

JULIANA DURANGO CLAVIJO

LA CONSULTA POPULAR COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN  
CIUDADANA FRENTE A LAS DECISIONES EN MATERIA DE MINERÍA EN  
LOS MUNICIPIOS

Maestría en Derecho de Estado con Énfasis en Gobierno y Desarrollo de las  
Entidades Territoriales

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO DE ESTADO CON ÉNFASIS EN GOBIERNO Y  
DESARROLLO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Secretaria General: Dra. Martha Hinestroza Rey

Director Departamento de  
Derecho Administrativo: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de Tesis: Dr. Julián Andrés Pimiento Echeverri

Examinadores: Dr. Juan Carlos Covilla Martínez

Dr. Samuel Baena Carrillo

## **Resumen**

El problema central del presente artículo monográfico reside en la pregunta: ¿Cómo articular en Colombia la consulta popular como instrumento de la democracia participativa con las decisiones nacionales de explotación minera, para lograr con ella una eficacia preventiva en materia ambiental? Después de la sentencia C053 de 2019, la consulta popular perdió su carácter vinculante en materia de minería. Se identifica que la participación ciudadana y la minería son dos hechos de gran relevancia para el Estado. La primera, como objeto del derecho constitucional y el segundo, como fuente directa de la dinámica económica del país.

Es así que en la actualidad se buscan los mecanismos legales e idóneos para armonizar ambos conceptos, con el fin de resolver los conflictos existentes entre las entidades territoriales, el Gobierno nacional, la población y la industria del sector minero, que se han convertido en el escenario de inseguridad jurídica y conflictividad social.

En este entendido, este análisis se centra en la consulta popular y en los fallos más recientes de la Corte Constitucional que comprometen las decisiones de la población referidas a la explotación y exploración minera de sus municipios; se revisa brevemente dicho mecanismo en algunos países de Latinoamérica; y por último, se plantea la armonización de las actividades mineras con los derechos de los ciudadanos, el uso del suelo y la propiedad nacional sobre el subsuelo, para concluir con la necesidad urgente que tiene Colombia de crear e implementar un mecanismo funcional en el que confluyan todos los actores directos e indirectos en la problemática de explotación minera.

## Contenido

<u>Introducción</u> .....	4
<u>I. La consulta popular como mecanismo de participación ciudadana</u> .....	7
<u>1.1. BREVE REFERENCIA A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA</u> .....	7
<u>1.2 MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA</u> .....	11
<u>1.3 ANÁLISIS PARTICULAR DE LA CONSULTA POPULAR EN MATERIA MINERA</u> .....	14
<u>II. La consulta popular en el Derecho Comparado</u> .....	19
<u>III. Armonización de las actividades mineras con los derechos de los ciudadanos, el uso del suelo y la propiedad nacional sobre el subsuelo</u> .....	26
<u>3.1 LA CONSULTA POPULAR Y LA ARMONIZACIÓN CON LAS ACTIVIDADES MINERAS</u> 26	
<u>3.2 ENTRE EL DERECHO COLECTIVO Y EL DESARROLLO ECONÓMICO</u> .....	31
<u>3.3 ENTRE EL USO DEL SUELO Y LA PROPIEDAD DEL ESTADO SOBRE EL SUBSUELO</u> ..	33
<u>IV. Conclusión</u> .....	39
<u>Referencias</u> .....	45

### Introducción

La Consulta Popular es un mecanismo de participación democrática del constituyente primario, que permite a los ciudadanos incidir en las disposiciones que el Gobierno nacional toma frente a su vida económica, social, administrativa, ambiental y cultural. La Constitución Política de Colombia la consagra como valor de gobernanza y legitimidad del Estado.

La Carta Política colombiana se refiere directamente a la consulta popular en los artículos 103 y 105; la Ley 134 de 1994 contempla en los artículos 50 a 57 este mecanismo de participación ciudadana y la Ley estatutaria 1757 de 2015 regula la promoción y protección del derecho a la participación.

La Consulta Popular está diseñada para que los ciudadanos participen en temas de interés nacional, departamental y municipal, permitiendo que decidan sobre el territorio que habitan. Para analizar la problemática de la pérdida de la consulta popular como instrumento de decisión vinculante en materia de minería, es necesario mencionar las causas que han llevado al país a esta coyuntura institucional y social.

Inicialmente se puede hablar del auge que vive Colombia en asuntos mineros desde la crisis de las hipotecas de Wall Street en 2008, sumando a ello las problemáticas de la minería tradicional, las confrontaciones que genera la minería ilegal y la propagación de los intereses empresariales. Seguidamente, se puede mencionar otro tema álgido, como son las competencias de las entidades territoriales y de nivel nacional que, si bien parecen claras en la Constitución, contempla que las decisiones referentes al suelo le pertenecen al municipio y las referentes al subsuelo le pertenece a la nación, en el momento de tomar decisiones no se logra la armonización de la que hablan las Altas Cortes, una armonización que contenga los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (Artículo 288 de la Constitución Política de Colombia).

Por esta razón, se pueden vislumbrar algunos de los motivos que llevan a las comunidades a utilizar la consulta popular como un mecanismo para ser escuchadas y que sus decisiones sobre el uso del suelo y el subsuelo sean respetadas, así que, de ellas se derivan sus economías, su cultura, su ambiente, entre otros.

El problema jurídico que se procura desarrollar en el presente artículo monográfico está encaminado a buscar y sugerir estrategias para que la Consulta Popular pueda ser el mecanismo de coordinación que acerque las

comunidades a la toma de decisiones del Estado para resolver las tensiones entre la Nación y los municipios, sin que se desconozcan los argumentos ancestrales de las comunidades de origen, después de que la Sentencia C-053 de 2019, dejara sin carácter vinculante la Consulta Popular en materia minera.

Identificando que respecto a la consulta popular en materia de proyectos mineros se da una colusión de derechos, el derecho de la nación al desarrollo económico en materia de explotación minera y el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones nacionales que puedan ir en detrimento de un desarrollo sostenible que proteja el medio ambiente, se plantea, desde la incertidumbre normativa, cuáles son los mecanismo de participación ciudadana que generarían realmente efectos vinculantes a la hora en que el Gobierno Nacional o las Entidades Territoriales tomen decisiones que puedan afectar o favorecer a las comunidades en el espectro general de sus vidas en materia minera.

Cuando se hace un sondeo de la jurisprudencia, se identifican las cinco sentencias más relevantes en el tema, que son la Sentencia C-395 de 2012, la Sentencia C-123 de 2014, la Sentencia T-445 de 2016, la Sentencia SU095 de 2018 y la Sentencia C-053 de 2019; pero se infiere del antagonismo que se presenta entre ellas, que no dan una solución definitiva y contundente a la participación de la ciudadanía para tomar decisiones acerca de la minería.

En este entendido y en aras de dar respuesta al problema jurídico planteado, este estudio se centra en la consulta popular como instrumento de participación y sus efectos en materia de minería. Se puede identificar si existe falta de eficiencia, efectividad y nula vinculación de las decisiones que tienen los ciudadanos frente al tema o si bien es efectiva y vinculante.

En dicho sentido, la estructura del trabajo de investigación y los principales puntos por desarrollar se enmarcarán en los siguientes acápite:

En el primer capítulo, se desarrolla un análisis de los mecanismos de participación ciudadana, en especial de la consulta popular; en el segundo se revisa brevemente dicho mecanismo en algunos países de Latinoamérica, y por último, se analiza la armonización de las actividades mineras con los derechos de los ciudadanos, el uso del suelo y la propiedad nacional sobre el subsuelo, para concluir en la necesidad urgente que tiene Colombia de crear e implementar un mecanismo funcional en el que confluyan todos los actores directos e indirectos en la problemática de explotación minera.

## **I. La consulta popular como mecanismo de participación ciudadana**

### **1.1 BREVE REFERENCIA A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA**

La promulgación de los derechos de participación ciudadana se remonta en la historia a diferentes elementos normativos, destacándose entre los primeros acercamientos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en el que se establecía que las personas poseen los derechos de participar en la vida cultural, en la protección de aquellos intereses morales y materiales, y asimismo, tienen el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles tal como lo consigna el artículo 13 y 17 de la Constitución Nacional de 1991. Sumado a lo anterior, a través del artículo 20, de la misma, se define que los ciudadanos tienen derecho a la participación en el gobierno y al sufragio, en una dinámica genuina, libre de presiones o dádivas y de carácter secreto.

Ahora bien, el artículo 28 de la Declaración establece derechos y deberes, también dispone de un alcance para los primeros. En este orden se define que los derechos de los hombres se encuentran limitados por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el aseguramiento del bienestar general y del desarrollo democrático.

Por su parte, y a través del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (ONU,1966), se estableció que todos los ciudadanos tienen derecho y oportunidades para la participación en asuntos públicos, para votar y ser elegidos en elecciones y para tener acceso a condiciones de igualdad durante el desarrollo de las funciones públicas, tal y como se establece en el artículo 25 de la Constitución Nacional.

De acuerdo con lo anterior, lo que establece el Pacto se asocia con la implementación de dinámicas democráticas en las que puedan participar los ciudadanos sin discriminación alguna, explícitamente enfocadas en la implementación de procesos de sufragio, el derecho a elegir y ser elegido en una atmósfera de igualdad de oportunidades y condiciones.

Es así que, en Colombia, desde 1991 con base en la Constitución del Estado Social de Derecho, para satisfacer las demandas y necesidades sociales del pueblo colombiano, se reconocieron garantías constitucionales centradas en las nuevas tendencias mundiales de protección de derechos humanos, en el que se considera la participación como un valor constitucional y un principio básico de la democracia deliberante y participativa.

Por los motivos anteriores, el ordenamiento constitucional colombiano lleva a la obligatoriedad de propiciar la aplicación de herramientas democráticas para la toma de decisiones sobre los temas que afectan a la sociedad en



general. Esta postura es a su vez respaldada por lo descrito en el artículo 2 de la Constitución, a través del cual se busca facilitar la participación de todos los ciudadanos en aquellas decisiones que se consideran que pueden afectar la vida económica, política y cultural de la nación (Sentencia C-150, 2015).

Además de los mecanismos de planeación participativa, para ciertos sectores minoritarios se conformaron circunscripciones electorales especiales, con lo cual se promueve la participación política de actores sociales, entre los que se encuentran los movimientos indígenas y los afrodescendientes, población sujeta a protección especial por parte del Estado. Desde esta perspectiva, se abrió paso a movimientos ciudadanos que hasta el momento no se sentían representados por ningún partido político según Ramírez & Pinzón (citado por Mosquera & Cuesta, 2016).

Bajo la Ley colombiana 152 de 1994 que tiene como principio general la participación ciudadana y la Ley 850 de 2003 que regula las veedurías ciudadanas, se dieron las bases para que se establecieran los planes de desarrollo.

Ha surgido una paradoja que consiste en que los medios legales han sido un obstáculo para la participación ciudadana, considerando que se constituyeron instancias que en diferentes oportunidades limitaron el campo de acción de la participación y la llevaron a propósitos de naturaleza consultiva, informativa y de fiscalización, pero con poco peso en temas coyunturales como la destinación del presupuesto y la gestión del desarrollo, de acuerdo con Velásquez & Gonzales (2003) y Cogollos & Ramírez (2007), quienes aseguran que en el proceso de reconocimiento de los derechos de participación ciudadana se han presentado obstáculos como la falta de

voluntad política, la no expedición oportuna de la normatividad o la definición de trámites que desvirtúan la aplicación de los mismos.

En lo que respecta a elementos jurídicos expuestos por la Corte Constitucional de Colombia, relacionados con la participación ciudadana, en la Sentencia T-469 de 1922 se resalta esta como un derecho constitucional de carácter inmediato y susceptible de protección a través de la acción de tutela.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana, a través de la Sentencia C-103 de 1996, también describe la participación ciudadana como un principio fundamental del Estado, para lo cual la Corte establece que el concepto se desprende de los contenidos de los artículos 1 y 2 de la Constitución del 91. En este contexto, se define que la participación ciudadana debe tener medios y espacios que posibiliten intervenciones de los asociados en la toma de decisiones.

En la Sentencia C-337 de 1997 la Corte estableció la conjugación de la participación ciudadana y la democracia, por lo cual es necesaria la existencia de recursos a través de los cuales se logre convertir al actor social en un promotor en la toma de decisiones significativas. Con tal propósito, la Corte dictamina que esta clase de participación se puede dar de manera directa o indirecta, pero que sigue siendo el sufragio una institución esencial del sistema democrático.

En este orden de ideas, la toma de decisiones públicas importantes puede llegar a considerarse como un derecho consecuente con las pretensiones democráticas. Esta postura está respaldada a su vez en las Sentencias de la Corte Constitucional SU-1122 de 2001; T-473 de 2003; C-224 de 2004, y

C-230 de 2018, para lo cual es indispensable formar ciudadanía interesada por los asuntos públicos.

## **1.2 MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA**

Los mecanismos de participación ciudadana contemplados en la Constitución Política de Colombia son el voto o sufragio universal, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato; la Ley 134 de 1994 hace mención al respecto. Esta serie de mecanismos fue respaldada en el Decreto 1757 de 2015. A continuación, se hace un análisis generalizado de cada uno de estos mecanismos, con hincapié en el tema que atañe a este escrito: la consulta popular en temas asociados a la toma de decisiones en torno a actividades mineras.

Así, a través de la regulación de la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015, se faculta a los ciudadanos para ejercer la democracia participativa con las siguientes herramientas:

Revocatoria del mandato. Es un derecho político mediante el cual los ciudadanos pueden dar por culminado el mandato popular de sus representantes. Este mecanismo se fundamenta en el principio constitucional de soberanía popular y el derecho de todos los ciudadanos de controlar el poder político. En función de lo expuesto en la Ley 134 de 1994 es aplicable exclusivamente a gobernadores y alcaldes. Este precepto se mantiene en la Ley 1757 de 2015, que define que la revocatoria es un derecho político a través del cual los ciudadanos dan por culminado el mandato conferido a un gobernador o alcalde.

El sufragio universal. Se trata de un derecho de naturaleza constitucional y política para la elección de los cargos públicos de elección popular que la Constitución señala en su artículo 260.

Las iniciativas populares legislativas y normativas. Su naturaleza política permiten a los ciudadanos presentar, de acuerdo con el sustento regulatorio en la Ley 134 de 1994, un proyecto de acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, una ordenanza ante las asambleas departamentales, un acuerdo ante los concejos municipales o distritales, una resolución ante las juntas administradoras locales y demás corporaciones de las entidades territoriales.

El plebiscito. De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 134 de 1994, se constituye como el “pronunciamiento del pueblo convocado por el presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del ejecutivo” (Biscaretti, 1994, citado en la Sentencia C-180, 507). La Sentencia señala que el plebiscito es un mecanismo por el cual el pueblo es el encargado, en definitiva, de definir su propio destino. De allí que sustenta que su intención u objetivo no es refrendar unas políticas ya adoptadas, sino establecer el rumbo a seguir.

Por su parte, García (1997) muestra una posición contraria, ya que considera que el plebiscito promueve la desinformación que llega al pueblo, en parte potencializada por la manipulación política que en ocasiones se vale de la capacidad de tergiversación de los diferentes medios de comunicación, de manera que el mecanismo resulta mediatizado y subordinado al interés político.

En este sentido, García (1997) afirma que “alude a esa profunda desinformación en que suele llegar el pueblo a los eventos plebiscitarios y asevera que ello, sumado a unos partidos políticos estrechamente ligados a la imagen televisiva y con gran capacidad de manipulación, pueden conducir a que dichos mecanismos sean mediatizados por las maquinarias partidistas y convertidos en un instrumento adicional del accionar político” (p.37).

El referendo. Se asocia con el llamado que se hace a la ciudadanía para que apruebe o rechace un proyecto de naturaleza normativa. Según esta consideración, el referendo se clasifica en nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local, y se incluyen aquellos del orden constitucional, legal o de neto interés público.

Ahora bien, debe señalarse que de este tipo de iniciativas se encuentran excluidas la derogación de leyes aprobadas en los tratados internacionales y aquellas que se enfocan en la definición del presupuesto, las de naturaleza fiscal o tributaria.

En cuanto a la consulta popular, tuvo sus primeros avistamientos en el Acto Legislativo N°1 de 1986 y fue desarrollada por la Ley 42 de 1989, en la cual se reglamentaba la consulta popular de carácter municipal o local (Ramírez Cleves & F.A., 2016). Posteriormente, como ya se ha mencionado, se estableció en la Constitución Política de 1991.

La consulta popular es el mecanismo mediante el cual una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional o territorial es sometida por el presidente de la República, el gobernador o el alcalde a consideración del pueblo para que este se pronuncie al respecto. De acuerdo con esta figura, el presidente de la República, junto con la firma de los

ministros y el Senado, puede usar esta modalidad de consulta con el fin de que el pueblo decida un asunto de trascendencia nacional. Así mismo, los gobernadores y alcaldes podrán hacer llamados a consultas para que el pueblo se pronuncie sobre asuntos de carácter departamental, municipal, local o distrital. La Ley 1757 de 2015, a su vez, menciona que puede llevarse a cabo ante la iniciativa de los ciudadanos, siguiendo el procedimiento general de consulta.

El cabildo abierto. Se trata de un mecanismo de democracia participativa que tiene como objetivo construir canales de diálogo horizontal entre los ciudadanos y las autoridades locales, en temas y problemas de su interés, sean estas de naturaleza nacional o departamental, con lo cual se promueve el control del poder público directo entre la administración y los ciudadanos (Función Pública, 2017) y (Sentencia C-150, 2015).

### **1.3 ANÁLISIS PARTICULAR DE LA CONSULTA POPULAR EN MATERIA MINERA**

En concordancia con lo anterior, la consulta popular es implementada en la nación, departamentos, municipios, distritos y a nivel local, en relación con una iniciativa de carácter trascendental para los intereses de la población. En cuanto a los temas que afectan directamente al ambiente, especialmente exploración y explotación, la Corte Constitucional ha contemplado que las problemáticas relacionadas con el uso del suelo y subsuelo no hacen parte de la decisión que compete a dicho mecanismo, considerando que se trata de temas en protección de los ciudadanos.

En cuanto al procedimiento de implementación de la consulta popular, en una primera lectura parece claro, pero las realidades sobre su materialización no

lo son porque, aunque desde el punto de vista de los efectos de la consulta, se menciona que cuando el pueblo adopte una decisión el órgano competente deberá adoptarla, algunas Sentencias posteriores la dejan sin efectividad.

Desde el año 2013, en Colombia se han adelantado 10 consultas populares en temas mineros. Los ciudadanos participantes han votado respondiendo NO a la minería, en sus municipios. Los casos son: en el departamento del Tolima, los municipios de Piedras y Cajamarca; en Cundinamarca, los municipios de Arbeláez, Cabrera y Fusagasugá; en Casanare, el municipio de Tauramena; en el departamento de Santander, los municipios de Sucre y Jesús María; en el departamento del Meta, el municipio de Cumaral y en Quindío, el municipio de Pijao (González, 2019).

En otro escenario, en términos jurídicos, económicos y sociales, el Gobierno colombiano ha descalificado la obligatoriedad de la implementación; y el eje de dicha tesis radica en que se afecta el ingreso nacional (Torres, 2017).

Es así que para el caso de Cajamarca en torno a la explotación de oro se constituyó un movimiento de los habitantes con motivos e intereses distintos, en el que surgieron temores en torno a la contaminación del agua, el desplazamiento de la producción agrícola, el deterioro de las formas de vida y de las actividades económicas establecidas y la reducción de la influencia política en los procesos mismos de desarrollo local y regional (RIDH, 2017).

Entre los elementos o argumentos que sustentaban la no implementación de este tipo de actividades se destacan los derechos políticos que fueron consagrados a través de la Constitución de 1991 y los demás mecanismos de democracia directa legalmente establecidos que proveen de legitimidad política para la implementación del mecanismo en temas mineros; aunque

realmente los espacios políticos para su realización no estén dados. La decisión tomada por el pueblo tuvo como resultado la parálisis del proyecto de explotación.

A esto se sumó el movimiento pro-consulta a través del cual se constituyeron mecanismos directos e indirectos de difusión que ayudaron al intercambio de estrategias para la movilización, la difusión de la información y hasta la creación de alianzas con otros actores de carácter nacional e internacional (Dietz, 2018).

Dentro de los argumentos que citan los autores asociados con la implementación de la consulta popular, destacan el Decreto 934 de 2013 (Garcés & Rapalino, 2015) a través del Código de Minas - Ley 685 de 2001, por el cual se reglamentó el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 o Código de Minas, estableciendo que ninguna autoridad regional, seccional o local puede establecer zonas del territorio que queden de forma permanente o transitoria excluidas de actividades mineras, precepto aplicado incluso a los POT (Planes de Ordenamiento Territorial).

Referente a lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Minas, esta ha sido ampliamente cuestionado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que en la Sentencia C-123 de 2014 estableció que las autoridades nacionales deben acordar con las autoridades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.



La sentencia en mención puede ser entendida bajo dos interpretaciones: la primera de ellas se relaciona con el sector público y el sector privado de la industria minera, que plantea que la Corte confirma la competencia en manos del ejecutivo para resolver dicho conflicto. La segunda se encuentra en lo expuesto por algunos magistrados de la Corte, quienes han considerado que la Corte debe recalcar el papel otorgado constitucionalmente a las autoridades territoriales en las decisiones de explotación de recursos naturales, la autonomía de los entes, las competencias para regular el uso del suelo y la participación de las comunidades en las decisiones que pueden afectar el entorno (Sánchez, 2015).

En el caso de la consulta de Tauramena, Casanare, esta se llevó a cabo para sacar la explotación de hidrocarburos de sus territorios. Propiciada por la alcaldía municipal, la consulta popular obtuvo un rotundo no.

Ahora bien, aunque la decisión aseguraba un no al desarrollo de las actividades de exploración, una demanda de Ecopetrol anuló el acuerdo del concejo municipal. El sustento del juzgado primero administrativo de Yopal contempló los fallos de la Corte Constitucional, que restringían la autonomía de los entes territoriales.

El juez del caso es enfático en asegurar que la Constitución autoriza a los gobernantes y alcaldes realizar consultas que cumplan con determinados requisitos, pero a su vez existe cierta nulidad porque los entes territoriales no cuentan con la competencia para disponer sobre temas de explotación de los territorios, dado que es a su vez una actividad de interés nacional (Pineda Ruiz, 2016).

La Sentencia de unificación SU-095 de 2018 dejó atrás las decisiones tomadas anteriormente en la Sentencia C-395 de 2012, la Sentencia C-123 de 2014, la Sentencia T-445 de 2016, y definió una línea jurisprudencial sobre el alcance de la consulta popular.

La sentencia enmarca el mecanismo de participación desde los principios constitucionales, considera y pondera la competencia de los actores, el interés de la ciudadanía y el espacio geográfico, por lo que concluye y ordena que la consulta popular no sea el mecanismo para prohibir actividades mineras en los territorios.

La Sentencia de la Corte Constitucional C053 de 2019 falla a favor de la demanda por inconstitucionalidad del artículo 33 de la Ley 136 de 1994 que contempla lo siguiente: “Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio” (Artículo 30 y ss. Ley 388 de 1997).

La Sentencia en mención determina: “En síntesis, a juicio de la Corte no se vulnera el derecho fundamental a la participación ciudadana cuando una Corporación Autónoma Regional no atiende una consulta popular del nivel municipal, para efecto de la expedición de una licencia ambiental, pues se trata de esferas competenciales diferentes, conforme a lo previsto en el artículo 105 de la Constitución, la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana (art.51) y las normas que regulan el sistema de protección al medio ambiente. (...) Sin embargo, como fue explicado, el alcance de este derecho se sujeta a los límites que la propia Constitución y la Ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana, consagran.

Uno de esos límites consiste, precisamente, en el ámbito restringido de las consultas de orden municipal, las cuales sólo pueden versar sobre asuntos de competencia del respectivo distrito o municipio, de manera que el carácter vinculante de la decisión comunitaria se circunscribe a la esfera de lo local” (Sentencia C053 de 2019).

De todo el anterior recuento jurisprudencial se concluye que, dentro del marco de la democracia participativa, la consulta popular es un mecanismo idóneo para que la ciudadanía decida, a través de una respuesta afirmativa o negativa, sobre asuntos nacionales, departamentales, municipales, distritales o locales. No obstante, dependiendo del nivel a tratar, la consulta se encuentra limitada por reparto de competencias establecidas en la Constitución y en la Ley.

No obstante, la Corte identificó que en la actualidad no existen mecanismos idóneos y vigorosos para garantizar tanto la participación ciudadana como la forma de hacer compatible los principios de coordinación y concurrencia de la Nación y las entidades territoriales. Por tanto, la Sala Plena de la Corte exhortó al Congreso de la República para que en el menor tiempo defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio, y estableció los criterios constitucionales que debían ser tenidos en cuenta en la definición e implementación de los mismos, por parte del legislador.

## **II. La Consulta Popular en el Derecho Comparado**

En países como Ecuador, Perú, Chile y México, de gran actividad minera, se han implementado mecanismos de participación ciudadana. En Ecuador se les conoce como democracia semidirecta, y a través de ellos se busca

entregar a la ciudadanía mayores espacios para ejercer sus derechos políticos.

Salgado (2012) advierte que estos procedimientos permiten involucrar a la población en asuntos que interesan a toda la comunidad política, lo cual, en su criterio, deriva en que el sistema indirecto o de representación alcance un mayor grado de democratización (OEA, 2010).

Los mecanismos de democracia semidirecta no surgen como un sistema en el cual los ciudadanos deciden el destino del gobierno de manera total y directa, sino que constituyen herramientas que permiten, en casos determinados, debidamente establecidos en el ordenamiento jurídico, pronunciarse sobre cuestiones trascendentes pero limitadas si se toma en cuenta el ámbito total de gestión del gobierno (Lissidini & Zovatto, 2008).

Por consiguiente, los mecanismos de participación semidirecta, lejos de presentarse como contradicción a la democracia representativa o regímenes indirectos, permiten la apertura de espacios democráticos en los cuales el pueblo es el legitimado para ejercer el poder de ciertas decisiones gubernamentales, por lo que se debe afirmar que la correcta aplicación de estos procedimientos constituye un verdadero complemento al régimen de democracia indirecta (Molina Vega & Pérez Baralt, 2010).

Dentro de los mecanismos semidirectos se encuentran incorporados los de la consulta popular. Este mecanismo se sustenta directamente en la soberanía popular, motivo por el cual, a través del uso de consultas populares, los representantes recurren al titular de la soberanía, en otras palabras, a los ciudadanos, para que estos decidan lo que estima más conveniente (Trujillo, 2006).

Igualmente, como parte de las consultas populares, la jurisprudencia restringe a dos tipos de mecanismos la participación ciudadana, el referendium y el plebiscito. El primero es la institución de democracia semidirecta a través de la cual se somete a la voluntad del pueblo una ley o una norma jurídica de carácter general, para que los ciudadanos la aprueben o la rechacen. Por su parte, el plebiscito es un voto de confianza personal a un hombre que ejerce el gobierno, así como a su gestión. La consulta se la realiza sobre un acto de naturaleza gubernamental, es decir, no se la plantea en torno a un cuerpo legislativo concreto, sino a una decisión política, aunque podría tomar forma jurídica (Polo, 2012).

La decisión popular tuvo el carácter de obligatoria, motivo por el cual se incluyó por primera vez el requisito de que la mayoría absoluta, la mitad más uno, se pronuncie a favor, para que la decisión se convierta en un mandato vinculante. Aun así, no se estableció ni en la Constitución ni en la ley, si la mayoría absoluta del total correspondía a los empadronados, los que sufragaron, o de quienes emitieron un voto válido, excluyendo en dicho caso los votos nulos y blancos. Ante esta situación, el reglamento determinó que se requiere la mayoría absoluta de votos.

En cuanto a la obligatoriedad de pronunciarse en la consulta popular, mantuvo las mismas características del sufragio, y, en consecuencia, el artículo 27 de la Constitución, en el que se establece que es obligatorio para los que sepan leer y escribir, facultativo para los analfabetos y para los mayores de sesenta y cinco años. Tendrán derecho a voto los ecuatorianos que hayan cumplido dieciocho años de edad y se hallen en el goce de los derechos políticos, con exclusión de la fuerza pública.

En el caso de México, una de las medidas de participación ciudadana corresponde a la consulta popular, es aplicable para iniciativas de trascendencia nacional. Su convocatoria está sujeta a la aprobación del 33% de las cámaras del Congreso o del 2% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores.

En cuanto a los temas susceptibles a este tipo de consulta, se incluyen los actos de carácter legislativo del Congreso y de los administradores del ejecutivo federal, exceptuando aquellos asociados a la restricción de derechos humanos reconocidos por la Constitución; los principios consagrados en el mismos temas electorales; los ingresos y gastos del Estado, la seguridad nacional; y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada Permanente.

Sumado a lo anterior y en lo que atañe a temas mineros, una manera de participación ciudadana en esta clase de proyectos se da a través de la conformación del denominado Consejo de Cuenca (Participación Pública, Minería y Medio Ambiente, 2015), que se encarga de la gestión del agua en México. Este organismo es una unidad territorial y administrativa, constituida igualmente por la sociedad civil y autoridades que sirven de apoyo a la gestión del agua. El segundo organismo que participa en estos temas son los consejos estatales forestales que son instancias consultivas en los estados en los que participan representantes de los distintos sectores involucrados en la actividad y conservación forestal (Ochoa-Pineda, et al, 2015).

Uno de los países suramericanos con un amplio desarrollo de temas mineros es Perú. Actualmente no cuenta con mecanismos de participación ciudadana asociado a la explotación. Esta deficiencia fue identificada por la Defensoría del Pueblo de dicho país, tras identificar 99 conflictos activos en el 2009 que

se relacionan con el impacto socioambiental de los diferentes proyectos adelantados por el Gobierno nacional.

De acuerdo con Castillo (2009), una característica central en estos conflictos es la inexistencia de canales formales de comunicación a través de los cuales la población pueda expresarse e influir en las decisiones con respecto a los proyectos mineros. Con la intención de contrarrestar dicha deficiencia, poblaciones locales, en conjunto con organismos de la sociedad civil y los gobiernos locales, han promovido la implementación de mecanismos para manifestar sus opiniones y decisiones sobre la actividad minera.

Con el objetivo de contrastar los mecanismos de participación ciudadana asociados con temas mineros, se consideran los casos de Chile y Perú, en vista de que son dos de los países en los que las actividades mineras se convierten en fuentes fundamentales de su producto interno bruto.

En el caso de Chile el mecanismo de participación es un principio, promotor de la Ley de Bases del Medio Ambiente No. 19.300 (LBMA), tal y como se expone en el artículo 26: “Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten”.

Con base en lo anterior, la LBMA y el reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA) establecen a los dueños de los proyectos que deben presentar un estudio de impacto ambiental (EIA), la instrucción de publicarlo en un diario o periódico de la capital de la región o de naturaleza nacional en los próximos diez días a la presentación del EIA. A partir de esto, la Comisión

Regional de Medio Ambiente (Corema) o la Comisión Nacional de Medio Ambiente (Conama) deben remitir una copia de dicha publicación a las municipalidades y gobernantes en las regiones donde se desarrollarán las obras.

Otros mecanismos formales de participación ciudadana considerados en Chile están asociados con la Ley 19.300, a través del cual Conama garantiza las oportunidades de participación informada y organizada a los diferentes sectores sociales involucrados, dentro del plazo de 60 días establecido por la ley. Ahora, dentro de los objetivos asociados con esta clase de mecanismos se destacan: entregar la información que permita formular observaciones ciudadanas fundadas a quienes deseen presentarlas, proveer las mismas oportunidades de participación a aquellas personas, grupos y/o comunidades con menores posibilidades de acceder a la información, garantizar que las diversas opiniones se escuchen en el proceso, facilitar el diálogo e intercambio de información entre las partes involucradas como una instancia de comunicación entre ellas.

En el caso de Perú, la participación de la sociedad en temas de gestión ambiental, y en particular en el proceso de evaluación ambiental, ha sido aceptada y reconocida en el ordenamiento legal peruano a través de varias herramientas legales, aunque su implementación presente deficiencias. En dicho orden, las principales dificultades se asocian con la falta de sensibilización respecto de los beneficios que representa, el temor a la politización de sus mecanismos, la falta de experiencia participativa de la población, el centralismo y el desequilibrio de poderes entre los actores involucrados.



En consecuencia, la primera norma que reconoció el principio de participación ciudadana y el derecho a la información fue el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMA), el cual alude a la posibilidad de la población de participar en la definición de la política nacional ambiental y en la ejecución y aplicación de los instrumentos de dicha política. Así mismo se define que los estudios de impacto ambiental deben estar a disposición del público en general.

Sumado a lo anterior, se incorporan actividades de consultas, que son mecanismos que permite conocer la opinión general, intereses y aspiraciones de grupos sociales heterogéneos a través de diversas técnicas, como las asambleas y los foros de consulta, que pueden realizarse en forma directa o tradicional, y a través de medios de comunicación social o de medios no tradicionales, como el correo electrónico e internet.

De acuerdo con esto, se evidencia que la principal diferencia entre la implementación de las herramientas de participación ciudadana en temas mineros en Colombia respecto a los diferentes países latinoamericanos abordados se enfoca en el alcance del mismo. En dicho orden, los objetivos de las herramientas de participación en los demás países se han enfocado en procesos de socialización de los proyectos mineros con las municipalidades y los ciudadanos, a partir de lo cual se obtiene información que retroalimenta; pero en ningún caso se ha considerado como un método de limitación o de decisión sobre la implementación o no de los mismos.

### **III. Armonización de las actividades mineras con los derechos de los ciudadanos, el uso del suelo y la propiedad nacional sobre el subsuelo**

#### **3.1 LA CONSULTA POPULAR Y LA ARMONIZACIÓN CON LAS ACTIVIDADES MINERAS**

En los últimos años han surgido diferencias entre el abordaje de los conflictos socioambientales y el desarrollo territorial, cada vez con un mayor protagonismo; El discurso de la degradación ambiental en el planeta como parte de la crisis climática ha posicionado a grupos y movimientos ambientalistas en escenarios internacionales que son consecuentes con el desarrollo, el ambiente y los derechos humanos; esto en contraposición al modelo de desarrollo extractivista.

Ante esta posición, Murcia (2014), plantea que los ejercicios de resistencia han sido repelidos y neutralizados a través del uso de la fuerza en el caso de las manifestaciones; se han deslegitimado las causas que definen los defensores del ambiente y del territorio, usando como herramientas, en algunos casos, los discursos públicos y la estigmatización sobre las consecuencias que prevé para el país llevar a cabo dichos procesos.

El Gobierno colombiano considera que el uso del mecanismo de consulta popular puede generar efectos adversos en la economía colombiana, pues se reducirían las regalías que provienen en gran parte de las actividades mismas de extracción y explotación minera.

Como lo define Sousa (2014), la crisis ambiental se ha convertido en una amenaza a los derechos humanos y a la vida misma, por lo cual es crucial evaluar algunas prácticas que llevan al desencadenamiento de efectos en los

territorios, especialmente aquellas actividades de explotación y exploración de los recursos naturales que se apoyan en la necesidad del desarrollo económico y social de los estados.

Esta postura es consecuente con lo dispuesto por Quintana (2015), quien asegura que “el crecimiento económico, indispensable como factor, no puede ser admitido dentro de un contexto social que en su esencia y en su estructura sea violatorio de los derechos humanos. No hay desarrollo económico ni desarrollo social, concebido en términos de libertad y respeto a la dignidad humana, si no se cuenta con un claro reconocimiento a estos derechos fundamentales” (p. 490). En este entendido, es necesario generar el equilibrio entre la consulta popular como parte de la defensa del derecho de los territorios y el desarrollo económico del país.

Es necesario considerar el supuesto de Harvey (2007), quien considera que el problema fundamental del desarrollo radica en el modelo en que se sustenta: es así como un modelo neoliberal, que es una teoría de prácticas político - económicas, asegura que la manera óptima de proveer el bienestar del ser humano se enfoca en el desarrollo sin restricción de las capacidades empresariales del individuo, en el que coexista el derecho de la propiedad privada, la libertad del mercado y la libertad de comercio.

En el caso colombiano, esta situación no está lejos de la realidad; el capital privado en su gran mayoría parte de empresas extranjeras con intereses particulares que desconocen los efectos de sus políticas, pone por encima su interés económico sobre el bienestar general de los ciudadanos. Este escenario, de acuerdo con Amín y González (2013), no es algo indiferente a los dirigentes gubernamentales, quienes a pesar de conocer las amenazas; centran sus decisiones en el interés inmediato y particular.

En este punto, vale la pena aclarar que esta circunstancia no se limita a Colombia; en los países en vía de desarrollo se ha promovido la financiación de proyectos sociales a través de la tercerización de las obligaciones estatales con capital privado, a cambio de algunas facilidades y otorgamiento de licencias de exploración y explotación.

En estas condiciones, la consulta popular se ha constituido en una herramienta de empoderamiento de la población, que le provee a los ciudadanos participación en la lucha de la defensa de sus territorios y sus derechos, de tal suerte que llega a fortalecer y materializar el concepto mismo de derecho a la tierra propuesto por Sousa, quien lo relaciona como una condición misma de la vida humana y trascendental para defender el derecho a la vida misma y afrontar proyectos de extracción de recursos.

El uso de la consulta popular se había convertido en algo común antes de la Sentencia SU 095 de 2018. Este crecimiento ha llevado a la conformación de fuertes choques entre la voluntad popular y las intenciones del Gobierno nacional. Los choques que surgen no parecen tener una solución formal, aún más si se considera que en la actualidad no existe una ley en curso que lleve a solucionar este conflicto.

Por ello, la solución de estas diferencias debe radicar en el desarrollo legislativo, considerando que la ley, la Constitución y la jurisprudencia se han encargado de regular y enfocar el uso de este mecanismo, aunque subsiste una problemática no resuelta. El conflicto surge entre el proceso de negociación y la expedición de licencias y todos aquellos requisitos previos para la ejecución del proyecto, puesto que generalmente la socialización y la noticia del mismo llegan posteriormente al territorio, cuando ya se les ha dado

luz verde, la comunidad es tomada por sorpresa, no fueron parte de la decisión y ya es muy tarde para rechazar el acto mediante el cual se otorgó la licencia por la vía judicial y los efectos económicos para el Estado por las obligaciones adquiridas (Torres, 2017).

Y es que para el otorgamiento de las licencias se establece un procedimiento que se debe realizar ante la ANLA (Agencia Nacional de Licencias Ambientales), según el Decreto 1076 de 2015. En este elemento normativo existe una deficiencia, pues el trámite de solicitud de licencia ambiental no dispone en ninguna instancia la discusión del proyecto con la comunidad. Es cierto que en el conducto regular se exige la evaluación del impacto en el ambiente, se realiza un análisis de este, pero no se tiene en cuenta la posición de la comunidad frente al proyecto que se pretende llevar a cabo.

Aunque las actividades mineras se centralizan en el subsuelo, implican el uso y la alteración evidente del suelo, junto con las condiciones socioambientales y una transformación de la realidad sociocultural y económica de una región o localidad. Por este motivo, la materialización de los derechos de participación en el campo ambiental también puede impulsarse a través de diferentes mecanismos de participación, como el referendo, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa normativa o el cabildo abierto; en consecuencia, la consulta popular en el nivel municipal es consecuente con las temáticas socioambientales y se ubican en el marco de sus competencias (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445 de 2016).

Es así que la consulta popular, contemplada como mecanismo de participación constitucionalmente reconocido, se considera como una vía legítima y no solo se trata de un elemento que lleva a ejercer la autonomía territorial a través de la decisión colectiva respecto al modo de vida y las

actividades socioeconómicas en un territorio, sino que también persigue la sostenibilidad y la protección de los escenarios socioambientales en los que tiene lugar, pero en el caso minero, ha quedado sin carácter vinculante, debido a la Sentencia C-053 de 2019.

Ahora, aunque el derecho fundamental al acceso a la información es primordial para la materialización de la participación ciudadana, esta no es análoga al deber de informar el proyecto con una participación plena y efectiva, para cualquier tipo de comunidad en el que su territorio y manera de vida podría verse modificada como resultado de la actividad minera. En consecuencia, el único modo de participación que se reconoce en aquella disposición que no es materia de estudio en el presente escrito, es la consulta previa a las comunidades étnicas, la cual se ha constituido en concordancia con el derecho fundamental para la protección de su integridad cultural, social y económica; tal y como se ratifica por la Corte Constitucional en las sentencias SU-039 de 1997 y C-389 de 2016.

De acuerdo con lo anterior, para el año 2019 y 2020, se espera un crecimiento de la industria minera con base en aspectos como el aumento de la producción minera en títulos vigentes, con la expectativa de un incremento de la producción del 20% al 40% y las restricciones a las consultas populares y a los acuerdos municipales como mecanismos para vetar la minería en los territorios, además del impulso a los procesos de formalización y de sus trámites de licenciamiento ambiental (Ortega, 2019).

### **3.2 ENTRE EL DERECHO COLECTIVO Y EL DESARROLLO ECONÓMICO**

Uno de los elementos en el que se fundamenta la participación ciudadana es en el respeto por los derechos colectivos, los cuales en muchas ocasiones se contraponen al principio del crecimiento económico.

En lo que respecta a los derechos colectivos, a través de la Constitución de 1991 se promovió la configuración de un Estado que respetase los intereses de la sociedad y del ambiente. Esta premisa llevó a reconocer que el Estado social de derecho asegure la implementación de los derechos colectivos enfocados en el bien común y el mantenimiento de una sociedad armónica (Martínez, 2016).

Sin embargo, debe recalcar que en la actualidad no existe una definición única de derechos colectivos, pero se asocian como el derecho de una sociedad o comunidad, incluido el derecho a un ambiente sano. Así es como el ambiente en Colombia se encuentra protegido constitucionalmente y de forma explícita en el artículo 79 de la Constitución Política, a su vez conexo a los derechos fundamentales como la vida, tal y como se expresa en la sentencia T-154 de 2013: La conservación del ambiente no solo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud. Al efecto, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano, y dispuso el deber de todos a contribuir a tal fin, mediante la participación en la

toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros. (Sentencia T154, 2013, p.2)

Relacionando el tema con la minería, en la Sentencia T- 445 de 2016 la Corte Constitucional hizo hincapié en la importancia de promover el principio fundamental del desarrollo de actividades extractivas bajo el precepto de minería sostenible. En consecuencia, el Estado colombiano debe llevar a cabo estudios de impactos ambientales y sociales más profundos al otorgar los títulos mineros, puesto que de lo contrario se pone en riesgo los derechos fundamentales y colectivos, representando una vulneración constitucional y el desconocimiento mismo de la constituyente de 1991.

Desde la potestad del uso del suelo, en la Constitución de 1991 se estableció que la titularidad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables está a cargo del Estado, principio ratificado en el artículo 5 del Código de Minas. En este orden, es el Estado quien tiene la propiedad de los recursos y libertad sobre la disposición de estos, elemento con que argumenta el Ministerio de Minas y Energía para cuestionar la decisión de los entes territoriales de realizar consultas populares sobre proyectos minero-energéticos (Dietz, 2018).

Por los motivos anteriores, existe un conflicto entre los derechos colectivos, que se reconocen desde la Constitución y se ratifican a través de la jurisprudencia constitucional, y los derechos de potestad que tiene el Estado y se enfocan en el subsuelo y los recursos naturales no renovables. En este sentido, un autor como Martínez (2016) afirma que el desconocimiento de la voluntad de las comunidades no es el mejor escenario de desarrollo de los proyectos mineros, porque el desconocimiento de los avances en términos medioambientales resulta ser un retroceso.



Otro de los elementos que promueven la participación ciudadana en temas ambientales son los tratados a los cuales el Estado colombiano se ha unido, como la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y la Declaración de Río de Janeiro. La Constitución Política de Colombia señala claramente que es deber del Estado promover la participación en las decisiones ambientales.

A través de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y del principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y con el Convenio de Aarhus, se ha reconocido que, para estar en condiciones que hagan valer el derecho que tiene toda persona a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y su bienestar, los ciudadanos deben tener acceso a la información, estar facultados para participar en la toma de decisiones y tener acceso a la justicia en materia medioambiental.

En contraposición, el Código de Minas en la Ley 685 de 2001 no llega a definir mecanismos relevantes de protección de los derechos fundamentales a la participación ciudadana.

### **3.3 ENTRE EL USO DEL SUELO Y LA PROPIEDAD DEL ESTADO SOBRE EL SUBSUELO**

Son diferentes las disposiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que regulan o buscan un balance entre el uso del suelo a través de herramientas como el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) y las funciones de las entidades territoriales, respecto al principio de propiedad del subsuelo del Estado.

Uno de los elementos más importantes surge en la Sentencia C-053 que declara inexecutable el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, el cual permitía realizar consultas populares en el desarrollo de proyectos mineros, que generaran cambios en el uso del suelo, que daban lugar a una transformación en las actividades tradicionales del municipio, argumentando que la misma debía ser objeto de una Ley Orgánica.

Así mismo, el Auto 053 de 2017, en el cual la Corte Constitucional llegó a aclarar el alcance de las sentencias T-445 de 2016 y C-123 de 2014, a través de las cuales se creó la regla que prescribe, que son los entes territoriales los encargados de asegurar la protección del ambiente y a su vez regular el uso de los suelos de su jurisprudencia e incluso prohibir las actividades de explotación, ante la imposibilidad de armonizar los criterios sobre las actividades mineras.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, estableció que no es necesario que las entidades territoriales logren una concertación previa con la nación para realizar una consulta popular minera porque, de lo contrario, se vaciaría el principio de autonomía territorial, y así mismo serían nulos los mecanismos de participación ciudadana con los que el constituyente quiso fortalecer la democracia participativa.

De forma contraria a lo descrito, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-095 de 2018, revisó el caso de la acción de tutela expuesta contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo en el municipio de Cumaral, Meta, que limitó las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales y promovió una tesis contraria. De acuerdo con lo expuesto por la Corte, la consulta propuesta no se limitaba a determinar el

uso del suelo como una competencia propia de los municipios y distritos, sino que buscaba prohibir la realización de actividades de exploración del subsuelo y de los recursos naturales no renovables en el municipio en cuestión, con lo cual se estaba decidiendo sobre una competencia del Estado mismo como propietario.

La Corte, a su vez, resalta el hecho de que, aunque reconoce la competencia de las entidades territoriales para establecer el uso del suelo, dicha función se debe llevar a cabo de manera coordinada y concurrente con las competencias de la nación. Así mismo, la Constitución garantiza a todos los ciudadanos el derecho de participar en la toma de decisiones que los afecten, cuando en su territorio se adelanten actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, en aras de proteger sus intereses ambientales, sociales y económicos, según lo indicado en la Sentencia SU-095 de 2018.

Otro elemento asociado con el desarrollo de las actividades mineras es la propiedad del suelo. Bajo esta premisa, se hace énfasis en que la propiedad de los recursos minerales, sin importar la clase y ubicación, yacentes en el suelo y subsuelo del territorio nacional son del Estado, tal y como se establece en la Ley 685 de 2011, aun cuando existan determinados derechos de propiedad, posesión o tenencia de tierra. Se suma el hecho que la actividad minera es declarada de naturaleza de interés público y social en todas sus fases, por lo cual se permite la implementación de mecanismos de expropiación legal de la propiedad de los bienes inmuebles.

En el Estado social de derecho la propiedad privada es limitada. Cuando hay recursos de importancia minera para el Estado, ya sea que se localicen en el suelo o subsuelo. De allí surgen conflictos en los proyectos mineros,

considerando además que no hay ningún tipo de autorización o permiso que el propietario otorgue antes de que se conceda el título minero; únicamente se da algún tipo de información de los involucrados antes de iniciar las fases de exploración y explotación; perjudicando a las comunidades asentadas en el territorio.

Consecuente con el interés de apoyar los proyectos mineros, surge un elemento controversial que es la regulación del uso del suelo para dichas actividades. En este orden, la respuesta es clara, los planes de ordenamiento territorial y la actividad minera desde su legislación se encuentran desarticulados, motivo por el cual no es obligatorio que las actividades mineras incluyan en su planeación los usos presentes en el suelo en las áreas de exploración, explotación e influencia.

Aun así, se hace énfasis en que, al momento de cierres de las minas, es indispensable que el suelo sea aprovechable para las comunidades presentes, por lo cual se incluye en tales eventos a los gobiernos locales como evaluadores de dichas garantías. Por lo tanto, es hasta el final del proceso minero cuando la autoridad local logra participar en la adopción de los usos alternativos de los inmuebles en los que existía la explotación (Herrera, 2016).

En la actualidad no existe un mecanismo de coordinación entre las autoridades. Es por ello que la Corte Constitucional ha hecho un llamado al Congreso para que se legisle en torno a dicho vacío, mediante la Sentencia 053 de 2019. Ahora bien, la legislación hasta al momento es clara en que la competencia en el uso del suelo hace parte del mecanismo del Título XI de la Constitución y las leyes 388 de 1997, 507 de 1999 y 1454 del 2011, donde en palabras del Consejo de Estado se concluye que el mecanismo de

coordinación por excelencia es el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) o su equivalente, pues allí concurren los diversos niveles de autoridad.

Es así como, para el sometimiento del proyecto de POT a los concejos municipales o distritales, se debe contar con la autorización de la Corporación Autónoma Regional correspondiente (autoridad ambiental descentralizada por servicios), cuya decisión es apelable ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

En lo que respecta a la consulta popular en términos del desarrollo de actividades mineras, éstas han sido objeto de controversias. Por un lado, existen posiciones enmarcadas que sostienen que es el pueblo quien tiene el derecho de decidir sobre el tipo de actividades que se desarrollan en sus territorios, en vista del impacto que estas tienen sobre el uso y la alteración evidente del suelo, junto con las condiciones socioambientales, y una transformación de la realidad socio-cultural y económica de una región o localidad.

El Gobierno colombiano se ha mostrado preocupado por el uso constante de estos mecanismos, pues considera que pueden llegar a generar efectos adversos a la economía colombiana, reduciendo las regalías que provienen en gran parte de las actividades mismas de extracción y explotación. Estas diferencias han promovido un conflicto entre los derechos fundamentales que tiene un sentido más amplio, el ambiente y el desarrollo económico de la nación y con este último el mejoramiento de la situación social y cultural de la población por medio de la inversión misma de los recursos que provee el Sistema General de Regalías.

A esta serie de discrepancias se suma el conflicto entre los derechos colectivos, que se reconocen desde la Constitución y se ratifican a través de la jurisprudencia constitucional, y los derechos de explotación que tiene el Estado en el subsuelo y los recursos naturales no renovables. En dicho orden, se establece que el desconocimiento de las comunidades en el ejercicio de la manifestación de su voluntad no es el mejor escenario para desarrollar los proyectos mineros.

Ahora bien, en lo que respecta a la potestad de los entes territoriales y los planes de ordenamiento territorial, ha de procurarse por que estos definan y establezcan los criterios sobre el uso del suelo de forma coordinada y concurrente con las competencias de la nación. Es así que el conflicto existente respecto a la potestad de uno u otro ente respecto a la reglamentación y aprobación de la implementación de proyectos mineros hace parte de un déficit en la articulación de las actividades de planeación.

Es de esta forma que el uso de la consulta popular como mecanismo de aprobación de actividades mineras queda sin fundamento, puesto que se fundamenta en una herramienta de naturaleza facultativa más no obligatoria. Son los entes territoriales en conjunto con las autoridades nacionales quienes deben evaluar dichos permisos, considerando para tal evento los planes de ordenamiento territorial.

Esta práctica es a su vez replicada en países como México y Ecuador, en donde la consulta se evalúa como un mecanismo para que se conozca la posición de los pueblos respecto a determinado proyecto, mas no como mecanismo para aprobarlo o negarlo, ya que esta última decisión es facultad del Estado.

Como parte del mismo análisis surge el principio de subsidiariedad, el cual en materia ambiental tiene dos alcances específicos, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa: (i) las normas nacionales que son el parámetro mínimo que no puede ser flexibilizado por las autoridades territoriales y (ii) a nivel departamental, municipal y distrital en el que se puede adoptar una reglamentación más rigurosa que la establecida a nivel nacional.

Por los motivos anteriores, la competencia debe prevalecer sobre los entes territoriales. Estos deben promover la regulación ambiental puesto que son en primera instancia los que conocen las necesidades de la población. Este tipo de postura es respaldada desde la Constitución Política y el Código Minero, en el que se reconoce la propiedad del subsuelo en manos de la nación, por lo cual se ratifica la necesidad de incluir a los entes territoriales.

En consecuencia, con lo anterior, la autoridad minera previa al otorgamiento de las licencias de exploración y explotación debe consultar los planes de ordenamiento territorial y las normas de protección del patrimonio ecológico, cultural e histórico que hubiesen sido expedidas por los concejos.

#### **IV. Conclusión**

La consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana a través del cual el pueblo colombiano sienta su posición respecto a un tema de trascendencia y, en consecuencia, es uno de los mecanismos de manifestación de la democracia participativa en la que la ciudadanía define directamente el destino colectivo de su territorio.

En términos del desarrollo de actividades mineras, la consulta popular ha sido objeto de controversias; existen posiciones que sostienen que es el pueblo

quien tiene el derecho a decidir sobre el tipo de actividades que se desarrollan en sus territorios, debido el impacto sobre el subsuelo y la alteración evidente del suelo, junto con las condiciones socioambientales, y una transformación de la realidad sociocultural y económica de una región o localidad. No obstante, se define la potestad final del Estado sobre la propiedad del suelo y la determinación de la viabilidad del desarrollo de actividades mineras que siguen un fin primordial que es el bienestar económico de las regiones y de la nación.

El Gobierno colombiano se ha mostrado preocupado por el uso constante de este tipo de mecanismos, pues considera que pueden llegar a generar efectos adversos para la economía colombiana, reduciendo las regalías que provienen en gran parte de las actividades de extracción y explotación minera. Estas diferencias han promovido un conflicto entre los derechos fundamentales, el ambiente y el desarrollo económico de la nación.

Otra discrepancia es el conflicto entre los derechos colectivos, declarados en la Constitución y ratificados por la jurisprudencia constitucional, y los derechos de potestad que tiene el Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables. Es por esto que el desconocimiento de la voluntad de las comunidades no es el mejor escenario para el desarrollo de los proyectos mineros, ya que el desconocimiento de los avances en términos ambientales resulta ser un retroceso en el tema.

En lo que tiene que ver con la potestad de los entes territoriales y los planes de ordenamiento territorial, se deben definir y establecer los criterios sobre el uso del suelo de forma coordinada y concurrente con las competencias de la nación. Es así que el conflicto existente en relación con la potestad de uno u otro ente respecto a la reglamentación y aprobación de la implementación de



proyectos mineros hace parte de una carencia en la articulación de las actividades de planeación.

Es de esta forma, tal como se infiere de la Sentencia SU-095 de 2018, que las consultas populares no son el mecanismo idóneo para que los ciudadanos participen en las decisiones en materia de minería; no obstante y luego de ver los ejemplos de los países analizados , el Congreso de la República debe estudiar y debatir una ley funcional que permita a las entidades territoriales y a las entidades del nivel nacional crear un mecanismo de socialización y vinculación de los ciudadanos de forma consultiva.

Es indispensable la voluntad política, la oportunidad y veracidad de las normas creadas, para que como Estado democrático se garantice a los ciudadanos el derecho fundamental de la participación, sin que ello signifique el atraso económico y social de la nación al frenar el desarrollo económico, que en muchos casos se logra a través de la explotación minera, fuente importante de recursos para el país.

En este entendido y conociendo la postura de las Sentencias SU-095 de 2018 y la Sentencia C-053 de 2019 no se puede desconocer la importancia de la participación de las comunidades respecto a la visión de su territorio, ni tampoco las necesidades del Estado; Es así que la consulta popular debe ser el mecanismo exigido por la Corte para resolver las tensiones entre la Nación y los municipios en dicha materia, generando con ello una estabilidad tripartita, armonizando las necesidades y las visiones de la Nación, los municipios y la población.

La Consulta Popular en Colombia no tiene hoy carácter vinculante, en materia minera, pues mediante Sentencia 0-53 de 2019, se le ha derogado esa

facultad, por lo menos en lo que respecta a la competencia nacional. Así, las Consultas Populares sólo pueden tratarse de asuntos de competencia distrital o municipal. El carácter vinculante de las decisiones comunitarias queda circunscrito a la esfera local. Por tanto, la Corte Constitucional ha exhortado al Congreso de la República para que defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio, y estableció los criterios constitucionales que debían ser tenidos en cuenta en la definición e implementación de los mismos, por parte del legislador. (Sentencia C-053 de 2019).

Por ello, solo queda sugerir unas posibles herramientas de articulación entre la participación ciudadana y las decisiones que en materia minera asuma la Nación, a través de los municipios y distritos y que la Corte Constitucional está pidiéndole al Congreso que reglamente.

En materia minera se pueden recoger los casos de los países latinoamericanos que se estudiaron aquí para sugerir algunas articulaciones. Prácticamente, después de la Sentencia en mención, Colombia ha quedado en materia de decisiones mineras, sin la participación ciudadana de la consulta popular, lo que significa que ha quedado en las mismas condiciones que Perú y Chile. Así las cosas, se está ante la inexistencia de canales formales de comunicación a través de los cuales la población pueda expresarse e influir en las decisiones con respecto a los proyectos mineros.

Con la intención de contrarrestar dicha deficiencia, en Perú, las poblaciones locales, en conjunto con organismos de la sociedad civil y los gobiernos locales, han promovido la implementación de mecanismos para manifestar sus opiniones y decisiones sobre la actividad minera y recoger las experiencias y saberes ancestrales sobre el territorio. En esa medida, en

Colombia pueden implementarse estrategias de ese tipo que sean reconocidas por las autoridades locales y nacionales e involucradas en la planeación de las explotaciones mineras.

En el caso de Chile, la preocupación principal del legislativo ha sido el sostenimiento ambiental. Se establece que los dueños de los proyectos deben presentar un estudio de impacto ambiental (EIA), la instrucción de publicarlo en un diario o periódico de la capital de la región o de naturaleza nacional en los próximos diez días a la presentación del EIA. A partir de esto, la Comisión Regional de Medio Ambiente (Corema) o la Comisión Nacional de Medio Ambiente (Conama) deben remitir una copia de dicha publicación a las municipalidades y gobernantes en las regiones donde se desarrollarán las obras. Esta práctica ambiental y jurídica que se lleva a cabo en Colombia mediante la ANLA (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales), podría convertirse en un mecanismo más cohesionador del proceso de explotación y las comunidades en la medida que se lleve a cabo, no solo un proceso receptivo del saber ancestral, sino también un proceso educativo que vincule la parte informacional y emocionalmente a las comunidades y las haga partícipes de las decisiones. Porque es claro que con una consulta popular, que establece la fría pregunta, no se lleva a cabo una integración de ideas, conocimientos y participación relevantes.

Las autoridades nacionales estarán en la obligación de destinar recursos para establecer los talleres de impacto ambiental, social, cultural que se requieran, en asocio con las instituciones locales pertinentes como universidades, centros de investigación, instituciones culturales de conocimiento ancestral, entre otras. Las decisiones a que se dé lugar en dichos talleres sí serán vinculantes.

Los inconvenientes que puede presentar este procedimiento son los mismos que aparecen referidos en otros países de Latinoamérica, como son, la falta de sensibilización respecto de los beneficios que representa, el temor a la politización de sus mecanismos, la falta de experiencia participativa de la población, el centralismo y el desequilibrio de poderes entre los actores involucrados.

Otra figura jurídica importante que puede representar una puerta para la participación ciudadana en las decisiones ambientales mineras en Colombia es la de “terceros intervinientes”. El artículo 69 de la Ley 99 de 1993 señala esta figura, así:

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.

Precisa, además, la citada Ley que dicha figura jurídica se restringe a los siguientes procedimientos:

1. Actuaciones administrativas iniciadas para la expedición de instrumentos administrativos de manejo ambiental de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente.
2. Actuaciones administrativas iniciadas para la modificación de dichos instrumentos.
3. Actuaciones administrativas iniciadas para la cancelación (o revocatoria) de instrumentos administrativos de manejo ambiental de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente.

4. Actuaciones administrativas iniciadas para la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.
5. Actuaciones administrativas iniciadas para la revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.

Esta figura permite a las comunidades, a través de la ANLA, participar en la toma de decisiones ambientales que puedan perjudicar a sus grupos humanos. Esto permite y amerita que las instituciones ambientales promuevan dicha participación con información adecuada y oportuna y con formación ciudadana.

En relación con esta Ley, acaba de ser admitida la participación de la comunidad de Jericó Antioquia en el estudio de la licencia ambiental a la mina de explotación de cobre Quebradona por la multinacional minera AngloGold Ashanti, que pretende sacar cobre, oro, plata y molibdeno de la mina en Jericó – Antioquia (El Colombiano, 30 de marzo de 2020).

## Referencias

- Amín, S., & González, P. D. (2013). *La nueva organización capitalista mundial vista desde el sur: II El estado y la política en el sur del mundo*. México D.F: Editorial Anthropos.
- Asamblea General, N. U. (1966). Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Nueva York.
- Castillo, G. (2009). Concepciones de participación ciudadana en la minería peruana. *Coyuntura, Mayo-Junio*(24), 14-18.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre . (1948). *IX Conferencia Internacional Americana* . Bogotá.
- 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. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.7440/colombiaint93.2018.04>

- El Colombiano, (2020). Ciudadanos de Jericó aceptados como intervinientes en proceso de mina Quebradona. Medellín: Redacción periódico El Colombiano, 30 de marzo de 2020.
- Función Pública, D. A. (2017). *ABC de la Ley 175 de 2015*. Bogotá.
- Garcés, M., & Rapalino, W. (Enero – Julio de 2015). La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. *Justicia Juris*, 11(1), 52-62.
- García Villegas, M. (1997). *Los límites de la democracia participativa*. Bogotá: FESCOL.
- Harvey, D. (2007). *Breve Historia del Neoliberalismo*. Madrid: Ediciones Akal.
- Herrera, L. (2016). *Determinación de conflictos territoriales entre el ordenamiento territorial y la actividad minera. Lineamientos de mitigación en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Lissidini, A., & Zovatto, D. (2008). *Democracia directa en américa latina*. Buenos Aires: Libros Prometeos.
- Martínez, N. (2016). *Consultas populares y el desarrollo de los proyectos minero energéticos en Colombia*. Universidad Católica de Colombia.
- Molina Vega, J. E., & Pérez Baralt, C. (2010). Participación política y derechos humanos. *Revista IIDH*, 34-35, 15-77. Recuperado el 20 de septiembre de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08068-1.pdf>
- Mosquera, J. A., & Cuesta, L. H. (2016). La participación democrática en Colombia un derecho en evolución. *Justicia Juris*, 12(2), 59-76.
- Murcia, D. (2014). *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y del territorio*. Cali: Universidad Javeriana.
- Ochoa-Pineda, J., Llano-Blanco, M., León-Gutiérrez, P., Carignán-Palacios, M., Lazcano-Sahagún, M., & Doherty, K. (2015). *Participación pública, minería y medio ambiente*. Ensenada B.C. México: Centro Mexicano para la Defensa del Medio Ambiente A.C. Environmental Law Alliance Worldwide.

- OEA, O. d. (2010). *Mecanismos de democracia participativa y participación ciudadana en la legislación ecuatoriana*. Recuperado el 30 de Mayo de 2019, de < [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_mec.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_mec.pdf)>
- ORTEGA, C. (4 de Febrero de 2019). Al 2020, Colombia Duplicará su producción de oro: ANM. *PORTAFOLIO*. Obtenido de <https://www.portafolio.co/economia/al-2020-colombia-duplicara-su-produccion-de-oro-anm-525978>
- PAX. (2016). Democracia vale más que el oro. *PAX en Colombia*, 22-28.
- Pineda Ruiz, F. (2016). El caso paradigmático de la consulta popular minera de Ibagué. *Seminario virtual*. Obtenido de <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0506/articulo15.htm>
- Polo, E. (2012). *La consulta popular y su control previo de constitucionalidad*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Quintana, C. (2015). *Desarrollo económico y derechos humanos: una visión integradora*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ramírez Cleves, G. A., & Padrón Pardo, F. A. (2016). La consulta popular frente a proyectos de exploración y explotación minera. En J. C. Henao, & A. C. González Espinos (Edits.), *Minería y Desarrollo Tomo 4 Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana* (págs. 417-463). Bogotá.
- RIDH. (2017). *Informe paralelo sobre los mecanismos de participación ciudadana en Colombia (Consultas populares y consulta previa, Libre e Informada) y la situación de los derechos humanos para el comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Bogotá: Naciones Unidas.
- Salgado Pesantes, H. (2012). Democracia y participación en un estado social de derecho. En E. Polo Pazmiño (Ed.).
- Sánchez, M. (2015). *Consulta Popular, como Mecanismo Para la Protección del Medio Ambiente Frente a la Minería Transnacional. Caso Cajamarca*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Sousa Santos, B. (2014). *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*. Bogotá: Editorial De Justicia.

Torres, A. (2017). *La Consulta Popular En Defensa De Los Recursos Naturales En Colombia*. Villavicencio: Universidad Santo Tomás.

Trujillo, C. (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador* (Segunda ed.). Quito: Corporación Editora Nacional.

Valencia, B. (2012). *Los Mecanismos Constitucionales De Participación Ciudadana Como Herramienta De Control Social Y Político Utilizados Por La Comunidad Y Las Instituciones Del Municipio De Filadelfia Caldas*. Manizalez: Universidad de Manizalez,.

### **Doctrinas consultadas**

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948 La IX Conferencia Internacional Americana.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976

### **Jurisprudencia relacionada**

Sentencia C 395 de 2012

Sentencia C -150 2015

Sentencia T-469 de 1922

Sentencia C-103 de 1996

Sentencia C-337 de 1997

Sentencia T-235 de 1998

Sentencia SU-1122 de 2001

Sentencia T-473 de 2003

Sentencia C-224 de 2004



Sentencia C230 de 2008  
Sentencia C-123 de 2014  
Sentencia SU095 de 2018  
Sentencia T-445 de 2016  
Sentencia SU-039 de 1997  
Sentencias C-389 de 2016  
Sentencia T-154 de 2013  
Sentencia C-053 de 2019

**Normas citadas**

Constitución Política de Colombia  
Ley 134 de 1994  
Ley 136 de 1994  
Ley estatutaria 1757 de 2015  
Ley 152 de 1994  
Ley 850 de 2003  
Ley 685 de 2001  
Ley 388 de 1997  
Ley 507 de 1999  
Ley 1454 del 2011  
Ley 152 de 1994  
Ley 99 de 1993  
Carta política Ecuador  
Ley de Bases del Medio Ambiente No. 19.300 (LBMA) - Chile