades territoriales y las autoridades del nivel central, la aplicación de un principio no anula el reconocimiento del otro. Se analizan en los casos concretos, aplicando los principios de concurrencia y coordinación. Tampoco hay lugar a la aplicación aislada del principio de autonomía; en caso de tensión de este con el de Estado unitario, se puede señalar que este tendría mayor relevancia, considerando el interés público que comporta la explotación de los recursos naturales no renovables. Esto sobre la premisa que ante un mayor grado de incidencia en los intereses locales resulta constitucionalmente más admisible un mecanismo reforzado de participación.

La Constitución contempla la consulta popular como un mecanismo de participación democrática. Acorde con su finalidad, el mecanismo busca el pronunciamiento de los ciudadanos a través de una pregunta que se formule en temas de incidencia en el respectivo nivel territorial, o a nivel nacional. Sin embargo, como lo determinó la Corte Constitucional, el mecanismo no es idóneo en el marco de la actividad minera y de explotación de los recursos naturales no renovables, ya que tales decisiones requieren de análisis técnicos y especializados que no se agotan en la pregunta que se formula. A esto se suma el carácter acotado de la consulta popular, que la jurisprudencia constitucional deriva de la propiedad estatal de los recursos del subsuelo.

En virtud de lo anterior, la Corte exhortó al Congreso de la República para que en el menor tiempo posible defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio. De lo anterior, se tiene que: i) El exhorto no tiene efecto vinculante en términos de obligatoriedad, ya que no existe un condicionamiento preciso en caso que no se atienda lo dispuesto por el Alto Tribunal, ni establece un término para el efecto. Además, tampoco podría tener carácter obligatorio en virtud de la eficacia del principio de separación de poderes, sumado a la titularidad que tiene el Congreso de la cláusula general de producción legislativa; ii) El exhorto se dirige al legislador, por lo cual circunscribe el vacío normativo a la esfera legal. No obstante, tratándose de la consagración constitucional de los mecanismos de participación, la solución para contar con un mecanismo que pueda tener aplicación en la materia objeto de este análisis, debería ser promulgado por el constituyente; no por el legislador. Ello debido a que el fundamento para una concepción limitada e impertinente de los mecanismos de participación ante proyectos extractivos tiene fundamento en la propiedad estatal de los recursos no renovables, que es una disposición de naturaleza constitucional; y, iii) Los mecanismos o las instancias administrativas de participación resultan insuficientes para garantizar la democracia participativa, ya que no da lugar a la toma de decisiones por parte de los actores que deben resistir los efectos de la actividad minera en los territorios.

Si bien la Corte efectúa dichos exhortos, las entidades han implementado actividades para permitir la participación sin efectos vinculantes o decisorios por parte de las comunidades y los entes territoriales no cuentan con la herramienta legal ni la obligatoriedad que les permita considerar la participación de la comunidad. Ello no solo como el agotamiento de un requisito formal en un trámite, sino como verdaderas instancias o espacios donde la ciudadanía y los entes no solo sean

escuchados, sino que el conocimiento, las necesidades y los planteamientos que presenten sean considerados en la definición y alcances de los proyectos de exploración y explotación a desarrollarse en el territorio respectivo. Esto bajo la consideración de que los efectos concretos de la ejecución de los proyectos extractivos se proyectan específicamente en el ámbito local y, por esta razón, es que deben tener en cuenta las particularidades específicas de cada territorio y de sus habitantes.

Allí es donde cobra relevancia el concepto de realizar una minería sostenible; que realice un uso y explotación de recursos considerando no solo el agotamiento de estos durante la actividad de exploración y explotación, sino la renovación, conservación, de los recursos naturales que resulten afectados con dicha actividad.

El crecimiento de la actividad minero-energética bajo el modelo extractivista del Estado colombiano lleva consigo no solo la explotación de los recursos naturales no renovables sino afectaciones ambientales y sociales, ha llevado a la realización de ajustes institucionales dirigidos a dar cumplimiento a las políticas fijadas por el gobierno nacional en la materia. Sin embargo, esa misma necesidad de dar respuesta a la demanda internacional de recursos mineros y de petróleo no ha ido de la mano con un efectivo y completo derecho constitucional de participación por parte de las comunidades y de los entes territoriales, dando claramente una preferencia a los requerimientos fiscales nacionales por encima de los intereses locales y de la preservación ecológica para futuras generaciones. Sobre este aspecto, es importante advertir que no se está, necesariamente, ante una dicotomía entre la explotación de recursos naturales no renovables y los derechos e intereses de las comunidades locales. Estos intereses pueden ser conciliados a condición de que los espacios de

participación sean efectivos y permitan, inclusive y bajo requisitos específicos, incidir en la decisión misma de aprovechamiento. Esto no es posible bajo el diseño constitucional vigente que, sobre la premisa de la propiedad estatal de los recursos no renovable, desequilibra las instancias participativas al concentrar las decisiones en el Estado central. Ello en abierto perjuicio de la promesa de la Constitución de un grado de autonomía suficiente a favor de las entidades territoriales.

Considerando que ya se determinó por parte de la Corte Constitucional la improcedencia de las consultas populares frente a los proyectos de exploración y explotación minera, el derecho a participar en las decisiones no puede resultar anular y quedar reducido solo a la protesta social, las demandas sin resolver de los entes territoriales y la ciudadanía en general. Resulta evidente la necesidad de que existan herramientas jurídicas que den lugar a una verdadera participación en la toma de decisiones que afectan a los territorios y comunidades donde se desarrollan actividades mineras y de explotación de recursos naturales no renovables.

La actividad minera y de explotación de diferentes recursos naturales es necesaria para mantener las finanzas del Estado, la inversión social y el desarrollo económico. A pesar de las promesas electorales de reducir o eliminar la práctica extractiva, que bien pueden obedecer a la preocupación legítima por el futuro del país en términos ambientales y sociales, al igual que al consenso global sobre la necesidad de iniciar una transición energética que llegue a prescindir del uso de combustibles fósiles, luego de los análisis que se adelantan por parte de diferentes actores (academia, gremios, organismos internacionales, entre otros), así como la incidencia en la economía por las consecuencias que tales posturas generan en los mercados (tanto nacional como

internacional), fue necesario reformular la postura. La continuidad de la actividad extractivista al parecer, no tiene objeción inmediata; pero es a partir de este escenario donde se requiere disponer de instrumentos jurídicos que garanticen los derechos, no solo el de participar, sino el de poder gozar de un ambiente sano.

El diseño institucional contenido en la Constitución Política, que pone en tensión los principios de Estado unitario y autonomía territorial, y que debe sortearse con la aplicación de los principios de coordinación y concurrencia entre las entidades territoriales y la Nación, que dispone de unos mecanismos de participación, pero que a su vez impide que puedan ser efectivos para la protección de derechos, solo puede resolverse a partir de establecer normas, del orden también constitucional. Por otra parte, cabe preguntarse por qué el legislador, a pesar del exhorto del Alto Tribunal a establecer mecanismos de participación y procedimientos que permitan la participación y que reglamenten la forma como se desarrollan los principios de concurrencia y de coordinación, no ha atendido esta necesidad. Las razones de índole económico podrían estar sobreestimadas sobre los derechos de los territorios y las comunidades.

Por la misma relevancia que comporta la participación de la ciudadanía en las decisiones sobre el uso del subsuelo, porque son los territorios respectivos los que tienen la carga ambiental y social producto de la actividad minera y de explotación de los recursos naturales no renovables, el mecanismo de participación democrática que procure la efectiva garantía de sus derechos debe encontrarse también a nivel constitucional, como los demás mecanismos de participación.

Los elementos expuestos llevan a preguntarse qué otras alternativas pueden considerarse para lograr el equilibrio entre la necesidad de contar con un adecuado nivel de participación de las comunidades afectadas y la posibilidad de continuar con la explotación de los recursos naturales no renovables. La respuesta a este interrogante pasa necesariamente por varias fases. La primera es definir con mayor precisión en qué escenarios y prácticas de la explotación debe proibirse debido a las afectaciones más graves y profundas al ambiente y a derechos esenciales de las comunidades. La segunda es determinar qué facetas requieren mayores niveles de participación, identificándose preliminarmente aquellas que tienen un mayor impacto ambiental o que inciden en mayor medida en la dinámica socioeconómica de las comunidades. La tercera, fijar cuándo es posible que las comunidades deban prestar su consentimiento sobre la explotación debido a la comprobación sobre una afectación directa e intensa, para lo cual resultaría útil adaptar las reglas existentes en materia de consulta previa a grupos étnicos⁵⁶.

Como se observa, no es viable anticipar los aspectos concretos de ese mecanismo de participación. Con todo, uno de sus aspectos centrales debe ser su flexibilidad y adaptabilidad a diferentes escenarios de potencial explotación de recursos no renovables, así como a los distintos tipos de comunidades afectadas. Precisamente, lo expuesto en esta investigación demuestra que las fórmulas únicas u homogéneas de participación no son exitosas en tanto impiden concentrarse en las particularidades de cada caso. Puede pensarse, por ende, que un mecanismo más amplio, adaptativo y que funcione a partir de reglas mínimas y principios orientadores, puede mostrarse como un modelo más eficiente en términos de garantía del goce efectivo de los derechos de las comunidades interferidas por los procesos de explotación.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

Referencias

- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Mecanismos de participación ciudadana. https://www.anh.gov.co/media/images/MECANISMOS_DE_PARTICIPACION_CIUADANA.original.jpg
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Plan Mecanismos de Participación Ciudadana. <https://www.anh.gov.co/es/atenci%C3%B3n-y-servicios-a-la-ciudadan%C3%ADa/canales-de-atenci%C3%B3n/plan-mecanismos-de-participaci%C3%B3n-ciudadana/>
- Agencia Nacional de Minería. Concepto 20221200282951. https://www.anm.gov.co/sites/default/files/NormativaConceptosJuridicos/Concepto_20221200282951_Web.pdf
- Agencia Nacional de Minería. Actas de Concertación y Audiencias. <https://www.anm.gov.co/?q=actas-de-concertacion-y-audiencias>
- Ayala Mosquera, H., Díaz Muegue, L., Gómez-Fernández, S., González Rubio, H, Ipaz Cuastumal, S., Macías Gómez, L, Madriñán Valderrama, L., Montoya Núñez, C., Peña Ortiz, J., Pinto Martínez, E., Saldarriaga Isaza, C., Valencia Núñez, A., Valladares Salinas, R. y Vásquez Ochoa, O. (2016). Identificación y análisis del impacto de la actividad minera y la explotación ilícita en los ecosistemas del territorio nacional. <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/3-identificacin-de-impactos-expertos.pdf>
- Bastida A., Bustos L. (2017). Hacia regímenes para la gestión sostenible de los recursos minerales. Reformas constitucionales, derecho y jurisprudencia en América Latina. International Development Policy | Revue internationale de politique de développement https://www.researchgate.net/publication/323546048_Hacia_regimenes_para_la_gestion_sostenible_de_los_recursos_minerales_Reformas_constitucionales_derecho_y_jurisprudencia_en_America_Latina
- Bonet, J., y Urrego, J. (2014). El Sistema General de Regalías: ¿mejoró, empeoró o quedó igual. Documentos de trabajo sobre economía regional, 198, 1-44.

<http://santandercompetitivo.org/media/48e0d5f247c843e40bef5e492f0160c529304017.pdf>

- Botero, M.E., Hofman, J.M, Hernández, D.E., y Pico M.J. (2015). Regalías y desequilibrios territoriales en Colombia: una brecha que no se cierra. Documentos de trabajo. Bogotá. Universidad del Rosario, Centro de Estudios Políticos e Internacionales. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11551/DI%2047%20web.pdf>
- Dietz, K. (2018). Consultas populares mineras en Colombia: Condiciones de su realización y significados políticos. El caso de La Colosa. Colombia Internacional, 93: 93-117. <https://doi.org/10.7440/colombiaint93.2018.04>.
- CEPAL, N. U. (2022), Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/S2200798_es.pdf
- Constitución Política de Colombia (1991). Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 #41. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3729>
- Constitución Política de Colombia (1991). Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 #106. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3719>
- Durango Clavijo, J. (2020.). La consulta popular como mecanismo de participación ciudadana frente a las decisiones en materia de minería en los municipios. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3636>
- Estupiñán Achury, L. (2012). Desequilibrios territoriales: estudio sobre la descentralización y el ordenamiento territorial colombiano. Una mirada desde el nivel intermedio de gobierno. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3407/LilianaEstupinanAchury-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Estupiñán Achury, L. (27 de mayo de 2021). La organización territorial de Colombia. Una lectura a 30 años de la constitución política de 1991. Revista Electrónica Cuadernos Constitucionales (ISSN: 2660-9231). <https://ojs.uv.es/index.php/cuadernosconstitucionales/article/view/19052>

- González Gil A. (2019). Minería y movilizaciones sociales en Colombia: consultas populares y derecho al territorio. *Política y Sociedad*, 56(1), 87-105.
- Henaó, J. C., y Espinosa, A. C. G. (2016). *Minería y desarrollo. Tomo 4: Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana*. Books.
- Hincapié, S. (2017). Extractivismo, consultas populares y derechos políticos. ¿El renacimiento de la democracia local en Colombia?. *Reflexión Política*, vol. 19, núm. 37, enero-junio, 2017, pp. 86-99. <https://www.redalyc.org/journal/110/11052397007/html/>
- Leiva Ramírez, E. Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia, *Derecho del Estado* n.º 35, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2015, pp. 41-63. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.03>
- Melo, J.O. (2017). *Historia mínima de Colombia*. Bogotá, Panamericana Editorial.
- Mundial, B. (2003). *Grandes Minas y la Comunidad: efectos socioeconómicos en Latinoamérica, Canadá y España*. Banco Mundial/Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Ottawa, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Ottawa, Canadá.
https://www.researchgate.net/publication/311821600_Grandes_Minas_y_La_Comunidad_Efectos_Socio_economicos_y_ambientales_en_Latinoamerica_Canada_y_Espana
- Pérez, M. M., y Betancur, A. (2016). Impactos ocasionados por el desarrollo de la actividad minera al entorno natural y situación actual de Colombia. *Sociedad y Ambiente*, (10), 95-112. <https://www.redalyc.org/pdf/4557/455746534005.pdf>
- Robledo Silva, P. (2019). La autonomía territorial como forma de reconocer la existencia de particularidades dentro del Estado Unitario. En “Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. Tomo I, Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa. Universidad Externado de Colombia. Recuperado a partir de https://www.researchgate.net/publication/336146147_La_autonomia_territorial_como_forma_de_reconocer_la_existencia_de_particularidades_dentro_del_estado_unitario

- Nader Orfale, R. (2014). Descentralización, participación ciudadana y gobierno local en Colombia. *Advocatus*, ISSN-e 2390-0202, ISSN 0124-0102, N°. 22, 2014, págs. 25-40. Recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5621441>
- Osorio, L. y Torres, Y. (2017) “¿Prohibir la minería desde lo local? Autonomía territorial en la regulación de los usos del suelo y protección del medio ambiente.” Medellín, Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/10426>
- Robledo Silva, P. (2019). La autonomía territorial como forma de reconocer la existencia de particularidades dentro del Estado Unitario. En “Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. Tomo I, Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa. Universidad Externado de Colombia. https://www.researchgate.net/publication/336146147_La_autonomia_territorial_como_forma_de_reconocer_la_existencia_de_particularidades_dentro_del_estado_unitario
- Registraduría Nacional del Estado Civil. Histórico Consultas Populares. www.registraduria.gov.co/-Historico-Consultas-populares-.html
- Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de Batalla: Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Panamericana Editorial.
- Valencia-Tello, D. C., y Karam De Chueiri, V. (2014). Descentralización y re-centralización del poder en Colombia. La búsqueda de equilibrios entre la nación y las entidades territoriales. *Dikaion*, 23(1), 171–194. Recuperado a partir de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/3606>

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-180-94. M.P. Hernando Herrera Vergara. 14 de abril de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-221-97. M.P. Alejandro Martínez Caballero. 29 de abril de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia C-089-01. M.P. Alejandro Martínez Caballero. 31 de enero de 2001.

- Corte Constitucional. Sentencia C-579-01. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. 5 de junio de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia T-123-09. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. 24 de febrero de 2009
- Corte Constitucional. Sentencia C-149-10. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 4 de marzo 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-889-12. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 30 de octubre de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia C-123-14. M.P. Alberto Rojas Ríos. 5 de marzo de 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia C-145-15. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. 6 de abril de 2015.
- Corte Constitucional. Sentencia C-150-15. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. 8 de abril de 2015.
- Corte Constitucional. Sentencia C-035-16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. 8 de febrero de 2016.
- Corte Constitucional. Sentencia SU 095-18. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 11 de octubre de 2018.
- Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. 15 de noviembre de 2018.
- Corte Constitucional. Sentencia C-053-19. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 13 de febrero de 2019.
- Corte Constitucional. Sentencia C-189-19. M.P. Alejandro Linares Cantillo. 9 de mayo de 2019.