

LA GOBERNANZA TERRITORIAL FRENTE A ACTIVIDADES MINERO-ENERGÉTICAS EN COLOMBIA: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA, PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y AUTONOMÍA TÉCNICA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS SECTORIALES

Por: Héctor Santaella Quintero*

Si algo ha quedado en evidencia en el Derecho Público colombiano, en lo que va corrido del siglo XXI, es la creciente importancia de la gobernanza como un modelo de gobierno de lo público que va más allá de los tradicionales tipos de Administración Pública, predeterminados por la ley (*i. e.* administración burocrática) o puramente enderezados a optimizar los recursos y al logro de resultados eficientes (*i. e.* administración gerencial)¹. La gobernanza supone, en lo fundamental, “un nuevo estilo de gobierno, distinto del control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre el Estado y los actores no estatales al interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado”². Implica, como señala CASTRO BUITRAGO, “una forma de gobierno no jerárquica que involucra actores públicos y privados en la toma de decisiones”³. Lo propio de la gobernanza es un nuevo estilo de conducta por parte de la Administración y de ejercicio del poder⁴. Un estilo que nace del convencimiento de que las principales cuestiones o desafíos de nuestra sociedad hoy, “son el resultado de la interacción entre varios factores que rara vez son plenamente conocidos ni están causados ni se hallan bajo el control de un solo actor”⁵. Por esto, es tarea de la Administración crear los espacios institucionales para que la articulación de esos actores pueda tener lugar y garantizar la efectividad del derecho a la participación de los distintos interesados⁶.

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España, DEA en Derecho del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio por la misma Universidad, Magister en Derecho Administrativo y abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: hector.santaella@uexternado.edu.co

¹ Sobre la transición del modelo burocrático al nuevo modelo de gobernanza, pasando por el *management*, véase JOAN PRATS I CATALÁ. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, Madrid, INAP, 2005, pp. 99 y ss.

² RENATE MAYNTZ. “Nuevos desafíos de la teoría de la Governance”, en *Instituciones y desarrollo*, No. 7, 2000, p. 35. Citado por Ma. M. DARNACULLETA I GARDELLA. *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 59.

³ ERIKA CASTRO BUITRAGO. *Derecho Ambiental y gobernanza. La concertación como actuación informal de la Administración*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017, p. 162.

⁴ JACQUES CALLOISE. *L'État du Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 109 y ss.

⁵ J. PRATS I CATALÁ. *De la burocracia al management... Ob. Cit.*, p. 132.

⁶ En últimas, como lo ha destacado la literatura especializada, pese a las múltiples definiciones que admite la gobernanza, se pueden identificar como elementos comunes “el énfasis en la participación ciudadana en la toma de decisiones conjuntamente con los actores gubernamentales y el reconocimiento institucional de los espacios en que se desarrolla tal interacción”. Cfr. E. CASTRO BUITRAGO. *Derecho Ambiental y... Op. Cit.*, p. 156.

La gobernanza no tiene pretensiones universalistas⁷. Por lo tanto, no pretende excluir las formas clásicas de ejercicio del poder; busca introducir ajustes y complementar la acción administrativa en ámbitos en los que no ha sido eficaz o ha resultado altamente conflictiva en la práctica⁸. Por esta razón, se muestra como un modelo especialmente apropiado para abordar los complejos problemas que encara el Estado en materia de ordenación del territorio, en general, y de ordenación y planificación del desarrollo de los territorios con fuentes de explotación minero-energéticas, en particular. La pluralidad de actores involucrados, la permanente oposición de sus intereses, la imbricación de autoridades administrativas sectoriales, las frecuentes reivindicaciones de autonomía por parte las autoridades locales y los intensos reclamos de participación por parte de las comunidades afectadas, a la vista de los impactos del desarrollo de estas actividades en sus condiciones de vida, hacen de este un escenario apto para la aplicación de la gobernanza.

Además de integrar a la compleja red de actores (públicos y privados) relevantes para la gestión adecuada de una determinada problemática social con fuerte incidencia territorial, la gobernanza abre espacios para una participación sustantiva de la comunidad en los asuntos públicos que le conciernen, promueve la coordinación entre diferentes niveles administrativos, estimula una deliberación amplia e institucionalizada como camino para resolver conflictos complejos y permite legitimar decisiones administrativas ligera o escasamente programadas por el legislador (esto es, carentes del componente ejecutivo de la ley que habitualmente le imprime legitimidad a las acciones de la autoridad administrativa).

Así, a la vista de los numerosos debates surgidos con ocasión de la explotación de recursos naturales no renovables en Colombia, se ha hecho evidente que la efectiva resolución de los conflictos socio-ambientales derivados del desarrollo de estas actividades presupone una solución que encaja bien con los postulados de la gobernanza. Sin embargo, no han sido pocos ni de poca monta los tropiezos que ha enfrentado la adopción de este modelo de toma de decisiones en este campo, hoy todavía en proceso de construcción en nuestro país, gracias al impulso recibido de parte de las comunidades asentadas en los territorios y (en parte) de la jurisprudencia constitucional.

En orden a verificar esta hipótesis, en un primer momento se hará una exposición de los principales dilemas evidenciados en los conflictos socio-ambientales experimentados en el país (I), para pasar luego a explorar cómo la jurisprudencia constitucional, de manera progresiva, ha obrado como un propulsor efectivo de un cambio significativo en el modelo de toma de decisiones en materia minero-energética, que ha dirigido el debate público y la regulación en dirección de la gobernanza (II). En la parte final del escrito se plantean algunas reflexiones sobre esta marcha y sobre cómo, en todo caso, ella resulta aún inconclusa y problemática (III).

⁷ E. CASTRO BUITRAGO. *Derecho Ambiental y... Op. Cit.*, p. 153.

⁸ *Ídem*.

I. Los dilemas asociados a los conflictos socio-ambientales experimentados en Colombia con ocasión de la actividad minero-energética:

Pocos asuntos han resultado tan controversiales en Colombia como la explotación minera y de hidrocarburos. Dinamizada por el galopante proceso de globalización y el aumento de precios de los *commodities* de la primera década de este siglo, y facilitada por la modificación de la legislación minera llevada a cabo en 2001, esta actividad experimentó en el país un crecimiento exagerado en un corto tiempo, con un alto impacto sobre los territorios y un aumento drástico de la conflictividad social, ambiental y política, por situaciones asociadas con la actividad minera. Ello ha conducido a que, según la información actualizada del Atlas Global de la Justicia Ambiental, con 129, Colombia sea el sexto país a nivel mundial (después de la India, con 342; Brasil, con 172; China, con 178; EEUU, con 145; y México, con 130) con mayor número de conflictos ambientales; muy por delante de otros países de la región de similar o mayor extensión y de perfiles económicos comparables como Argentina (con 72), Chile (con 59) o Perú (con 96)⁹. Por varios años ocupó el segundo lugar, después de la India¹⁰, y su descenso en dicho escalón no obedece a la resolución o a la caída del número de conflictos presentados, sino a la disposición de mayor información sobre la situación en otros países. Buena parte de los enfrentamientos documentados por este índice tienen por causa la minería y los hidrocarburos¹¹. Producto de la arremetida de las actividades extractivas sobre los territorios locales (se pasó de 1800 títulos mineros en el 2002 a 9600 a finales de la primera década de este siglo¹²), sus poblaciones se han visto amenazadas tanto en sus economías tradicionales, como en los usos del suelo, el acceso al agua, la preservación de recursos naturales, la conservación y el disfrute del paisaje, las necesidades de preservar su infraestructura vial, sus posibilidades de formalización de la propiedad y de regreso a y permanencia en sus tierras (en el caso de las víctimas del conflicto

⁹ Información recuperada el 5 de febrero de 2021. Vid. <https://ejatlas.org/country?translate=es>

¹⁰ Cfr. "Un territorio y tres modelos de gestión: análisis de la necesidad de armonizar y constitucionalizar las competencias urbanísticas, ambientales y mineras sobre el territorio", en *Minería y Desarrollo. Historia y gobierno del territorio minero* (Ed. Juan Carlos Henao y Sebastián Ángel), T. 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 199.

¹¹ Tal como se reseñaba hace poco en los diarios colombianos, desde antes de 1992 hasta 2001, el número de conflictos ambientales se mantuvo más o menos constante (entre uno o dos por año). Éstos aumentaron de forma significativa a partir de entonces. La mayoría del total de casos en Colombia han sido ocasionados por actividades como el oro y el carbón, siendo responsables del 47% de los conflictos. Los proyectos de infraestructura generaron el 11% y las hidroeléctricas, el 10%. Los restantes se deben, entre otros, a la palma, el petróleo y la madera. Cfr. SILVA NUMA, Sergio. "Conflictos ambientales se dispararon con Uribe y Santos", en *El Espectador*, edición virtual del 4 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/conflictos-ambientales-se-dispararon-uribe-y-santos-articulo-485546>. Recuperado el 23 de septiembre de 2014.

¹² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Minería en Colombia: daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2014, p. 32.

que aspiran a la restitución de sus predios), así como en su conformación étnica, entre muchos aspectos problemáticos generados por esta actividad económica. Tan seria ha sido la situación, que incluso organismos de control, como la Contraloría General de la República, han dejado constancia de las complejas implicaciones sociales, ambientales e institucionales, del desarrollo de los proyectos extractivos en el país¹³.

Esta mayor conflictividad no solo se ha traducido en marchas, manifestaciones populares y protestas con bloqueo de vías, encaminadas a exteriorizar la inconformidad de las comunidades por la implantación de proyectos minero-energéticos en sus territorios; también ha dado lugar a una intensa actividad política institucionalizada, enfilada a obstruir el desarrollo de estas actividades, por medio de reglamentos locales (expedidos en ejercicio de las competencias constitucionales de los municipios en materia de ordenación del territorio y de protección del patrimonio ecológico local)¹⁴ y de consultas populares (mecanismo de participación ciudadana previsto por los artículos 103 y 105 de la Constitución y reglado por las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015¹⁵)¹⁶.

El deficiente arreglo institucional previsto por el legislador minero-energético, que ha tratado el otorgamiento de los títulos de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables como una competencia enteramente a cargo de la Nación, ajena a cualquier instancia de participación ciudadana o de mecanismos de coordinación con las autoridades locales, ha estado en la base de la ola de dinconformidad e insubordinación social e institucional que se ha visto a lo largo de la última década por todo el país¹⁷. En definitiva, se ha hecho manifiesto que, aun cuando se trata de una actividad legítimamente declarada como de utilidad pública e interés social por el legislador (artículos 13 del Código de Minas y 4 del

¹³ *Ídem*, pp. 35 y ss.

¹⁴ Vid. LEONARDO GUIZA SUÁREZ y CRISTHIAN RODRÍGUEZ BARAJAS. “El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera”, en *Universitas*, No. 131, 2015, pp. 346-347.

¹⁵ Según el artículo 8 de la Ley 134 de 1994, “[l]a 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”.

¹⁶ Cfr. SERGIO FERNÁNDEZ PARRA. “Los efectos de las consultas populares que pretenden prohibir la minería en Colombia”, en *¿El Estado constitucional en jaque?*, T. I, (Ed. Floralba Padrón y Magdalena Correa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 319 y ss. También MARCELO LOZADA GÓMEZ. “En búsqueda de un espacio de participación constitucionalmente legítimo para las comunidades locales respecto del uso de los recursos naturales en su territorio. La participación ambiental como mecanismo de garantía de los derechos sociales”, en *El Estado Constitucional Colombiano en la periferia* (Ed. Magdalena Correa y Alfonso Palacios), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 37 y ss.

¹⁷ Un análisis más amplio de los problemas que presenta esta legislación, en HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO. “Un territorio y tres modelos de gestión: análisis de la necesidad de armonizar y constitucionalizar las competencias urbanísticas, ambientales y mineras sobre el territorio”, en *Minería y Desarrollo. Historia y gobierno del territorio minero* (Ed. Juan Carlos Henao y Sebastián Ángel), T. 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 191 y ss.

Código de Petroleos), imponer transformaciones tan drásticas en las condiciones de vida de una comunidad y en los territorios, sin brindar a las autoridades locales y a las personas afectadas la posibilidad de expresar sus preocupaciones y tomar parte activa en el debate sobre las condiciones de otorgamiento del título, no solo resulta problemático, sino también contrario a postulados esenciales del orden constitucional colombiano. En últimas, se resienten garantías constitucionales básicas como el derecho a la participación ambiental (artículo 79) y la autonomía territorial (artículos 1 y 287), lo mismo que los principios de concurrencia y coordinación interadministrativa (artículo 288).

Esta situación ha dado lugar a que la Corte Constitucional se haya convertido en un actor principal dentro de este debate. Frente a las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra dicha legislación, este Tribunal ha asumido la labor de abrir espacios adecuados para la participación e implicación activa en estas discusiones de las autoridades locales (sentencia C-123 de 2014) y de las comunidades afectadas (sentencia C-389 de 2016).

Fruto de lo decidido por la Corte Constitucional, la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA (en adelante ANM) diseñó e implementó el programa de relacionamiento con el territorio¹⁸, que tiene como finalidad principal lograr una participación efectiva, oportuna y permanente de los actores estratégicos implicados en el desarrollo de proyectos mineros, lo mismo que la armonización de las decisiones mineras con las políticas de ordenación del suelo local, con el objetivo de lograr la incorporación del componente minero en los instrumentos de ordenamiento territorial de los entes municipales, se trata de una cuestión que sigue siendo problemática¹⁹.

Con todo, pese a los avances conseguidos, la cuestión de la deficiente gobernanza de los recursos naturales sigue latente. Aunque la jurisprudencia constitucional y las autoridades sectoriales han procurado subsanar las falencias más prominentes de la legislación, la situación resultante está lejos de alcanzar un óptimo constitucional, político y social en esta materia.

Dos grandes dilemas están en la base de este debate:

- i) El dilema de la coordinación interadministrativa entre el nivel central (Nación) y las entidades territoriales (entes locales y departamentales):** aun cuando en la sentencia C-123 de 2014 la Corte Constitucional fue explícita en señalar que en el proceso de concesión del derecho a emprender actividades exploración y explotación de recursos naturales no renovables se

¹⁸ Información remitida por la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA a la Corte Constitucional en el marco del proceso de tutela que dio lugar a la expedición de la sentencia SU-095 de 2018.

¹⁹ Luego de la expedición de la sentencia SU-095 de 2018 de la Corte Constitucional, en la que se declaró un déficit de protección del derecho constitucional a la participación ambiental en las actividades minero-energéticas, así como un deficiente desarrollo legal de los procedimientos de coordinación interadministrativa, la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH) ha adoptado una política similar a la de la ANM.

deben tener en cuenta los principios de coordinación y concurrencia, así como las exigencias del principio constitucional de autonomía territorial²⁰, en la práctica este asunto no ha resultado sencillo.

Aunque el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015, en atención al mandato de la sentencia C-123 de 2014 de la Corte Constitucional, habilitó al Gobierno para establecer “el procedimiento para que las entidades territoriales puedan proponer al Ministerio de Minas y Energía, con fundamento en estudios técnicos, sociales y ambientales; medidas de protección del ambiente sano, las cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera”, **en la realidad esto opera de manera informal**. Ciertamente, el requerimiento elevado por la jurisprudencia constitucional se ha traducido en el desarrollo de un procedimiento de concertación informal con alcaldes, en el marco del referido programa de relacionamiento con el territorio. Así, además de carecer de una regulación legal clara y detallada sobre cómo ha de surtirse este trámite y de ser una actuación *per se* asimétrica (dada la diferente información que maneja la autoridad nacional y la local), las dudas sobre el alcance concreto de las competencias administrativas de las entidades territoriales en materia de ordenación del territorio y protección de los recursos naturales, lo mismo que sobre el significado concreto del mandato de coordinación del artículo 209 de la Constitución, hacen de este un asunto complejo. A ello se suman los frecuentes traslapes competenciales entre las autoridades involucradas, la indeterminación legal o reglamentaria sobre el peso específico que se debe otorgar a los requerimientos o exigencias locales, la falta de una cultura de coordinación interadministrativa en el país (producto de su centenaria tradición centralista), los vacíos legales en punto a los procedimientos de coordinación interadministrativa y el desconocimiento generalizado de los mecanismos por medio de los cuales operan esta clase de relaciones entre autoridades no sujetas a vínculos de subordinación jerárquica. El escenario real, entonces, dista de ser ideal y está rondado por múltiples interrogantes. Lo que es claro, en todo caso, es que esta actuación informal no podría conducir, en ningún evento, a la arbitrariedad, la descoordinación, ni a la usurpación o la negación de las competencias de ninguna de las distintas autoridades que toman parte de este proceso.

ii) El dilema de la articulación de los criterios técnicos y los criterios políticos: toda vez que en la sentencia C-389 de 2016 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 16, 53, 57 y 271 del Código de Minas, bajo el entendido de que la autoridad minera deberá “establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin

²⁰ Según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, en materia de actividades extractivas, “una autorización al respecto deberá dar la oportunidad de participar activa y eficazmente a las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades”.

perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados”, la ANM también adoptó el proceso de audiencias de participación mineras previas al otorgamiento del título minero. Con ello, la decisión de otorgamiento del título estaría precedida de una instancia de participación ciudadana, ulteriormente reforzada por la correspondiente a la audiencia propia de los procedimientos de licenciamiento ambiental (desde 2002 requerido solo para el desarrollo de las actividades de explotación minera, pero no para la fase de exploración)²¹. Aun cuando esta nueva estructura de toma de la decisión de otorgamiento del título debería brindar a la ANM (lo mismo que a la ANH) una más completa información para valorar la pertinencia, conveniencia y oportunidad de asignar este derecho en un determinado territorio, permitiéndolo hacer, además, de manera más legítima (producto del debate que antecede a esta determinación), en la práctica este asunto no ha resultado menos complejo que el anterior.

No se trata únicamente de que este procedimiento carezca también de una regulación legal clara y detallada, que estructure el trámite, brinde garantías formales de participación para todos los afectados y fije criterios sustantivos para valorar los requerimientos de la comunidad. La inconformidad de las comunidades asentadas en los territorios afectados por el desarrollo de estas actividades, su afán por que su voz sea escuchada y la escasa confianza en el criterio técnico de la institucionalidad ambiental, ha llevado a que se siga haciendo uso del mecanismo de participación de la consulta popular. Poco ha importado que con el trámite informal adoptado por las autoridades sectoriales, en la *praxis*, se haya instituido una instancia de participación orientada a mitigar los problemas originales de la legislación minero-energética. El efecto vinculante que la regulación legal otorga al pronunciamiento de los votantes en eventos de esta índole²² y la obligación legal de efectuar una consulta popular “[c]uando 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” (artículo 33 de la Ley 136 de 1994), ha operado como un incentivo efectivo para el impulso de esta clase de iniciativas. Solo la sentencia de unificación expedida por la Corte Constitucional en 2018 (SU-095 de 2018), por medio de la cual proscribió el uso de este mecanismo de participación ciudadana como instrumento para exteriorizar las demandas de la comunidad afectada²³, y la

²¹ GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ, ANDRÉS GÓMEZ REY y JUAN CARLOS MONROY ROSAS. *Las licencias ambientales en Colombia*, Bogotá, Ibañez - Foro Nacional Ambiental, 2013, pp. 72 y ss.

²² Según el inciso 2º del artículo 8 de la Ley 134 de 1994, “[e]n todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria”. Los artículos 55 y 56 de esta misma ley contemplan asimismo este efecto vinculante, al igual que el artículo 42 de la Ley 1757 de 2015.

²³ De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en esta importante decisión, la imposibilidad constitucional de acudir a este instrumento en estos casos deriva del hecho que “[l]a consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la nación y el territorio (...) pues como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se realizan o no actividades de exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales, ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en cabeza de los municipios, y por ello excede su competencia, pues existen

declaración de inconstitucionalidad de la precitada norma legal que establecía el deber de efectuar una consulta popular local para el desarrollo de esta clase de proyectos (sentencia C-059 de 2019), han permitido, al menos formalmente, poner freno a la situación de enfrentamiento institucionalizado y permanente de la ciudadanía a esta clase de iniciativas.

Sin embargo, en la realidad del país, pese a las exigencias formales de la jurisprudencia constitucional en punto a la necesaria reestructuración de los procedimientos de otorgamiento de títulos de aprovechamiento minero-energéticos y a la respuesta implementada por las autoridades sectoriales en estos campos (los referidos procedimientos de concertación con alcaldes y de audiencia de participación ciudadana), la situación de tensión se ha mantenido. La discusión política en torno a quién puede tomar qué determinaciones y cuál es el alcance de los poderes de cada instancia decisoria respecto de la otra no solo resulta frecuente en la práctica; es también altamente problemática: engendra situaciones políticas críticas, de “soberanías en conflicto”²⁴. Pese al dictado de la jurisprudencia constitucional, que ha excluido del panorama el recurso a la consulta popular como mecanismo de participación formal, la ciudadanía asentada en una determinada localidad (*rectius*, el pueblo titular de la soberanía local, según el artículo 3º de la Constitución), persiste en expresar su rechazo al desarrollo en su territorio de una determinada actividad extractiva que se proyecta autorizar por la Nación. Bajo este panorama, el clamor por una auténtica gobernanza (efectiva, incluyente y sostenible) del territorio y de los recursos naturales no ha hecho más que hacerse más evidente y potente.

II. La marcha del ordenamiento jurídico colombiano hacia la gobernanza territorial: un proceso impulsado por la jurisprudencia constitucional:

Como se ha referido en el apartado anterior, con su defensa de las competencias locales y de la importancia de la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales relevantes para un determinado territorio, la jurisprudencia constitucional no solo ha procurado dar una respuesta efectiva a situaciones de conflicto social y político que se presentaban en la práctica y comprometían la

competencias de este tipo radicadas en el nivel nacional que no es posible desconocer porque tales competencias han sido definidas constitucionalmente (...) Así mismo, la consulta popular es un instrumento focalizado y limitado que no permite discusiones ampliadas, sistemáticas e integrales de una materia compleja como es la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, pues tal mecanismo de participación ciudadana implica la realización de una pregunta cuya respuesta solo admite escoger entre “sí o no”, lo que impide un análisis técnico y especializado respecto a las actividades del sector minero energético; en tal sentido, la decisión de explorar y explotar RNNR o del subsuelo, como actividades permitidas constitucionalmente, no es binaria (sí o no) y debe contrariamente responder a análisis técnicos integrales y al concepto de desarrollo sostenible”.

²⁴ Al respecto, véase DANIEL TORUNCZYK. “Movimientos socioambientales y minería transnacional: el caso Esquel (Chubut) en Argentina (2003-2011)”, en *Los retos de la gobernanza minero-energética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 37 y ss.

efectividad de importantes preceptos constitucionales; ha sido también un resorte clave del proceso de implantación de una gobernanza efectiva del territorio y de los recursos naturales en Colombia. Aunque se trata de un proceso imperfecto e inconcluso, vale la pena destacar sus hitos principales.

Tal como se expondrá a continuación, gracias a la intervención del juez constitucional, el debate sobre la forma de acoplar las competencias del nivel nacional y territorial en materia de usos del suelo, del subsuelo y la preservación del medio ambiente, se ha concretado en un proceso paulatino de armonización de intereses públicos que, en un recorrido pendular (que parece haber encontrado finalmente un punto de equilibrio), ha llevado a resaltar también la importancia de la participación ciudadana en estos asuntos. Este recorrido va desde el privilegio del interés supramunicipal, obviando por entero la autonomía territorial, hasta el extremo opuesto del predominio del interés local, cifrado en una suerte de poder de veto a las decisiones de la Nación (*rectius* nivel central) en este campo. **El reconocimiento de la necesidad de contar con espacios equilibrados y participativos de concertación de los intereses implicados parece representar el punto medio en la trayectoria del péndulo, al cual se ha llegado luego de oscilar entre un extremo y el otro.** En los apartados sucesivos se hará un recuento de este interesante proceso de discusión sobre la facultad de ordenar el territorio.

1. El predominio inicial de la decisión del Estado frente a los intereses locales en la gestión de los recursos minero-energéticos:

Según las reglas originalmente contempladas en el Código de Minas, salvo aquellas zonas que se han declarado por ley como expresamente excluidas (artículo 34²⁵) o restringidas para su desarrollo (artículo 35²⁶), todo el territorio

²⁵ **Artículo 34. Zonas excluibles de la minería.** No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.

Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decreta la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el

nacional es apto para la actividad minera. Esto significa que solo fueron sustraídas completamente del laboreo minero las áreas “declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras” (artículo 34 Código de Minas). Y de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 34 del mismo estatuto, para que se produzca dicho efecto protector estas zonas deberán ser, además, “delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero”.

Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos.

²⁶ **Artículo 35. Zonas de minería restringida.** Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras ~~de acuerdo con dichas normas;~~

b) En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores;

c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente;

d) En las playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por la autoridad competente, si esta autoridad, bajo ciertas condiciones técnicas y operativas, que ella misma señale, permite previamente que tales actividades se realicen en dichos trayectos;

e) En las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público siempre y cuando:

i. Cuente con el permiso previo de la persona a cuyo cargo estén el uso y gestión de la obra o servicio;

ii. que las normas aplicables a la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera por ejecutarse y

iii. que el ejercicio de la minería en tales áreas no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio.

f) En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;

g) En las zonas constituidas como zonas mineras de comunidades negras siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;

h) En las zonas constituidas como zonas mineras mixtas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código.

Una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente (el aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-339 de 2002](#)).

Toda vez que, según esta regulación, la exclusión de un área precisa de una figura de protección legalmente declarada como incompatible con la minería, y dado que la legislación ambiental ha reservado este tratamiento a zonas cuya declaración se encuentra en manos de las autoridades nacionales, **el margen de incidencia reconocido a los municipios en este frente resultaba extremadamente escaso.** Más aún cuando el procedimiento de otorgamiento de los títulos de aprovechamiento minero-energético originalmente previsto por el legislador no contemplaba ningún espacio de participación ciudadana, ni ninguna instancia de coordinación de esta decisión con las autoridades locales.

La situación de postración de las autoridades locales se hacía más crítica al considerar que el artículo 37 del Código de Minas expresaba que “[c]on excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”. A lo anterior, el inciso 2º de esta misma disposición añadía que se trataba de una prohibición que “comprende [a] los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo”²⁷.

Según sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-395 de 2012, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra los precitados artículos 35 y 37 del Código de Minas (entre otras disposiciones demandadas), luego de reconocer que se trataba de un evento de colisión de los principios de Estado unitario y de autonomía territorial, no se evidenciaba su inconstitucionalidad habida cuenta que:

en el marco que la Constitución ha previsto para la explotación de los recursos naturales, cabe que el legislador, al resolver para el caso concreto la tensión entre los principios unitario y autonómico, dé prelación al primero, en razón a los objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera. Cabe, así, que dentro del margen de configuración que la Constitución le otorga al legislador se disponga en esta materia la prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros, y a evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la financiación de los fines que le son propios.

La Corte Constitucional daba, así, primacía a la reserva de ley y a los intereses de la Nación en el desarrollo de estas actividades. Esta postura duraría poco.

1.2. La irrupción disruptiva de los intereses locales en la ordenación del territorio.

²⁷ Según se indica en el artículo 35 literal a) del Código de Minas, a estos instrumentos de ordenación local del territorio únicamente les asiste la potestad de prohibir la minería en áreas del perímetro urbano del término municipal, mas no así en suelo rural ni de expansión urbana.

Al volver sobre una nueva demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 del Código de Minas, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-123 del año 2014, consideró que la restricción allí establecida para la intervención de las autoridades locales en materia de ordenación de su territorio desconocía el núcleo esencial del principio de autonomía territorial, ignoraba que constitucionalmente el Concejo Municipal ostentaba la facultad de “reglamentar los usos del suelo” (artículo 313.7 de la Constitución) y desconocía los principios de concurrencia y coordinación interadministrativa. Así, con base en una interpretación sistemática de la Constitución, la Corte estimó que:

Una adecuada protección de los contenidos principales en tensión deberá permitir la participación de los municipios en la determinación de aspectos como i) los fines que la exclusión de la actividad de exploración y explotación minera en determinadas áreas del territorio busque alcanzar; ii) las causas y condiciones que determinan que un área del territorio se declare como zona excluida de esta actividad; iii) la forma en que cada uno de los niveles competenciales participen en el proceso de creación normativa; iv) las funciones específicas que uno y otro nivel tendrá en ejercicio de dicha competencia; y v) los parámetros que deban cumplir los procedimientos que se creen para declarar una zona excluida de la actividad minera.

Por medio de este pronunciamiento, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas, “en el entendido de que (*sic*) en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”.

En virtud de esta decisión del juez constitucional, se hizo manifiesto que, a la vista de su incidencia directa en asuntos que afectan sus competencias constitucionales, se encuentra constitucionalmente vedada una exclusión total de la participación de los municipios en esta clase de determinaciones. En últimas, con este pronunciamiento, la jurisprudencia constitucional reconoce que en virtud del principio de autonomía territorial, materializado, entre otras, en el ejercicio de las facultades municipales de ordenación del territorio (artículo 313.7) y protección de recursos naturales locales (artículo 313.9), también corresponde a los entes municipales, de forma coordinada con el nivel central, decidir sobre el otorgamiento de títulos mineros dentro de zonas de su territorio. Un paso importante, sin duda, en el camino hacia la gobernanza del territorio y de los recursos naturales.

1.3. El predominio de la decisión local en la gobernanza del territorio y de los recursos naturales:

2016 sería un año en que el estado de cosas imperante en materia de gobernanza del territorio y de los recursos naturales sufriría una importante alteración. Además de la sentencia C- 273 de 2016, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del pluricitado artículo 37 del Código de Minas (aunque lo hizo por razones formales, esto es, por haber encontrado que dicha norma se hallaba amparada por la reserva de ley orgánica que establece el artículo 151 de la Constitución, pese a lo cual se adoptó por una legislación ordinaria, como el Código de Minas), se dictó la sentencia T-455 de ese año.

Para esta época la figura de la consulta popular había asumido un rol protagónico en el debate público sobre la gobernanza del territorio y de los recursos naturales. Como se mencionó atrás, ella aparecía como el mecanismo institucional y jurídico para posibilitar que los habitantes de las comunidades afectadas por el desarrollo de actividades extractivas minero-energéticas manifestaran su acuerdo o desacuerdo con estas operaciones. El también ya citado artículo 33 de la Ley 136 de 1994, que ordenaba a los municipios efectuar una consulta popular cuando se tramitaran proyectos con el potencial de alterar significativamente los usos del suelo, entre los que el legislador enunciaba expresamente los proyectos mineros, imprimía una fortaleza adicional a esta corriente.

Fruto de esta situación se realizó un número importante de esta clase de eventos políticos, en los que siempre venció la negativa a la actividad minero-energética²⁸. Ello dio lugar a que en no pocas oportunidades el sector minero-energético acudiera a los tribunales para controvertir el fundamento de dicha determinación local y en busca de protección de las posibilidades de ejercicio legítimo de su actividad. Se cuestionaba la competencia de un municipio para impedir el desarrollo de una actividad declarada por ley como de utilidad pública e interés social. Una de estas disputas llegó hasta la Corte Constitucional; que en la sentencia T-445 de 2016 declaró que, a la luz de las cláusulas constitucionales que regulan esta materia, del régimen legal de la ordenación del territorio y de lo previsto en normas legales como el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, los entes municipales eran competentes para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha tarea se terminaba por prohibir las actividades extractivas. Con esta postura, en la práctica, se avalaba la posibilidad de vetar desde lo local la realización de este tipo de actividades. Además, sostuvo la Corte, ello resultaba compatible con lo previsto por el artículo

²⁸ Según informa la prensa nacional, entre 2013 y 2018, año en que la Corte Constitucional frenó esta clase de iniciativas, se realizaron en Colombia 10 votaciones, en departamentos como Tolima, Casanare, Santander, Cundinamarca, Quindío y Meta. En todas las ocasiones ganó la opción que se niega a hacer minería en el respectivo territorio. Vid. XIMENA GONZÁLEZ. "Comunidades votaron en 10 consultas populares mineras desde el 2013", en *La República* (edición digital), 20 de marzo de 2019. La posición asumida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-095 de 2018 frustró la realización de otras 53 consultas que estaban en trámite en distintos municipios de Colombia. Vid. M. LOZADA GÓMEZ. "En búsqueda de... *Loc. Cit.*, p. 36.

332 de la Constitución, que reconoce al Estado (en su conjunto y no solo a la Nación -como nivel central-) como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables; concepto que, razona la Corte, cobija también a las entidades territoriales. De donde se desprende que también ellas tienen a su cargo la regulación de este asunto.

Este pronunciamiento amplió radicalmente el alcance de las facultades reconocidas a los municipios, permitiéndoles prohibir de manera autónoma, sin necesidad de concertación o acuerdo alguno con el orden nacional, la realización de actividades minero-energéticas en zonas del territorio bajo su autoridad. El péndulo de la jurisprudencia se había movido y basculaba ahora hacia el costado de las instancias territoriales, dejando en una posición de grave desventaja a la Nación.

1.4. La solución de compromiso: la exclusión de la consulta popular como vía para determinar el destino del territorio y la exigencia de concertación de los intereses públicos:

Pese a ser cierto que la consulta popular, como mecanismo de participación ciudadana, permite desarrollar postulados de la democracia deliberativa que legitiman una determinada política o decisión administrativa con incidencia territorial, no lo es menos que permitir o prohibir la realización de actividades legalmente declaradas de utilidad pública e interés social (como es el caso de las actividades minero-energéticas) no puede ser una prerrogativa exclusiva de los municipios²⁹. Tal postura supondría obviar las competencias reconocidas al orden central en este campo y desconocería las exigencias de los principios constitucionales de concurrencia y coordinación entre autoridades administrativas; además de reñir con la idea de Estado unitario proclamado por el artículo 1 de la Constitución. Por su falta de concordancia práctica o de armonización concreta de las distintas disposiciones constitucionales en juego, ella envuelve, entonces, una interpretación deficiente del texto de la Constitución.

La proliferación de consultas populares convocadas para frenar la realización de proyectos mineros y de hidrocarburos en los municipios, supuso la necesaria judicialización de estas controversias. Como se mencionó en precedencia, el sector minero-energético no dudó en cuestionar ante la justicia la legitimidad con que los entes territoriales bloqueaban por esta vía intereses nacionales y privaban al país de recursos (*i.e.* las regalías sufragadas por el desarrollo de estas actividades) y oportunidades efectivas de generación de puestos de trabajo y de bienestar para el conjunto de la sociedad colombiana.

Esto llevó a que, con el argumento de su desconocimiento de normas constitucionales y precedentes relativos a las competencias de la Nación en este campo, se pidiera la nulidad de la sentencia T-445 de 2016. Aunque el auto No. 053 de 2017 negó dicha solicitud, bajo la comprensión que tal providencia solo

²⁹ S. FERNANDEZ PARRA. "Los efectos de las consultas... *Op. Cit.*, pp. 345-346.

precisaba el alcance competencial de los entes territoriales en materia de preservación del medio ambiente, los cuestionamientos a lo resuelto en la sentencia T-445 de 2016 persistieron.

Ello dio lugar a que, en 2018, la Corte Constitucional seleccionara para revisión una nueva controversia sobre esta cuestión y asumiera una postura más próxima a la posición intermedia, expuesta en la sentencia C-123 de 2014, que a los extremos planteados en 2012 o en 2016. Ello tuvo lugar en la sentencia SU-095 de 2018. En este fallo, además de unificar jurisprudencia en punto a esta polémica en particular, la Corte reconoce los serios problemas que aquejan a la legislación minero-energética colombiana en punto a la gobernanza del territorio y de los recursos naturales.

Ciertamente, en este pronunciamiento el máximo tribunal constitucional afirmó que los escenarios de concertación que venían realizando las autoridades sectoriales con las entidades territoriales para dar a conocer los proyectos a realizarse en el respectivo territorio presentaban grandes falencias, pues:

(i) Estos mecanismos se limitan a reuniones informativas con las comunidades, (ii) los resultados de dichas reuniones son simplemente insumos para la autoridad ambiental, quien no se encuentra obligada a tenerlos en consideración al momento de otorgar las autorizaciones ambientales y por tanto, ello implica que (iii) ninguno es efectivo para llegar a acuerdos vinculantes y compromisos con las comunidades asentadas en las zonas de operación y que puedan ser afectadas por la misma. Ello ha llevado a las comunidades a hacer uso de la consulta popular³⁰.

Con todo, la precariedad de estos escenarios de participación no se traduce en que el mecanismo idóneo para hacer valer los intereses locales sea la consulta popular. Si bien ella es un instrumento de participación ciudadana válido en el ordenamiento jurídico colombiano (tal como se desprende de lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la Constitución y de su regulación en las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015), **no resulta apropiada para abordar los debates que se plantean con ocasión de la decisión de permitir o no el desarrollo de un proyecto minero-energético en un determinado territorio.**

En criterio de la Corte, la inidoneidad de la consulta popular como sede para adoptar esta clase de determinaciones deriva de razones como: (i) “la imposibilidad de realizar consultas populares sobre asuntos ajenos a las competencias de las autoridades territoriales o sobre aquellos que tengan incidencia en los asuntos nacionales o departamentales”, debido a que por exigencias constitucionales y legales, en el nivel territorial este instrumento “solo puede referirse a materias que se encuentren comprendidas por las competencias del respectivo nivel territorial”; (ii) la constatación de que “[e]n el territorio convergen actividades, por una parte, de uso del suelo y por otra de explotación del subsuelo, razón por la que en él concurren competencias tanto del nivel

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 2018.

nacional como de las entidades territoriales”; (iii) el hecho que “[n]i la nación (nivel nacional o central) ni las entidades territoriales tienen competencias absolutas en materia de explotación del subsuelo y de los RNNR”, ni en relación con el suelo; lo mismo que (iv) la consideración según la cual “[p]ara resolver la tensión en las competencias otorgadas a la nación y las entidades territoriales en materia de suelo y subsuelo, debe darse aplicación al artículo 288 constitucional que define los principios de coordinación y concurrencia para estos casos”. Finalmente, (v) la Corte desestima el uso de la consulta popular en estos supuestos por un interesante argumento de tipo metodológico. Ciertamente, para el juez constitucional, su falta de aptitud para encausar de manera apropiada esta clase de discusión deriva del hecho que se trata de:

un instrumento focalizado y limitado que no permite discusiones ampliadas, sistemáticas e integrales de una materia compleja como es la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, pues tal mecanismo de participación ciudadana implica la realización de una pregunta cuya respuesta solo admite escoger entre “sí o no”, lo que impide un análisis técnico y especializado respecto a las actividades del sector minero energético; en tal sentido, la decisión de explorar o explotar RNNR o del subsuelo, como actividades permitidas constitucionalmente, no es binaria (sí o no) y debe contrariamente responder a análisis técnicos integrales y al concepto de desarrollo sostenible. Por el contrario, de obtenerse un “no”, ello implicaría un poder de veto de las entidades territoriales que anula las competencias nacionales en materia del subsuelo, desconociendo todo el marco constitucional que las dispone (negritas fuera de texto).

Establecido por la Corte Constitucional que la consulta popular no es la herramienta de participación ciudadana adecuada para resolver de manera definitiva sobre el desarrollo o no de actividades minero-energéticas en un territorio³¹, lo mismo que la falta de idoneidad de los mecanismos de participación ciudadana existentes para llevar a cabo un diálogo entre la Nación, las entidades territoriales y las comunidades, el alto tribunal **decidió exhortar al Congreso de la República para que cree y regule un mecanismo que sea apropiado para garantizar el derecho a la participación ciudadana y que los municipios y la Nación establezcan un diálogo claro y efectivo respecto a todos los aspectos de los proyectos mineros y de hidrocarburos.**

Con miras a posibilitar el fin de la situación de anomia verificada, la Corte Constitucional fijó los criterios que han de ser tenidos en cuenta por el legislador y las administraciones públicas del nivel nacional a la hora de desarrollar el (los)

³¹ En 2019, mediante la sentencia C-053, la Corte Constitucional dio la estocada final a la consulta popular en este ámbito, al declarar inexecutable el artículo 33 de la ley 136 de 1994 que imponía a los municipios la realización de consultas populares cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo. La exclusión de la norma se fundamentó en un argumento de tipo formal: la existencia de una reserva de ley orgánica en materia territorial, así como en la asignación y distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales.

mecanismo(s) que permita(n) entablar un diálogo entre los municipios y la Nación y facilitar y promover la participación de la comunidad afectada. Ellos son:

1. Participación ciudadana y pluralidad.
2. Coordinación y concurrencia nación territorio.
3. Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables.
4. Diferencialidad / Gradualidad.
5. Enfoque Territorial.
6. Legitimidad y Representatividad.
7. Información previa, permanente, transparente, clara y suficiente.
8. Desarrollo sostenible.
9. Diálogo, comunicación y confianza.
10. Respeto, protección y garantía de los derechos humanos.
11. Buena fe.
12. Coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial.
13. Sostenibilidad fiscal.

Los anteriores criterios no fueron dirigidos únicamente al legislador. **La Corte expresamente señaló que las diferentes autoridades administrativas debían tener en cuenta estos criterios a la hora de diseñar los mecanismos de diálogo y concertación con las autoridades territoriales y las comunidades.** Por ende, la Corte anticipó (como de hecho ha sucedido) un eventual incumplimiento por parte del legislador e hizo explícita la vinculatoriedad de los criterios definidos, sin que sea necesario esperar ello dependa de que la ley regule la materia.

De otra parte, el llamado efectuado por la Corte Constitucional también transita la senda de la justicia ambiental. Además de apelar al legislador para que remedie el “déficit de protección constitucionalmente inadmisibles” en materia de participación ciudadana y concurrencia y coordinación interadministrativa, el juez constitucional exhorta igualmente a la ANM y a la ANH para que procuren mejorar y fortalecer las cláusulas contenidas en los contratos de concesión referidas a inversiones sociales (como son los Programas en Beneficio de las Comunidades, en contratos de la ANH y los Planes de Gestión Social, de los contratos de la ANM). Y les pide realizar un seguimiento estricto al cumplimiento por parte de los contratistas a tales obligaciones, así como verificar que las inversiones sociales se articulen con las políticas públicas y planes de desarrollo tanto del nivel nacional, como de las entidades territoriales. Con ello, el juez constitucional **recoge las exigencias de la justicia ambiental como criterio para resolver los conflictos de inequidad en la distribución de las cargas ambientales entre los diferentes intereses afectados**³² y pone de relieve la necesidad de compensar a aquellas

³² Vid. COLIN CRAWFORD. “La promesa y el peligro del Derecho Medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones”, en *Derecho Ambiental y Justicia Social*,

comunidades que “pierden” con el desarrollo de las actividades extractivas, como una exigencia de justicia distributiva o justicia social³³.

Finalmente, y aunque no lo desarrolla de manera tan clara en el *decisum*, **la Corte también reconoce la importancia del componente técnico en las decisiones minero-energéticas** y deja en claro que, además de una regulación legal que defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia Nación-territorio, **resulta crucial el fortalecimiento institucional y técnico que debe hacer el gobierno nacional central**, en cabeza del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA (MME), la ANM y la ANH³⁴. Ello, como presupuesto para una adecuada coordinación interinstitucional y para conciliar el cuidado de los recursos naturales y la protección de las comunidades asentadas en los territorios con el aprovechamiento eficiente de los recursos naturales no renovables y la necesidad de generar los ingresos necesarios para impulsar el Estado social y democrático de Derecho en todo el país, con criterios de equidad regional, la equidad social y la equidad para la defensa de la competitividad nacional. Sin unas autoridades administrativas más técnicas, mejor dotadas, plenamente consciente de sus responsabilidades y con mayor presencia en el territorio, difícilmente pueden alcanzarse en la *praxis* los postulados de la coordinación administrativa y del desarrollo sostenible.

III. Reflexiones finales: los problemas e incertidumbres del proceso de implantación de la gobernanza territorial en materia minero-energética:

Si bien la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-095 de 2018 puede verse como un esfuerzo notable por consolidar un modelo equilibrado de gobernanza del territorio y de sus recursos naturales no renovables, ella origina varios debates que no pueden ser pasados por alto. Con ser cierto que impone un modelo equilibrado de interacción de una nube de actores públicos y privados, en un plano más horizontal que jerárquico, y abre las puertas para una gestión más incluyente, sostenible y legítima de los recursos naturales en el territorio, no lo es menos que cuestiones como las relativas al nivel de incidencia que pueden llegar a tener los entes territoriales en estas determinaciones, lo mismo que lo referente a la existencia de condiciones propicias para una participación significativa y

Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 2009, pp. 55-56. En relación con la importancia de este criterio en el Derecho norteamericano y colombiano, visto desde la perspectiva del litigio estratégico, *cfr.* EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE. *El Derecho de la naturaleza. Una aproximación interdisciplinaria a los estudios ambientales*, Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 2019, pp. 159 y ss. Sobre esta doctrina en la jurisprudencia constitucional, véase, de la Corte Constitucional, las sentencias T-294 de 2014, SU-217 de 2017 o T-361 de 2017.

³³ DANIEL BONILLA. “Presentación. Justicia ambiental, normas jurídicas y acción política”, en *Derecho Ambiental y Justicia Social*, Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 16.

³⁴ El criterio No. 12, que alude al fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial, alude a esta exigencia.

constructiva de las comunidades y el rol que queda, en este escenario a las autoridades técnicas, son asuntos aún por resolver.

Así, desde el punto de vista de las instituciones llamadas a tomar parte en la discusión sobre el destino de los recursos minero-energéticos alojados en un territorio, el fundamento de su participación y el alcance que pueden llegar a tener sus requerimientos, resulta crucial la reiteración, efectuada en la sentencia SU-095 de 2018, de la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 332 de la Constitución, referente a la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, como una propiedad que pertenece al Estado en su conjunto, y no solo al nivel central -i. e. Nación-³⁵. Con todo, pese a reconocer este fallo que “la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables está en cabeza de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales y también de la población colombiana como componentes y elementos estructurales del Estado”, fruto de lo expresado en el tercero³⁶ y el octavo³⁷ de los lineamientos fijados para el legislador (y la Administración) por la Corte, **se excluye del debate que debe preceder a la concesión de un título minero-energético el SI o NO a la actividad minero-energéticas en un determinado territorio, para centrar la discusión en el cómo se va a adelantar esta actuación.** A mi modo de ver, ello obedece tanto a la falta de especificación constitucional o legal de los derechos puntuales que asisten a los entes territoriales en tanto que co-propietarios de estos recursos, como a la idea (no planteada explícitamente por la Corte) de que habiendo el legislador autorizado de manera general el desarrollo de estas actividades, mal podría negarse su ejercicio en un territorio concreto. Lo primero amerita un adecuado desarrollo legal por parte del Congreso de la República; lo segundo, un debate franco y abierto, puesto que la postura asumida por la Corte no parece consistente con las premisas sobre las que se fundamenta la discusión.

De otro lado, están los complejos dilemas de la participación ciudadana. Aunque la Corte Constitucional reconoce la importancia de la participación ciudadana en estos debates, habida cuenta de su relevancia para materializar el ideal de un Estado democrático de Derecho en el que el ciudadano tiene acceso y es parte activa del proceso de toma de decisiones políticas y de su fiscalización y control, no son pocos los asuntos que quedan por resolver en este frente. De una parte,

³⁵ Como ha sido expuesto por la jurisprudencia constitucional desde la sentencia C-221 de 1997, reiterada en las sentencias C-983 de 2010 y C-389 de 2016, la referencia al “Estado” contenida en el artículo 332 de la Constitución, “comprende el conjunto de todas las autoridades públicas, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales, y que con esta expresión el constituyente quiso evitar la centralización nacional de los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales, los cuales deben beneficiar a todos los colombianos” (Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1997).

³⁶ El criterio No. 3 de los definidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-095 de 2018 hace referencia a la “[i]nexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables”.

³⁷ El criterio No. 8 remite a la idea de desarrollo sostenible, entendido como “[e]quilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el supuesto de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir, como un derecho de los ciudadanos y como un deber del Estado”.

nada dice la sentencia SU-095 de 2018 sobre cómo superar la desconfianza en las instituciones y la polarización extrema alentada por las redes sociales, aumentadas estos últimos años en las comunidades, fruto de la indiferencia de las autoridades nacionales ante a los problemas ocasionados por las actividades extractivas en sus territorios, que solo hallaron eco en la Corte Constitucional. Tampoco es claro cómo enfrentar problemas estructurales del sistema político de nuestro tiempo y de nuestra sociedad, como el pluralismo radical que fractura y atomiza nuestra sociedad en multitud de grupos y facciones, el compromiso político inestable y de corto plazo que se observa hoy en la población, lo mismo que la sobreexposición a toda clase de información, la poca disposición a los debates profundos y complejos que predomina en el ambiente y el riesgo de sobrerrepresentación de las demandas de las minorías activistas (en perjuicio de las mayorías más pasivas y silenciosas)³⁸.

Finalmente, resta el arduo debate sobre el necesario equilibrio entre democracia participativa y democracia representativa. En la sentencia SU-095 de 2018 la Corte Constitucional alude a la necesidad del fortalecimiento institucional nacional y territorial. Sin embargo, no va más allá. Y es claro que en un Estado constitucional de Derecho, que se precia de ser una democracia liberal, el equilibrio entre estas dos formas de toma de decisiones democráticas debe presidir la toma de los grandes debates para el futuro de la sociedad. Como señala SCHMIDT-ASSMANN, “[l]a cuestión de quién es aquí democráticamente más legitimado, no se puede responder de manera simple. A menudo chocan las diferentes ideas locales, regionales y nacionales acerca de lo que sirve al bien común. De todos modos, algunas teorías políticas que quieren proceder bajo el lema “mientras más participación ciudadana, la decisión es más democrática”, son demasiado simplistas”³⁹. Es preciso, por tanto, tomar conciencia de que aun cuando se trata de una discusión con hondas repercusiones en la vida diaria de las personas, envuelve una compleja amalgama de intereses y unas altas dosis de debate técnico (v. gr. sobre las implicaciones ecológicas de un proyecto de exploración o explotación, las condiciones para su viabilización, la exclusión de determinados ecosistemas, etc.). Para esto último, probablemente resulte crucial el saber especializado de la Administración; para lo primero será esencial la estructuración de procedimientos administrativos abiertos, que aseguren una participación equilibrada de todos los interesados, un flujo adecuado de información y una debida contradicción de todas las evidencias y argumentos.

Si la gobernanza “explica la forma en que se organiza el reparto de responsabilidades entre el sector público y el privado en la actualidad”⁴⁰, las

³⁸ Sobre estos desafíos del sistema político contemporáneo, véase RAFAEL RUBIO NUÑEZ. “La crisis y sus retos para la democracia: ¿hacia un nuevo contrato político y social?”, en *Estudios de Deusto*, Vol. 66, No. 1, 2018, pp. 223 y ss.

³⁹ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. “El concepto de constitucionalización del derecho administrativo”, en *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (Ed. Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 33.

⁴⁰ E. CASTRO BUITRAGO. *Derecho Ambiental y... Loc. Cit.*, p. 141.

autoridades sectoriales no podrán replegarse ni desaparecer de escena, so capa de una supuesta amplificación de los espacios de participación ciudadana. Con ser cierto que resulta imperioso abrir instancias para la participación de la comunidad y de los diversos colectivos afectados, no lo es menos que la responsabilidad de las autoridades sectoriales frente a la Nación y el conjunto de la ciudadanía es irrenunciable e intransferible. Por lo tanto, su intervención en cuanto agentes de intereses públicos específicos solo podrá acentuarse y racionalizarse; su obrar, procedimentalizarse; sus criterios de decisión, afinarse y sofisticarse (la identificación, sopesamiento y articulación de los numerosos intereses en conflicto tendrá que convertirse en su especialidad); y una motivación adecuada y suficiente de sus determinaciones no pueden más que verse como una garantía innegociable para la operatividad del sistema. El camino por transitar es aún largo, pero el recorrido ya ha comenzado.

BIBLIOGRAFÍA

BONILLA, Daniel. “Presentación. Justicia ambiental, normas jurídicas y acción política”, en *Derecho Ambiental y Justicia Social*, Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 2009.

CALLOISE, Jacques. *L'État du Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 2015.

CASTRO BUITRAGO, Erika. *Derecho Ambiental y gobernanza. La concertación como actuación informal de la Administración*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Minería en Colombia: daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2014.

CRAWFORD, Colin. “La promesa y el peligro del Derecho Medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones”, en *Derecho Ambiental y Justicia Social*, Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 2009.

DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercé. *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2005.

FERNÁNDEZ PARRA, Sergio. “Los efectos de las consultas populares que pretenden prohibir la minería en Colombia”, en *¿El Estado constitucional en jaque?*, T. I, (Ed. Floralba Padrón y Magdalena Correa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

GONZÁLEZ, Ximena. “Comunidades votaron en 10 consultas populares mineras desde el 2013”, en *La República* (edición digital), 20 de marzo de 2019.

GUIZA SUÁREZ, Leonardo y RODRÍGUEZ BARAJAS, Cristhian. “El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera”, en *Universitas*, No. 131, 2015.

LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo. *El Derecho de la naturaleza. Una aproximación interdisciplinaria a los estudios ambientales*, Bogotá, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 2019.

LOZADA GÓMEZ, Marcelo. “En búsqueda de un espacio de participación constitucionalmente legítimo para las comunidades locales respecto del uso de los recursos naturales en su territorio. La participación ambiental como mecanismo de garantía de los derechos sociales”, en *El Estado Constitucional Colombiano en la periferia* (Ed. Magdalena Correa y Alfonso Palacios), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

MAYNTZ, Renate. “Nuevos desafíos de la teoría de la Governance”, en *Instituciones y desarrollo*, No. 7, 2000.

PRATS I CATALÁ, Joan. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, Madrid, INAP, 2005.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo; GÓMEZ REY, Andrés y MONROY ROSAS, Juan Carlos. *Las licencias ambientales en Colombia*, Bogotá, Ibañez - Foro Nacional Ambiental, 2013.

RUBIO NUÑEZ, Rafael. “La crisis y sus retos para la democracia: ¿hacia un nuevo contrato político y social?”, en *Estudios de Deusto*, Vol. 66, No. 1, 2018.

SANTAELLA QUINTERO. “Un territorio y tres modelos de gestión: análisis de la necesidad de armonizar y constitucionalizar las competencias urbanísticas, ambientales y mineras sobre el territorio”, en *Minería y Desarrollo. Historia y gobierno del territorio minero* (Ed. Juan Carlos Henao y Sebastián Ángel), T. 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “El concepto de constitucionalización del derecho administrativo”, en *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (Ed. Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014

TORUNCZYK, Daniel. “Movimientos socioambientales y minería transnacional: el caso Esquel (Chubut) en Argentina (2003-2011)”, en *Los retos de la gobernanza minero-energética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.