

**Estudio Normativo y Jurisprudencial Sobre la Realización de la Consulta Popular
Como Mecanismo Para Decidir Asuntos de Minería e Hidrocarburos en los
Municipios de Piedras (Tolima), Monterrey y Tauramena (Casanare), en los Años
2013 y 2014**

Una Monografía Presentada Para Obtener El Título De
Abogada

Elizabeth González Bustos

Universidad la Gran Colombia

Facultad de Derecho

Director: Giovanni Niño

Bogotá D.C.

Enero 2016

Dedicatoria

A mi familia, a mis mentores y a Héctor.

Agradecimientos

A la Universidad La Gran Colombia, por su oportuno acompañamiento en esta
investigación.

Resumen

Colombia es un país que se ha caracterizado por poseer un gran potencial en Recursos Naturales no Renovables (RNNR), que entre los más destacados se encuentran los minerales e hidrocarburos.

A pesar de representar un factor importante en la economía nacional la extracción de estos recursos, desde el 2013 estas extracciones han generado cierta polémica en algunos municipios de los departamentos de Tolima y Casanare, ya que ante la inconformidad de la comunidad por tales extracciones, sus Concejos Municipales han convocado a Consulta Popular para decidir sobre el aprovechamiento de estos recursos. Estos efectos jurídicos que generan las decisiones de estos mecanismos de participación ciudadana han desatado grandes controversias a nivel estatal, contractual y municipal.

Por esto, en el presente trabajo investigativo, además de plasmar la importancia y actualidad de la problemática, explicará la normatividad y jurisprudencia que regula el caso en cuestión y en efecto, dará a conocer las incidencias por las cuales se presentan estos fenómenos que sin duda alguna si no se tratan a tiempo, en un futuro afectarán a la gran mayoría de municipios colombianos.

Palabras Claves

Recursos Naturales no Renovables (RRNR); minerales; hidrocarburos; municipios; Tolima; Casanare; Concejos Municipales; Consulta Popular; Controversias.

Abstract

Colombia is a country that has been characterized by having a great potential in nonrenewable natural resources (RNNR) that among the most prominent are the minerals and hydrocarbons.

Despite representing an important factor in the national economy the extraction of these resources, since 2013 these extractions have generated some controversy in some municipalities in the departments of Tolima and Casanare, since before the nonconformity of the community for such withdrawals, their Municipal Councils have called for a Referendum to decide on the use of these resources. These legal effects generated by the decisions of these mechanisms for citizen participation have sparked great controversy at the state, contractual and municipal levels.

Therefore, in this research work, in addition to capturing the importance and topicality of the problem, explain the regulations and case law governing the case in question and in fact will release the incidents why these phenomena occur undoubtedly some if not treated on time in the future affect the vast majority of Colombian municipalities.

Key Words

Nonrenewable Natural Resources (NNR); minerals; hydrocarbons; municipalities; Tolima; Casanare; Municipal Councils; Referendum; controversy.

Tabla De Contenido

Introducción.....	9
Capítulo1. Aspectos históricos relevantes sobre la minería y los hidrocarburos en Colombia.....	15
Respecto de la minería en Colombia.....	16
Aspectos relevantes de la minería en la actualidad.....	21
Aspectos relevantes de los hidrocarburos en la actualidad.....	25
Definición de subsuelo	27
Capítulo 2. Explicación normativa y jurisprudencial sobre la regulación de la extracción de minerales e hidrocarburos, de la consulta popular municipal y de las competencias de los Concejos Municipales para convocar a consulta popular en Colombia	30
Respecto del Estado y la Democracia Participativa.....	30
Explicación jurídica sobre la propiedad del subsuelo y los RNNR.....	32
Noción de derechos fundamentales y derechos sociales fundamentales.....	33
De la participación ciudadana.....	35
La consulta popular como mecanismo de la participación ciudadana.....	36
Explicación normativa colombiana sobre la consulta popular.....	37
Diferencia entre acción popular y consulta popular.....	42
Autoridades municipales sobre consulta popular.....	43
Explicación normativa de las competencias del suelo y del subsuelo de los municipios.....	45
Competencia de los municipios para convocar a consulta popular.....	47
Normatividad relevante sobre minería e hidrocarburos en Colombia.....	48

Análisis de la Sentencia C 123 del 2014 de la Corte Constitucional de Colombia, M.P. Alberto Rojas Díaz del 5 de marzo de 2014.....	53
Capítulo 3. Análisis de Resultados de los Casos de la Realización de Consulta Popular sobre Asuntos de Minería e Hidrocarburos en los Municipios de Piedras, Tauramena y Casanare en los años 2013 y 2014.....	59
Primer Caso Piedras- Tolima.....	59
Segundo Caso Monterrey- Casanare.....	66
Tercer Caso Tauramena- Casanare.....	71
Capítulo 4. Resultados y conclusiones.....	75
Lista de referencias.....	86

Anexos

Anexo I.....

Conferencia.....

Anexo II.....

Entrevista.....

Introducción

Estudio Normativo y Jurisprudencial Sobre la Realización de la Consulta Popular Como Mecanismo Para Decidir Asuntos de Minería e Hidrocarburos en los Municipios de Piedras (Tolima), Monterrey y Tauramena (Casanare), en los Años 2013 y 2014

La presente monografía de grado titulada: “Estudio normativo y jurisprudencial sobre la realización de la consulta popular como mecanismo para decidir asuntos de minería e hidrocarburos en los municipios de Piedras (Tolima), Monterrey y Tauramena (Casanare), en los años 2013 y 2014”, es un estudio jurídico, en el cual se dará a conocer las causas e incidencias mediante las cuales los municipios de Piedras (Tolima), Monterrey y Tauramena (Casanare) votaron mediante consulta popular convocada por sus Concejos Municipales, la decisión de prohibir la incursión de proyectos de minería e hidrocarburos en los años 2013 y 2014 en su jurisdicción.

Desde entonces, dichas decisiones emanadas de las consultas populares sobre oro e hidrocarburos desataron gran polémica y discusión entre el sector estatal, el sector de los contratistas y de las mismas comunidades municipales. Es interesante observar que a lo largo de esta controversia, las entidades estatales encargadas para el efecto como lo son el Ministerio de Minas y Energía (MinMinas), la Agencia Nacional de Minería (ANM), la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo

Sostenible (MinAmbiente), la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), han manifestado que los Concejos Municipales carecen de competencia para convocar a consulta popular para decidir asuntos de minería y de hidrocarburos, ya que el ordenamiento jurídico colombiano lo prohíbe, mientras que los contratistas argumentan que ellos no pueden verse afectados por estas decisiones de orden municipal, ya que gozan de un derecho adquirido a través de la suscripción de un contrato con la ANM y ANH, respectivamente. En tanto que las comunidades municipales involucradas a través de sus Concejos Municipales, responden que no existe otro mecanismo en los que ellos puedan ejercer su derecho a la participación ciudadana para conocer y decidir sobre estos asuntos que según ellos, solo traen efectos nocivos para su salud y su municipio.

Explicado lo anterior, la presente problemática planteada tiene un alto grado de importancia y relevancia, que la hace merecedora de un estudio profundo para determinar las causas e incidencias jurídicas por las cuales, estos tres municipios decidieron asuntos relacionados con la extracción de minerales e hidrocarburos mediante la consulta popular, así como representa una gran importancia conocer a profundidad los argumentos de cada uno de los sectores involucrados en este asunto.

En efecto, para desarrollar esta investigación, es necesario abordar las características con las que el lector se encontrará a lo largo de estas páginas las cuales son de orden cualitativo, ya que mediante el estudio de la normatividad y jurisprudencia

correspondiente se conocerá el desarrollo que ha tenido la problemática durante el 2013 y 2014, así como también tendrá una característica de orden cuantitativo, al realizar análisis sobre estadísticas electorales de la Registradora Nacional del Estado Civil pero que por el uso de esta herramienta no corresponde al empleo de un método cuantitativo, simplemente es una herramienta de gran importancia para lograr los objetivos de la presente investigación.

Continuando con este acápite, es necesario dejar en contexto el origen de la problemática en Colombia que ocurrió con un caso presentado en julio de 2013 en el municipio de Piedras (departamento de Tolima) en el que se negó la incursión de un proyecto de minería a través de la decisión unánime del pueblo mediante la consulta popular, previamente convocada por su Concejo Municipal.

Este caso es muy importante traerlo a colación, porque además de ser novedoso, fue el primer caso colombiano en el que una decisión de consulta popular municipal sobre asuntos del subsuelo generó efectos jurídicos. Claramente esto llamó la atención del contratista encargado de este proyecto que no podía acogerse a tal decisión ya que tenía a su favor un título minero celebrado con la ANM, y ya había cumplido con todos los requisitos previos y ambientales exigidos por la ley. Sin embargo, esto no fue impedimento para que en el 2013 y 2014 los Concejos Municipales de Tauramena y Monterrey en el departamento de Casanare, convocaran a consulta popular para que el

pueblo decidiera sobre la aprobación o prohibición de dos proyectos de extracción y transporte de hidrocarburos, (un proyecto por municipio).

En estos dos últimos casos, la comunidad también optó por la prohibición de estos proyectos, lo que generó efectos jurídicos y reacciones por parte de los contratistas que también ejercieron sus acciones legales para exigir sus derechos, como se explicará a lo largo de la investigación. Ante estas situaciones, es de gran interés jurídico y académico profundizar sobre esta problemática ya que es claro notar que existen pero se desconocen las causas y las incidencias sobre estos tres casos que claramente, por lo que es necesario atender y estudiar desde la perspectiva jurídica tal problemática.

En consecuencia, la presente investigación tiene como objetivo principal dar a conocer las consecuencias e incidencias por las cuales los tres municipios mencionados con anterioridad negaron la incursión de proyectos de minería e hidrocarburos mediante la consulta popular municipal, así como también tiene la intención este trabajo de presentar el análisis de los fácticos de cada uno de los casos con la normatividad y jurisprudencia aplicable para el tema, para cumplir con el objetivo de proponer soluciones que generen una alternativa de solución u otra perspectiva sobre la misma, ya que si bien esta problemática tiene gran contenido jurídico, también involucra cada uno de los sectores sociales puesto que trasciende a aspectos tan relevantes e influyentes para nuestro país como lo son la extracción de minerales e hidrocarburos, al igual que la connotación de la participación y opinión ciudadana sobre el manejo de los mencionados recursos.

Para dar a conocer el desarrollo del tema de investigación, es necesario presentar el siguiente esquema lógico y metodológico del mismo que consiste en abordar los siguientes temas de manera detallada, a saber: i) Breve presentación de antecedentes históricos relevantes sobre la práctica de la minería y la industria de los hidrocarburos durante los últimos años y su explicación de por qué estas prácticas han generado gran desarrollo al igual que grandes conflictos entre los empresarios y las comunidades; ii) explicación jurisprudencial sobre la definición y connotación del subsuelo en Colombia, así como la regulación normativa de la práctica de la minería, la consulta popular, la democracia participativa, las competencias de los Concejos Municipales para convocar a consulta popular sobre este asunto en particular la jurisprudencia relacionada con el tema a investigar; iii) análisis de los casos de Piedras, Monterrey y Tauramena junto relacionado con el análisis normativo y jurisprudencial sobre el tema, así como aportes producto de entrevistas e investigaciones realizadas por expertos sobre el tema en cuestión; por último (iv) presentación de conclusiones.

Respecto de los métodos de investigación utilizados en el presente trabajo, fue necesario emplear el método cualitativo, como se mencionó en líneas anteriores. Así entonces, el método cualitativo correspondió aplicarlo sobre el análisis y explicación de la normatividad jurídica sobre los temas detallados en el párrafo anterior, con el refuerzo de aplicación de herramientas de orden cuantitativo (estadísticas de la Registraduría Nacional del Estado Civil), que no significan el desarrollo de este método en la presente

investigación, pero que son herramientas necesarias para cumplir los objetivos planteados.

En síntesis, toda la estructura y justificación aquí planteada sobre esta investigación, representa una de las razones por las cual se hace la invitación a todos los lectores, en especial a aquellos interesados en temas de relevancia pública como la minería, la extracción de hidrocarburos, los daños ambientales y la participación de la ciudadanía para que por medio de este estudio conozcan más a fondo la problemática, así como les sea útil para iniciar o corroborar con cambios positivos para nuestros propios recursos y el ordenamiento jurídico, donde claramente se da inicio al orden y discusión de todas las situaciones de índole social.

Capítulo 1

Aspectos Históricos Relevantes Sobre la Minería y los Hidrocarburos en Colombia

En el presente capítulo se dará a conocer los referentes y datos históricos más relevantes sobre el desarrollo de la minería y la extracción de hidrocarburos en Colombia, con una breve explicación de por qué esta industria ha sido tan importante para la economía colombiana, pero al mismo tiempo ha repercutido en aspectos ambientales, de salud, ecológicos que han llegado ser controvertidos y que se tratarán a profundidad en la presente investigación.

Vale resaltar en este punto que si bien los referentes históricos relevantes traídos a colación en el presente estudio son a nivel general, estos no dejan de ser pertinentes para la presente investigación, puesto que es importante conocer el contexto y así, desarrollar la problemática que data desde el 2013, como se ha reiterado en líneas anteriores.

Respecto de la minería en Colombia.

Antes de abordar el aspecto histórico sobre el desarrollo e importancia de la minería en Colombia, es preciso de antemano, definir que la minería según el glosario de la ANM (2014) es comprendida como una de las actividades más tradicionales y antiguas de la

humanidad al tratarse de una labor que depende de recursos naturales y/o de la corteza terrestre. (p.40).

De acuerdo con informe publicado por la ANM (2014) existen varios tipos de minería que se resumen en las siguientes: (i) minería a cielo abierto, que es la que consiste en operaciones realizadas en superficie; (iv) la minería formal, que es la conformada por unidades de explotación de tamaño variable, explotadas por empresas legalmente constituidas; (v) la minería ilegal, que es la desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y carece de título minero. Esta minería es desarrollada de manera artesanal e informal. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero; (vii) la minería legal es la que está amparada por un título minero que es al acto administrativo que otorga los derechos de explorar y explotar el subsuelo minero de propiedad nacional y el cual debe estar inscrito en el Registro Minero Nacional. (p.45)

Respecto de la historia de la minería y su desarrollo en Colombia, se tiene en cuenta que dicha práctica: “tuvo sus inicios en la época de la Colonia dentro del mandato de la Corona Española. Este desarrollo industrial tuvo que ver con la imposición del Reinado de España de la época, para realizar estas actividades necesarias y así mantener la estabilidad del sistema político de la época en territorio americano, ya que en Europa se estaba iniciando con estas actividades en la Edad Media”. (Banco de la República de Colombia, 2002). Igualmente, es de resaltar que antes de dicha imposición: “la minería se realizaba por los habitantes de América de manera artesanal que consistía en la

explotación de oro y plata a orilla de los ríos con socavones y herramientas hechas por los mismos mineros de las respectivas zonas”. (Banco de la República de Colombia, 2002).

Abonando con lo anterior, dicha imposición española surgida en la Edad Media consistía en imponer el llamado “quinto real”, el cual significaba que los explotadores de los Recursos Naturales No Renovables (RNNR) en la Colonia debían pagarle el 20% del producto explotado al gobierno español. La aplicación del quinto real tenía una excepción de aplicación para algunos particulares nativos. (Banco de la República de Colombia, 2002)

Como se puede evidenciar en este punto, la injerencia del gobierno de la época sobre el aprovechamientos de los RNNR era tan trascendental, que la misma comunidad debía tener la obligación de reconocerles este derecho y en efecto, de cederles de sus recursos a modo de impuesto. Sin duda alguna, esto representó la inconformidad de las comunidades de tener que compartir con el gobierno los recursos que ellos extraían para su sustento.

Ya para el siglo XX la industria minera en Colombia se estaba consolidando, lo cual ocurrió a partir del año 1930 con la producción de las calizas y se forjó en el año 1941 con la producción más alta de oro durante el siglo XX en el país (Duque, 1986, p. 40). Al mismo tiempo, las empresas mineras en la misma época dieron cuenta que los RNNR no metálicos como el azufre, las arcillas, el cuarzo, el yeso, entre otros, tenían gran demanda

y por eso, debían iniciar con su explotación. Sin embargo, a pesar que estos años representaron el inicio industrial de la minería en Colombia: “esto no significó un gran aporte de la misma industria al Producto Interno Bruto (PIB) ya que solo aportó el 5% del PIB entre los años de 1950 y 1990”. (FEDESARROLLO, 2011).

En síntesis, “la minería en Colombia tuvo gran auge en la década de los 90 que conllevó a la extracción de RNNR y de la realización de la minería con recursos directamente útiles para las actividades de construcción, lo cual determinó para el país una evolución en las políticas monetarias, cambiarias y de vivienda”. (Duque, 1986, p.42)

De acuerdo con lo anterior, si bien la minería ha sido desarrollada desde la época de la Colonia y tuvo su auge como industria durante el siglo XX, no se puede obviar el contexto reciente sobre el desarrollo de este sector que desde el 2010 ha sido catalogado como una de las locomotoras de la economía nacional. Para tal efecto, el gobierno presidencial del periodo comprendido entre el 2010 al 2014, se preocupó por fomentar, desarrollar y posicionar la minería en el plano económico a nivel nacional e internacional, por lo que a través del Plan Nacional de Desarrollo (PND) llamado: “Prosperidad para Todos”, el Gobierno Nacional en primera medida, dejó en contexto sobre la situación de la época de la minería, así como las ambiciones que se querían tener para desarrollar la actividad a mayor escala.

En el Resumen Ejecutivo presentado por la Presidencia de la República de Colombia (2010), el gobierno informó que dentro del proceso de promulgación de este PND, Colombia pasó de ser un Estado fallido a ser un país con grandes expectativas de crecimiento económico, pues ya era atractivo para las grandes industrias extranjeras venir al país con el ánimo de invertir y generar empleo, así como de catapultar esta buena imagen a través del turismo, entre otros servicios y productos que se podían ofrecer al mercado internacional (p.1)

En el marco del desarrollo de dicho PND (2010), el gobierno además aseguró en este informe que fue necesario plantear ocho pilares que representaban los objetivos y metas a alcanzar para obtener un mejor crecimiento, dichos pilares tratados fueron: “convergencia y desarrollo regional, crecimiento y competitividad, igualdad de oportunidades, consolidación de la paz, innovación, sostenibilidad ambiental, buen gobierno y relevancia internacional” (p. 6)

Para efectos de ilustrar la nueva cara de la minería en la implantación de este PND, esta se encuentra desarrollada en el pilar de crecimiento y competitividad que dentro de este plan tenía dentro de sus prioridades la conformación de un marco institucional para que el sector privado participara en la práctica de la minería, al igual que la creación de la Agencia Nacional de Minería (ANM, creada mediante el Decreto 4131 de 2011), al igual que desarrollar estrategias para aumentar la productividad, formalizar y mejorar la seguridad en el sector minero. (2010, p.17)

Muchas otras acciones que desarrollarían este pilar fueron tenidos en cuenta pero para lo que respecta en la presente investigación, los objetivos correspondían a la vigilancia, control y formalización de la minería en el país (Presidencia de la Republica,2010, p.17), pero no se tuvo en cuenta la precaución sobre la participación de la comunidad y no porque esto fuera necesario, sino porque como se ve a lo largo de este PND, la prioridad del gobierno en ese momento era lograr el posicionamiento de la industria minera a gran escala a nivel nacional e internacional.

A pesar de no tener en cuenta el asunto de la participación ciudadana de las comunidades sobre la toma de decisiones en la minería, en el pilar de sostenibilidad ambiental desarrollado en este PND, se tuvo la intención de tratar el aspecto de la comunidad pero a nivel ambiental y ecológico, ya que según el presente informe ejecutivo sobre el PND (2010), “la minería es una de las actividades que mayor genera contaminantes sobre los recursos hídricos, además de exponer a las comunidades a los efectos del uso de los químicos y sustancias que se usan en la minería y que son nocivos para la salud del ser humano” (Presidencia de la Republica, 2010, p.29)

Aspectos relevantes de la minería en la actualidad.

Es importante también mostrar los aspectos relevantes de la minería en la actualidad, ya que los efectos que genera no son solo a nivel jurídico sino a nivel, ambiental, social, entre otros sectores. Para ilustrar esto, fue necesario estudiar la investigación de la

Contraloría General de la Republica (2014), denominada: “Economía ecológica, ecología política y justicia ambiental, neo-constitucionalismo. Algunas aproximaciones para el análisis de problemáticas alrededor de la explotación de recursos naturales no renovables”.

En ese orden de ideas, el órgano de control arrojó dentro de sus resultados investigativos los siguientes aspectos relevantes, positivos y negativos de la realización de minería en la actualidad (Contraloría General de la Republica, 2014, p. 100), a saber:

- “Las ventajas que trae consigo la realización de actividades mineras que benefician al Estado a través del pago que este percibe por regalías, impuestos y demás emolumentos. Igualmente, esto trae para las comunidades mineras un crecimiento económico que se representa como fuente de ingreso e industria para generar empleo”. (Contraloría General de la Republica, 2014, p.100)
- Sin embargo, por otro lado se encuentran los aspectos no tan positivos de la realización de minería en Colombia, ya que esto trae consigo el deterioro y agotamiento del subsuelo y de los RNNR.(Ídem)
- Otro aspecto que llama la atención y que fue el análisis en el estudio de la Contraloría, es sobre los efectos sociales que tiene el desarrollo de la minería, pues esto significa para las mismas comunidades, violencia, corrupción, conflicto

armado, entre otros fenómenos sociales que se desatan por querer dominar los territorios que producen RNNR. (Ídem)

- Respecto del punto de vista cultural, la Contraloría relata que las comunidades al tener que adoptar y realizar la minería presentan mutaciones a nivel de costumbres, religiosos, entre otros que hacen parte de su identidad étnica, entre otros. (Ídem)

Como se evidencia, la minería a lo largo de la historia ha representado gran importancia, que no solo recae en los aspectos jurídicos, también supera las esferas del aspecto social, cultural y económico. Pero todas estas circunstancias en conjunto representan la manifestación de ausencia de convergencia entre los intereses promovidos desde el modelo de desarrollo imperante y las demandas de mayor participación por parte de las comunidades en las cuales se tiene incidencia y se ven afectadas en el goce efectivo de sus derechos.

Otro punto que es interesante analizar y dar a conocer es el aspecto actual de la minería bajo el Plan Nacional de Desarrollo denominado “Todos por un nuevo país”, y el cual se encuentra vigente desde el 2014 hasta el 2018. En este nuevo PND se presenta un cambio radical en cuanto a la concepción e importancia que toma la minería, que no solamente se tiene en cuenta como una industria, sino también como un aspecto que trasciende a otros asuntos como los sociales, los ambientales, los económicos y los ecológicos.

Este PND, en su artículo 18 denominado: “Mecanismos para el trabajo bajo el amparo de un título en la pequeña minería”, se regulan específicamente las funciones de la ANM para vigilar y formalizar en determinados tiempos el aspecto de la minería informal.

Sobre la exclusión de zonas mineras, que ha originado grandes discusiones entre las entidades estatales y las comunidades, se reglamenta bajo ese PND en su artículo 19 que establece la competencia del Gobierno Nacional a través de sus entidades para excluir ciertas zonas del territorio para hacer minería. Con esto, se deja claro y se afirma que las comunidades no son las competentes para excluir estas zonas de la minería.

Como se ha visto grosso modo en el vigente y actual PND, la minería fue tenida en cuenta desde varios aspectos, no solo como una industria sino también como una herramienta de crecimiento social gracias a los múltiples beneficios que genera, pero también teniendo en cuenta la precaución para el efecto de su práctica. Sin embargo, a lo largo de esta normativa, no se deja claro sobre el rol de las comunidades en cuanto a la participación en la toma de decisiones para realizar y práctica de la minería.

Como se ha estudiado en este capítulo, se pudo observar que la minería tuvo un gran cambio desde el PND de 2010 hasta el PND vigente a la fecha, puesto que en el primero, recién se estaba considerando a la minería como la industria generadora de recursos para el país y su interés de ser desarrollada, pero a partir del PND de 2014, la minería además de ser tenida en cuenta como tal industria, también ha logrado regular aspectos como de

control, vigilancia, formalización y beneficios de su práctica, así como de la reiteración de la importancia sobre la aplicación de las medidas ambientales correctas para lograr mitigar y/o disminuir los daños. Pero ni en el pasado PND ni en el actual se dilucidó sobre la participación ciudadana de las comunidades en la toma de decisiones, lo cual desde este punto, inicia con un vacío jurídico que se explicará a lo largo de este estudio.

Aspectos Históricos Relevantes Sobre la Extracción de Hidrocarburos en Colombia

En cuanto a la historia de la explotación de hidrocarburos, se tiene información que las primeras explotaciones ocurrieron durante el siglo XIX en el costado Este de Estados Unidos de América (goldedefecto blog spot, 2012) y desde este país se empezó a proliferar la industria del petróleo como una de las más ambiciosas en la actualidad, la cual en Colombia no es la excepción.

Sobre el desarrollo que ha tenido la industria del petróleo en Colombia, también se traerá a relación el PND de 2010, en el que directamente se tiene en cuenta como una locomotora generadora de empleo. De acuerdo con el Informe Ejecutivo del Gobierno Nacional (2010) la industria de los hidrocarburos fue especificada como un área para el desarrollo de incentivos para quienes la ejercieran y en efecto, generaran empleo, al igual que ampliar el conocimiento del subsuelo y de la seguridad industrial (p.16) En lo que respecta al conocimiento del subsuelo, esto resultó muy importante ya que las autoridades

encargadas como la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) debía especificar estos límites de explotación. (2010, p.17)

En términos generales, la industria de los hidrocarburos estaba un poco más desarrollada que la de la minería cuando este PND estaba vigente (2010), pero no se debe olvidar que este sector ha sido generador de grandes controversias, como el de regulación de regalías que tuvo que ser modificada mediante la ley 1530 de 2011 para que la distribución de estos recursos fuera de manera más equitativa entre los municipios.

Aspectos relevantes de los hidrocarburos en la actualidad.

En cuanto a la situación general de la industria petrolera en la actualidad, también se trajo a mención el vigente PND (2014- 2018), el cual aborda temas enfáticos como las formalidades de los contratos suscritos con la ANH (artículo 27), así como del compromiso de los empresarios y explotadores de hidrocarburos que deben cumplir en cuanto a las medidas ambientales para proteger los humedales (artículo 158)

Igualmente, en el artículo 159 de este PND, se establece las precauciones que se deben tener en cuenta para la delimitación y prohibición de extracción de hidrocarburos cuando los yacimientos se encuentren cerca a páramos.

Así entonces se concluye en este acápite, que la industria de hidrocarburos ha tenido un mayor control y rigurosidad desde el PND de 2010 y que en el PND de 2010, se refuerza esta rigurosidad a cambio de incentivos para quienes lo cumplan, pero también se encontró que no se tuvo en cuenta la relación comunidad- participación para la incursión de proyectos de hidrocarburos, al igual que la minería.

Definición de Subsuelo

Con el orden del presente capítulo, no se puede omitir la definición de subsuelo desde el punto de vista jurídico, ya que como se apreciará a lo largo de este escrito, este es un álgido punto dentro de esta investigación, ya que este asunto rodea la principal preocupación de las comunidades municipales en cuestión.

En concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la connotación de subsuelo es concebida como la porción de la tierra de la cual el Gobierno Nacional por mandato de la ley tiene la potestad de reglamentar el uso del suelo y del subsuelo, al igual que el desarrollo de las actividades relacionadas con la explotación de recursos naturales no renovables, siempre teniendo en cuenta los principios de interés general y utilidad pública. (Sentencia C- 412 del 1 de julio de 2015, Magistrado sustanciador Alberto Rojas Ríos).

Para contextualizar en Colombia este término, es importante resaltar la línea jurisprudencial sobre la definición y el aprovechamiento del subsuelo que trae consigo la

Honorable Corte Constitucional de Colombia. Así entonces, en sentencia C-983 del 1 de diciembre de 2010 (Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte manifiesta que se ha reiterado la línea jurisprudencial sobre el efecto, la cual reside en los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, puesto que es la respuesta del constituyente sobre la propiedad del subsuelo de Estado. A saber, el Estado es el propietario del subsuelo y de los RNNR, sin perjuicio de los derechos adquiridos de conformidad con las leyes preexistentes. Además, la facultad de la explotación de los RNNR, del uso del suelo y la planificación, manejo y aprovechamiento de los RNNR se encuentra en cabeza del Estado.

Continuando con esta línea jurisprudencial, dicha facultad estatal se encuentra reforzada en la Ley 685 de 2001 (estudiada en posterioridad), la cual respalda el mandato constitucional sobre el aprovechamiento del suelo y del subsuelo

Como se evidencia, la jurisprudencia colombiana en cuanto al problema jurídico específico aquí planteado ha sido uniforme relacionada con la definición del subsuelo y su aprovechamiento. La Corte ha reiterado que tanto la propiedad como el derecho de aprovecharlo reside en cabeza del Estado quien es la institución jurídica legitimada para desarrollar este derecho a través de los diferentes mecanismos en todo el territorio nacional a título de “préstamo”. Este punto es importante resaltarlos, ya que en el acápite del estudio de los tres casos enfatizados en el presente capítulo, se abordará a fondo la problemática sobre la participación municipal en el aprovechamiento del subsuelo y de

los RNNR, lo cual se empieza a dejar en evidencia que esto le corresponde al Estado dilucidar.

Igualmente, este tema ha sido abordado y definido por la académica, enfáticamente relacionado con la participación de las comunidades en la minería, por esto es importante traer a mención un estudio sobre la definición del subsuelo y de la minería en Colombia, realizado por un grupo de investigación de la Contraloría General de la República y dirigido por el profesor Luis Jorge Garay (2014), el cual establece que el Estado es el propietario del subsuelo, de acuerdo con el artículo 332 de la Constitución Política, pero que este derecho no es de carácter absoluto, gracias al Código de Minas que permite a través del contrato de concesión minera el derecho a particulares de extraer o captar los RNNR, pero que dicho derecho no le otorga propiedad alguna a ningún contratista sobre la extracción de estos recursos (2014, p.294).

De este modo se concluye con una uniforme definición jurisprudencial e investigativa sobre la explicación de la importancia en la historia colombiana de la minería y la extracción de hidrocarburos, así como de la unánime concepción y definición del subsuelo de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano. Así las cosas, se continuara con el segundo capítulo del presente trabajo que se encargará de dar a conocer el estudio normativo y jurisprudencial de la problemática planteada.

Capítulo 2

Explicación Normativa y Jurisprudencial Sobre la Regulación Normativa de la Extracción de Minerales e Hidrocarburos, de la Consulta Popular Municipal y de las Competencias de los Concejos Municipales para Convocar a Consulta Popular en Colombia

En este capítulo se desarrollará uno de los objetivos de la presente investigación que reside en la explicación jurídica de la normatividad y jurisprudencia relacionada con la consulta popular, la competencia de los Concejos Municipales, entre otros términos que a lo largo de este capítulo mostrarán su importancia y pertinencia en la presente investigación.

Respecto del Estado y la Democracia Participativa

Son muchas las teorías sobre la definición del Estado, pero a partir de la Constitución de 1991 en Colombia se instauró un nuevo modelo de Estado denominado, Estado Social de Derecho, el cual a lo largo de los pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes colombianas ha sido definido de la siguiente manera, específicamente en la Sentencia C406 de 5 de junio de 1992 de la Corte Constitucional Colombiana, (Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón), en la cual se establece que el Estado Social de Derecho fue creado

desde dos puntos de vista: uno cualitativo y otro cuantitativo. Respecto del aspecto cualitativo, el Estado es bienestar (*welfare state*) y respecto de lo cuantitativo, se refiere al Estado constitucional democrático que corresponde a la respuesta jurídico política de la actividad intervencionista del Estado y que trae consigo nuevos valores y derechos consagrados a partir de los derechos humanos y se manifiestan a través de la creación de los mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico a través de un catálogo de principios y derechos fundamentales.

Así entonces, el Estado social de derecho es una institución social y jurídica que consta de tres aspectos fundamentales: “(i) El pueblo; (ii) el territorio; (iii) el poder de mandato digno. Estos elementos representan todo lo relacionado con el aspecto territorial”. (Camargo, 2009). Igualmente, Elejalde afirma que: “no todos pueden ser gobernantes no pueden ser representantes para que el interés nacional prevalezca” (2008, p. 85). Lo anterior se ha ilustrado en América, como por ejemplo: “en los Estados Mexicanos que en 1917 a través de su Constitución Política instituyó que el pueblo podía modificar su gobierno” (Camargo, 2009, p.151). Igualmente en Colombia esta filosofía de democracia participativa inició a tener sus efectos en la Constitución Política de Colombia que en su artículo 3 establece a día de hoy la potestad de la soberanía en cabeza del pueblo.

Continuando con el desarrollo de la democracia participativa, los ciudadanos a través de sus organismos toman decisiones a nivel de gobierno. En palabras de Elejalde (2008): “la democracia participativa contribuye a aumentar el control sobre los representantes como

el autogobierno directo de los ciudadanos” (p. 250). Es de tal envergadura la democracia en el Estado Social de Derecho, que para el caso colombiano se aplica la democracia participativa ya que el pueblo es quien elige a sus gobernantes para que estos en su representación tomen todas las decisiones.

Esta democracia participativa otorga la seguridad que quienes se encuentran gobernando poseen conocimientos en los temas que se requieren y por esto, a nivel de mecanismos de participación, los gobernantes son quienes deciden desarrollarlos. En el caso particular, la realización de la consulta popular reside en la facultad de los Concejos Municipales para que la comunidad tome una decisión de importancia municipal.

Con el fin de relacionar la democracia participativa en torno a la minería y extracción de hidrocarburos, se traerá a relación un emblemático fallo de la Corte Constitucional que desarrolla la democracia participativa, específicamente en la realización de minería y extracción de hidrocarburos y la participación ciudadana de los grupos étnicos y raizales colombianos.

Así entonces, en la Sentencia C- 149 de 4 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Jaime Araujo, se estudió el alcance la de democracia participativa de la siguiente manera:

Explicación jurídica sobre la propiedad del subsuelo y los RNNR

La explicación de la breve definición de Estado y de democracia participativa y de subsuelo en el anterior capítulo, refleja en la Constitución Política un resultado de dichas definiciones adoptadas. Así entonces, el artículo 332 de la Carta Política establece que el Estado es el propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. Igualmente, la Constitución Política dispone lo relacionado con el derecho que tiene el Estado a recibir contraprestación económica por la explotación de estos recursos, lo cual, no es sujeto de discusión ni de investigación en este trabajo.

No obstante, este articulado también refleja la adopción de Colombia de la Declaración de Estocolmo de 1972, (Conferencia de las Naciones Unidas -ONU), en la que a través de su principio 21 rige que los Estados parte son propietarios y encargados del aprovechamiento del subsuelo y de los RNNR. Por lo tanto, tanto en la doctrina como en la Constitución y en el Bloque Constitucional, se manifiesta como propietario al Estado del aprovechamiento de los recursos en cuestión.

Antes de explicar los mecanismos de participación ciudadana y la consulta popular, es necesario estudiar la definición de los derechos social y los derechos sociales fundamentales, que sin duda alguna tienen una gran incidencia en la explicación de esta controversia

Noción de derechos sociales y derechos sociales fundamentales.

No se puede abordar el tema de mecanismos de participación ciudadana sin antes explicar lo relacionado con los derechos sociales y los derechos sociales fundamentales, para comprender un poco más de la estructura del ordenamiento jurídico.

Así entonces, el derecho subjetivo se define en sentido estricto como el poder legalmente reconocido a un sujeto por una norma legal para la persecución de intereses propios mediante la permisón o prohibición de ciertos supuestos fácticos. Dicho de este modo, el derecho subjetivo se compone de norma jurídica, obligación jurídica, poder jurídico y posición jurídica. (Arango, 2012, p.9).

Sin embargo, el derecho subjetivo se encuentra en otra acepción que se caracteriza por ser este una posición jurídica, que no debe confundirse con la del poder jurídico. La primera trata de la exigibilidad judicial constitutiva de la protección de los derechos. Según la obra de Arango, El Concepto de los Derechos fundamentales sociales (2012): “tener un derecho es una condición de exigibilidad, en tanto que los derechos subjetivos debe ser garantizados por la apertura de caminos legales, pero la exigibilidad no es una condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo”. (p.17).

Al lado de los derechos subjetivos, existen los derechos fundamentales que si bien han tenido gran relevancia en el Estado Social de Derechos de acuerdo con Robert Alexy, se

define los derechos fundamentales como posiciones importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria.(2012, p.17)

En palabras de Arango (2001) en su artículo: “la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, plantea una gran diferencia entre los meros derechos fundamentales y los derechos sociales fundamentales, ya que los primeros se pueden hacer de manera exigible e inmediata ante los jueces, mientras que los segundos, corresponden a un ideal de derechos abstractos que como son de difusa titularidad, resulta imposible satisfacerlos de manera eficaz como ocurre con los derechos fundamentales (p. 10).

Dado que los derechos fundamentales sociales colectivos no provienen de competencias de órganos estatales, que reconocen el derecho a la seguridad social de los habitantes del territorio y con ello, la capacidad sus posiciones jurídicas, no significan que los organismos estatales sean libres, es decir, que tengan el derecho de promulgar o no normas jurídicas con este propósito, a pesar de que tienen un ámbito de configuración legislativa para la toma de decisiones en la materia. Si no se cumple con la norma de competencia, puede conllevar a la vulneración de derechos fundamentales por omisiones estatales.

De la participación ciudadana

La Corte a través de la Sentencia C331 de 2012 (Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva) expresó que: “la materialización de la democracia participativa reside en los mecanismos que existen para que sean los ciudadanos los que se manifiesten sobre asuntos de alto impacto; (ii) Sobre la participación ciudadana de las minorías; (iii) El derecho de participación ciudadana de los pueblos indígenas para proyectos de minería en sus territorios yacentes a sus territorios; (iv) Reiteración de jurisprudencia sobre la viabilidad de consulta para los pueblos indígenas”. (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

En este pronunciamiento, la Corporación constitucional establece que no puede existir una exclusión de las comunidades indígenas y raizales, cuando de tomar decisiones en minería se trataran, ya que a través del convenio 169 de la OIT, el cual Colombia ha adoptado, se deja claro que los Estados son los responsables de regular la democracia participativa y la participación ciudadana a las minorías a través de los instrumentos jurídicos estatuidos en el ordenamiento, en este caso, la posibilidad de participación de dichas minorías a través de la consulta previa cuando se fueran incursionar proyectos de minería en su jurisdicción.

La Consulta Popular como Mecanismo de Participación Ciudadana

En aras de desarrollar el presente capítulo, se procederá con la definición doctrinal, jurisprudencial y normativa de la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana.

En este orden de ideas es preciso traer a mención una breve definición del principio de democracia participativa a través de la Sentencia C-150 del 8 de abril de 2015, (Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo) y la cual define a este principio como la posibilidad que tienen los individuos, así como las minorías de oponerse a la determinaciones de las mayorías cuando tales decisiones tengan la aptitud de afectar los derechos que constitucionalmente le han sido reconocidos y que les permiten expresar su individualidad.

Dicho de este modo, el principio de participación ciudadana es el origen del nacimiento de los mecanismos de participación ciudadana, dentro de los cuales se encuentra clasificado la consulta popular y que de acuerdo con Esguerra (2004) en el ordenamiento jurídico colombiano tuvo sus inicios en el Código Civil de Andrés Bello que inicialmente fue adoptado en Chile, pero en 1873 fue promulgado en Colombia y progresivamente, en todos los países de Latinoamérica. De este modo, la consulta popular se logró instituir como un mecanismo apto para proteger derechos colectivos o derechos sociales. (p.50)

Así entonces, la consulta popular en palabras de Esguerra (2004) es un mecanismo que se creó para la protección de los derechos individuales en una colectividad, para después ser implementado dicho mecanismo a derechos colectivos difusos, los cuales surgieron a modo de protección personal pero que también ampara en la misma medida a determinada colectividad (p. 199).

Igualmente la jurisprudencia colombiana por medio del estudio de la Ley estatutaria 134 de 1994, que se verá más adelante, ha definido y reiterado la importancia de este mecanismo de participación ciudadana. En Sentencia C-180 de 14 de abril de 1994 de la Corte Constitucional de Colombia (Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara) la consulta popular es la opinión que en una determinada autoridad solicita a la ciudadana sobre un aspecto específico en interés nacional, regional o local, que obliga a traducirla en acciones concretas. El derecho de todo ciudadano a participar en las consultas populares, hace parte del derecho fundamental a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Explicación normativa colombiana sobre la consulta popular.

Mediante la Ley Estatutaria 134 de 1994, que es la ley reguladora de los mecanismos de participación ciudadana, se empezó a desarrollar el concepto de los derechos sociales, así como de la participación ciudadana. En efecto, esta Ley trajo consigo todo lo relacionado con los mecanismos para que la colectividad los interponga de acuerdo con sus

características. En este caso, se abordará el desarrollo normativo del mecanismo consagrado en esta ley y objeto de estudio: la consulta popular.

Así entonces, el artículo 1 de mencionada Ley enumera los mecanismos de participación ciudadana, y la consulta popular como uno de estos mecanismos en cuatro órdenes: a nivel nacional, departamental, distrital, municipal y local. Vale resaltar que la que en la que compete ahondar en esta investigación es la consulta popular a nivel municipal.

Igualmente, este artículo enuncia que estos mecanismos no afecta el desarrollo de otras formas de participación ciudadana en la vida política, económica, social, cultural, universitaria, sindical o gremial del país, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta Ley.

Sobre la definición de la consulta popular, el artículo 8 la expresa como la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde local o municipal, según el caso, para que sea decidido mediante el sufragio universal. Aquí existe un elemento importante en esta ley que desarrolló el propósito territorial del legislador, el cual consiste en delimitar por competencias la potestad de convocar a consulta popular, dependiendo de la jurisdicción que corresponda.

En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria. Cuando la consulta se refiere a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República.

Para este caso, la consulta popular que es de orden municipal, es convocada por su alcaldía a través de su órgano rector como lo es el Concejo Municipal. En este sentido, el artículo 51 define la consulta a nivel departamental, distrital, municipal y local. Sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y de los casos que éste determine, los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales.

Para que proceda la realización de esta consulta popular, la autoridad encargada (en este caso, el Concejo Municipal), debe presentar un concepto mediante el cual se explique la conveniencia e importancia de realizar la consulta popular con la pregunta propuesta por el Concejo. Seguido de esto, el texto de la consulta se remitirá al tribunal contencioso-administrativo competente para que se pronuncie dentro de los 15 días siguientes sobre su constitucionalidad. (Artículo 53, Ley 134 de 1994).

Uno de los aspectos que caracteriza la agilidad y simplicidad de la consulta popular en el tenor de esta ley es el procedimiento de realización el cual consiste en que las preguntas que se formulen al pueblo estarán redactadas de forma clara, de tal manera que el voto a

dicha pregunta sea emitido mediante un “SI” o “NO”, de acuerdo con el artículo 52 de la presente ley.

Cumpliendo con los requisitos anteriores, si la pregunta a someter es procedente, se fijará la fecha de la consulta popular, para esto, el artículo 54 de la Ley regula que en el caso de las consultas populares celebradas en el marco de las entidades territoriales y en las comunas, corregimientos y localidades, el término será de dos meses.

Aunque la ley en principio permite que se puedan convocar mediante consulta popular asuntos de orden municipal, en el caso concreto., la misma ley prevé que no se pueden discutir mediante esta asuntos de asamblea constituyente, salvo cuando se vaya a reformar la Constitución de acuerdo con lo establecido en el artículo 376 de la Constitución Política de Colombia.

Sobre los efectos jurídicos de la decisión emanada por el pueblo mediante la consulta popular, el artículo 55 de dicha ley prevé establece que la decisión tomada por el pueblo en la consulta, será obligatoria. Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral, y en consecuencia, de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 134 de 1994, el Concejo Municipal

debe tomar las medidas para hacer efectiva la voluntad del sufragio en la consulta popular realizada.

Luego de esta explicación, se trae a relación otra sentencia que fue el primer fallo que trató el asunto de la participación ciudadana en la toma de decisiones en minería a través de la consulta popular, y como se verá más adelante, trata otros aspectos de carácter importante en esta investigación. Dicha Sentencia es la C-123 de 5 de marzo de 2014 (Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos), en la que se abordó específicamente la participación ciudadana de los municipios a través de la consulta popular para decidir sobre asuntos de minería. En ese punto, la Corte dejó claro que si bien la consulta popular es un mecanismo para que las comunidades participen y decidan sobre asuntos de interés directo en su jurisdicción, en el ordenamiento jurídico colombiano no está permitido invocar a dicho mecanismo para tratar asuntos de minería a nivel municipal, puesto que el facultado para decidir sobre estos asuntos es exclusivamente el Estado.

En líneas posteriores se realizará el análisis de la sentencia mencionada en el párrafo inmediatamente anterior, ya que aborda diversos temas de orden trascendental para comprender la problemática planteada.

Diferencia entre la acción popular y la consulta popular.

Llama la atención como diferentes organismos en torno a la presente discusión desarrollada en esta investigación, confunden las acepciones de consulta popular (la que trata este trabajo), con la de acción popular. Para explicar e ilustrar las diferencias entre estos instrumentos jurídicos y a su vez, mecanismos de participación ciudadana, se definirán los dos a continuación. Respecto de la acción popular a la que tutela los derechos que son del pueblo, porque el ultimo, el titular de dicho reclamo de derecho no es un individuo, sino que es la comunidad, porque como se explica Esguerra (2004): “los intereses de la comunidad están en juego como por ejemplo, los bienes de uso público” (p.198).

En esta medida, es el propio pueblo quien tiene en principio a su cargo la defensa del buen orden necesario para garantizar al ciudadano la seguridad de estos bienes y de su uso.

Caso contrario sucede con la consulta popular que no es otra cosa que un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual la comunidad a través de sus autoridades a nivel municipal, departamental o nacional deciden de manera afirmativa o negativa una pregunta relacionada con asuntos de su jurisdicción, como se ha explicado a lo largo del presente capítulo.

Por lo anterior, en adelante solo se hará referencia a la consulta popular, ya que la acción popular no tiene las características propias de la problemática planteada. Para continuar con el desarrollo del presente capítulo, se dará a conocer la explicación de las competencias de los municipios como autoridades para convocar a consulta popular sobre aspectos del uso del subsuelo y de los RNNR.

Autoridades Municipales sobre Consulta Popular

Inicialmente, la definición de entidades territoriales se comprende como: “la ficción jurídica que goza de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la Ley orgánica de Ordenamiento Territorial, es decir que la entidad territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, permitiéndose incluso a las entidades emitir títulos y bonos de deuda pública, con sujeción a las condiciones del mercado financiero”.(Olano, 2004, p. 502)

En ese orden de ideas, entiéndase como entidades municipios, por lo que se analizará la autonomía de la que gozan las entidades territoriales y por ende los municipios.

Respecto de la autonomía de las entidades territoriales, se entiende que son personas jurídicas de derecho público que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses de los límites de la Constitución y la Ley. Los tres elementos básicos de las entidades territoriales son: “el elemento **político**, es decir, gobernarse por autoridades propias; el

segundo elemento es el **administrativo**, que corresponde a ejercer las competencias que le correspondan; y el último elemento es el **fiscal**, que no es otra que es participar en las rentas nacionales y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. (Cartilla de descentralización de la Procuraduría General de la Nación).

En segundo lugar, el principio de autonomía territorial reposa en cabeza de los municipios, el cual es de gran importancia, toda vez que es la capacidad de manejar los asuntos propios, los cuales le conciernen al ente territorial en específico, tal como una libertad establecida en la Constitución de 1991 y la Ley.

En este mismo sentido, la autonomía cuenta con ciertos límites mínimos y máximos que los establece el ordenamiento constitucional. Así las cosas, dentro de los límites de la autonomía territorial, se encuentran en un conjunto de derechos y atribuciones que a su vez, representan los límites máximos y mínimos de las entidades territoriales de acuerdo que se reduce como el límite máximo de la autonomía territorial tiene una frontera política entendida como aquel extremo que al ser superado rompe los principios de organización del Estado para convertirse en independiente, en algo diferente de aquella unidad a la cual pertenecen las entidades territoriales. (Cartilla de la Procuraduría General de la Nación sobre la descentralización).

Sobre la distribución de competencias, la Corte Constitucional en Sentencia C-331 de 2012 (Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva) trajo a colación los principios

propios de la administración que a su vez son el fundamento de la distribución de competencias. Estos principios son el de coordinación, concurrencia y subsidiaridad. En consecuencia, el principio de concurrencia lo explica la Corte de la siguiente manera: (i) El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos; (ii) El principio de coordinación comprende la distribución de competencias desde la asignación de estas competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo que impone que su ejercicio se haga de manera armónica.

Explicación normativa sobre las competencias del suelo y subsuelo de los municipios.

La ley 388 de 1997 es la que regula las competencias de las entidades territoriales en Colombia respecto del suelo en Colombia. Es de entender, que el suelo es diferente del subsuelo, toda vez que el primero trata sobre la superficie y la segunda, sobre la capa inferior del suelo donde se encuentran los RNNR.

Es de resaltar en este punto, el artículo 3 de la mencionada Ley que prevé la función pública del suelo, en este orden de ideas esta norma tiene como prioridades atender los

procesos del cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras de interés común. En efecto, existen tipos de PTO que se determinan de acuerdo con la población de los municipios, en todo caso, todos deben aprobarse por las autoridades de los municipios, según el artículo 9 de dicha Ley.

Respecto al tipo de suelo, la Ley 388 de 1997, también muestra los diversos tipos de suelo de acuerdo con la ubicación y destinación que tiene para determinadas actividades. En este orden ideas, el artículo 33 de la citada Ley define que el suelo rural lo constituyen esta categoría los terrenos no aptos para el uso urbano, por razones de oportunidad, o por su destinación a usos agrícolas, ganaderos, forestales, de explotación de recursos naturales y actividades análogas.

Luego de lo anterior, ahora es pertinente traer a colación la explicación de la normatividad sobre la extracción de RNNR en las siguientes normatividades.

En la reiterada Sentencia C331 de 2012 (Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte tocó otro asunto a tratar el cual fue el de la regulación del suelo, ya que es un mandato constitucional desarrollado en una Ley y respecto de las competencias de las autoridades municipales, estos están obligados a regular la materia de suelo en su territorio de acuerdo con el artículo 313 de la Constitución Nacional.

Si las competencias atribuidas al Gobierno Nacional mediante la norma demandada, para la definición, formulación, adopción y ejecución de macroproyectos de interés social

nacional, vulnera los principios de descentralización administrativa y de autonomía de las entidades territoriales, así como los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; Si la disposición acusada implica un vaciamiento de competencias de las entidades territoriales contrario a los principios de descentralización territorial y autonomía de los entes territoriales.

Competencia de los municipios para convocar a consulta popular.

Por la cual se dictan disposiciones sobre los derechos de los municipios (Colombia, Congreso de la Republica, 2011, Bogotá). Para iniciar con este aspecto, el artículo 2 de mencionada Ley resalta como uno de sus derechos ejercer las competencias que le otorgan la Constitución y la Ley.

En el artículo 4, esta Ley es clara al mencionar y describir los principios que forjan el ejercicio de las competencias de los municipios (coordinación, concurrencia, subsidiaridad, eficiencia, responsabilidad y transparencia, y participación). En este sentido, este mismo artículo presentó una adición respecto a principios, los cuales son: sostenibilidad, asociatividad, economía y buen gobierno.

En su orden, el primero trata sobre el compromiso que adquieren los municipios de ejercer sus competencias en aras de preservar un medio ambiente sano y disminuir el desequilibrio para el estilo de vida de sus habitantes, siempre y cuando se haga mayor

énfasis en lo rural y la protección de la biodiversidad. De este mismo modo, la asociatividad en esta norma quiere decir que los municipios deben proporcionar actividades y alianzas que en primera medida desarrollen las economías a escala y enfatizen sus labores en el aspecto rural.

Normatividad Relevante Sobre la Minería e Hidrocarburos en Colombia

En primera medida es dable dar a conocer la presunción de legalidad del Estado sobre la propiedad del subsuelo y en efecto, de los recursos naturales no renovables, así pues en artículo 7 del Código de Minas establece que la propiedad del Estado sobre los recursos minerales yacentes en el suelo o el subsuelo de los terrenos públicos o privados, se presume legalmente.

Para continuar, el artículo 13 es claro en desarrollar la disposición constitucional sobre la propiedad del Estado del subsuelo y define la minería como actividad de utilidad pública de acuerdo con el desarrollo constitucional de la función social de la propiedad, por lo que este artículo establece que el Estado tiene a libre disposición las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos sobre los mismos que sean necesario para el eficiente desarrollo y su ejercicio. Excluyendo esta disposición para quienes tiene un título minero a su favor, configurándose esto como un derecho adquirido.

Ahora bien, sobre las zonas excluidas de la minería, el artículo 34 dispone lo siguiente, para lo cual se transcribe: “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”. (Código de Minas) (Subrayas fuera del texto).

En este punto, es de gran importancia resaltar el artículo que prohíbe expresamente la potestad de las entidades territoriales de decidir sobre la exclusión de zonas para minería ya que es una prohibición legal. Para mayor claridad se transcribe la norma aludida: “Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición: (...) “comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.” (Código de Minas) (Subrayas fuera del texto).

Igualmente, el artículo 59 del presente Código establece una de las obligaciones de los concesionarios es dar el cabal cumplimiento a las obligaciones legales, técnicas, operativas y ambientales del presente Código, en efecto, ninguna autoridad podrá imponer obligaciones o requisitos que representen gravoso su cumplimiento.

En ese orden de ideas, ninguna otra autoridad le puede imponer obligaciones a un concesionario sobre los requisitos de fondo o de forma de las condiciones del contrato de concesión minera.

Es claro ver a través de la anterior normatividad, que explica todo lo relacionado con la extracción de recursos minerales, de los que se explicará más adelante. Ahora, es pertinente traer a colación una Ley que en la actualidad es inexecutable pero que había traído grandes cambios respecto del Código de Minas.

Por medio de la cual se modificó el Código de Minas, presentó vicios de forma para su trámite, por lo que fue declarada inexecutable mediante sentencia de constitucionalidad como se explicara más adelante.

Para el tema que ocupa esta investigación, dicha Ley modificó el artículo 34 del Código de Minas, que establecía lo siguiente sobre la exclusión de zonas de la minería:

“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. Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas

de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

(...)

Parágrafo Tercero. Para la declaración de las zonas de exclusión de que trata el presente artículo se requerirá un concepto previo no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.” (Artículo 34, Código de Minas) (Subrayas fuera del texto)

En ese orden de ideas, esta Ley fue declarada inexecutable por la sentencia C-366 de 2011 que estudió los siguientes temas para declarar inexecutable esta Ley. El argumento principal de esta sentencia establece que mediante la modificación del Código de Minas, no se tuvo en cuenta la consulta previa como mecanismo idóneo para incluir a las comunidades indígenas y afro descendientes para decidir sobre asuntos de minería, respecto de los impactos ambientales que estas actividades contraen en su entorno. Así mismo, la sentencia explica el argumento central de la Corte fue que la ley era inconstitucional al haber desconocido el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas y afro descendientes, y que este vicio no resultaba subsanable a través de ninguna de las vías de la jurisprudencia, lo cual, implicaba la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

Como se ha explicado a lo largo de este segmento, las autoridades ambientales son las competentes para delimitar y excluir zonas para la realización de la minería. Se traerá a continuación, el Decreto reglamentario del artículo 37 del Código de Minas que explica el procedimiento para excluir zonas de la minería.

Este Decreto reglamenta el artículo 37 del Código de Minas que como se ha mencionado en líneas anteriores a una de las normas más importantes sobre el tema en cuestión, y para lo siguiente, es necesario resaltar el objeto de este Decreto reglamentario (Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 934 de 2013 “Por medio del cual se reglamenta el artículo 37 del Código de Minas”, 2013, Bogotá).

Por lo anterior, lo relevante de dicha norma es que las autoridades mineras son las encargadas de decidir sobre la exclusión de zonas mineras bajo los parámetros económicos, sociales, ambientales y sostenibles.

Otro asunto a resaltar es el carácter de utilidad pública e interés social de la minería y que por medio del estudio del Ordenamiento Territorial no es posible hacer directa ni indirectamente el Ordenamiento Minero, y que estos documentos no pueden incluir disposiciones que impliquen un ordenamiento de la actividad minera dentro de su jurisdicción, excepto cuando se apruebe por medio de las autoridades nacionales, es decir, las mencionadas en líneas anteriores. (Código de Minas, art. 2).

Para corroborar el análisis jurídico del problema aquí planteado, es necesario resaltar la reciente disposición jurisprudencial sobre la participación de los municipios en asuntos de minería y asuntos del subsuelo. Dicha sentencia es la C- 035 del 8 de febrero de 2016 (Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado), en la que a través de una demanda de inconstitucionalidad sobre el Plan Nacional de Desarrollo vigente de 2014 a 2018 expone que el Estado es el propietario de los RNNR y del subsuelo, pero a través de la descentralización los municipios si son competentes para regular el aspecto de su territorio por medio de la concertación tratada anteriormente por la misma Corporación, en el fallo que a continuación se relaciona de manera específica.

Análisis de la Sentencia C 123 del 2014 de la Corte Constitucional de Colombia, M.P. Alberto Rojas Díaz del 5 de marzo de 2014.

Ahora bien, para efectos de desarrollar el presente capítulo, es preciso analizar este fallo que trajo consigo un pronunciamiento de la Corporación constitucional polémico y que de una u otra manera trata el problema jurídico central de la participación municipal a través de la consulta popular para decidir asuntos de minería en Colombia.

Tema:

Esta sentencia además de caracterizarse por su extensión, es sin duda una de las más importantes y recientes sobre la delimitación de competencias de los municipios para permitir o rechazar las actividades mineras en determinado territorio.

Resumen:

Así las cosas, muchos problemas jurídicos surgieron en torno al análisis del artículo 37 y su Decreto reglamentario 934 de 2013, los cuales fueron objeto de demanda de inconstitucionalidad, son los que se abordaran a continuación:

Problemas jurídicos a analizar:

- (i) ***El alcance de las competencias de los municipios para determinar la permisión o rechazo de actividades de minería.***

Es lógico inferir que los principios de autonomía y de unificación se determinarán los criterios por los que los municipios puedan estar excluidos o no para la permisión de actividades de minería.

En efecto, al garantizar esta proporcionalidad entre distribución de competencias, autonomía y exclusión se brinda la seguridad jurídica para todos los sujetos involucrados en el asunto en cuestión. Así mismo, como lo ha reiterado esta misma corporación en

jurisprudencia, los principios de coordinación, subsidiariedad y concurrencia son de tal relevancia para atribuir las competencias de las entidades territoriales.

(ii) *Respecto de la función de las autoridades municipales para la regulación del suelo.*

Sobre la especificidad de las normas se debe tener en cuenta el orden nacional, departamental, municipal y local ya que esto corresponde a la distribución de las competencias y del Estado Unitario.

En consecuencia, la Corte consideró que si bien existe una regulación sobre un tema en particular, no puede obviarse la particularidad sobre el principio de autonomía que no se debe desligar del Estado Unitario ni de la asignación de competencias a las entidades territoriales, entre las que se encuentran las autoridades municipales. El legislador debe garantizar y armonizar los principios de autonomía con el de participación a los municipios para garantizar su pronunciamiento sobre la permisión de actividades mineras. Si esto es tenido en cuenta por el legislador, entonces el artículo 37 demandado, es exequible.

(iii) *La importancia del derecho a un ambiente sano.*

La jurisprudencia colombiana y enfáticamente en esta sentencia, ha determinado que el derecho a gozar de un ambiente sano debe reposar en los principios de restauración,

conservación y sustitución del medio ambiente. En cuanto a la sostenibilidad se refiere, debe existir un equilibrio entre el desarrollo económico de la sociedad y la preservación del medio ambiente.

(iv) Marco legal sobre la protección del medio ambiente.

Respecto de las entidades estatales encargadas de vigilar la protección del medio ambiente, le corresponde al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que a través de la licencia ambiental determina situaciones de impacto ambiental. En este instrumento jurídico se deben informar las medidas preventivas y correctivas que se tomarán para mitigar y disminuir el impacto ambiental sobre el terreno concedido para realizar las actividades mineras de exploración y explotación. En efecto, todas estas medidas se deben realizar en pro de las actividades autorizadas por la autoridad ambiental competente.

La Corte analizó que las disposiciones del Código de Minas sobre la exclusión de zonas de la minería (artículos 34 y 35) de dicho código no desconocen el derecho a gozar de un medio ambiente sano.

(v) Sobre el contenido normativo del artículo 37 del Código de Minas.

Este artículo contiene una aplicación al principio de coordinación que refiere a lo siguiente: (i) fines de la exclusión de determinadas zonas; (ii) la justificación de dicha exclusión; (iii) se refleja la forma en la que participa cada nivel de entidad territorial; (iv) las funciones de cada nivel y las justificaciones de cada nivel para tratar los asuntos determinados.

Decisión de la Corte.

Sobre la aplicación del presente artículo, la Corte determinó lo siguiente: (i) Ningún municipio por medio de consulta popular o por ningún otro mecanismo puede decidir sobre la permisión o prohibición de actividades en el subsuelo de su territorio; (ii) A pesar que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el competente para determinar la prohibición o permisión de asuntos del subsuelo, la Ley no determina ningún mecanismo apto para realizar dicha participación; (iii) Si bien los municipios y sus autoridades no son las competentes para realizar este, se les puede consultar temas de su competencia como lo son los procedimientos, términos de respuesta, objeciones, entre otros; (iv) evaluar, tener en cuenta y analizar los conceptos técnicos de los Concejos municipales.

Pertinencia de la Sentencia para la investigación.

Sin lugar a dudas, esta sentencia es una importante decisión de la Corte Constitucional, ya que como se evidencia a lo largo de esta investigación, uno de los problemas a abordar es la descripción de la participación ciudadana de las comunidades de los municipios respecto de las competencias que tienen para aprovechar el subsuelo y los recursos naturales no renovables de su territorio. Es de gran importancia y pertinencia esta decisión para la presente investigación, ya que trata específicamente el problema jurídico enunciado en líneas anteriores y aporta información de tal relevancia, tal como la concertación de que debe tener las comunidades con los contratistas mineros y las entidades estatales encargadas de administrar los recursos mineros del país. Igualmente, en el intento de la Corte Constitucional de dejar claro el asunto en cuestión y abordar la llamada concertación, deja un gran vacío jurídico sobre la regulación específica de la participación ciudadana de las comunidades municipales para decidir y participar sobre asuntos de minería en su respectivo territorio.

Para finalizar el presente capítulo, es un significativo pronunciamiento sobre la participación de las comunidades municipales para decidir asuntos de minería e hidrocarburos a través de la consulta popular, pero esto no significa que el problema ya haya sido resuelto, por el contrario, este fallo a modo de ver de la investigadora, genera muchas más dudas sobre la eficacia del ordenamiento jurídico existente para garantizar la participación ciudadana a las comunidades en el marco de actividades mineras y de hidrocarburos.

Capítulo 3

Análisis de Resultados de los Casos de la Realización de Consulta Popular sobre Asuntos de Minería e Hidrocarburos en los Municipios de Piedras, Tauramena y Casanare en los años 2013 y 2014

Para ilustrar a modo de ejemplo la aplicación de la normativa anteriormente estudiada con casos reales, es necesario traer a colación dos casos recientes que sin duda alguna han generado polémica y cuestionamiento sobre la problemática planteada, es decir, sobre la potestad de las autoridades municipales de decidir sobre la disposición del subsuelo en su jurisdicción.

Primer Caso. Piedras- Tolima.

Este caso es reciente por un lado, y por el otro, desata de nuevo la discusión sobre la verdadera disposición del subsuelo en aspectos mineros.

Información importante: Por primera vez en Colombia, se realizó la consulta popular en la que se manifestó la negación de realización de actividades mineras en la jurisdicción de un corregimiento del municipio.

Según informe de la revista Semana del 2013, en marzo del mismo año, el Concejo del municipio de Piedras convocó a consulta popular a la población para que esta manifestara con su voto si se aprobaba o negaba la construcción de un centro adaptado para labores auríferas de una reconocida multinacional (Anglo Gold Ashanti).

Vale resaltar que las razones por las que la comunidad se encontraba inconforme con la construcción de este centro y que procedió a realizar la consulta popular es que el gasto de agua para estas actividades de minería implicaban el gasto excesivo de agua y que esto conllevaría a generar efectos nocivos para las personas y el medio ambiente.

La pregunta de dicha consulta se transcribe en los siguientes términos: *“Está de acuerdo, como habitante del municipio de Piedras, Tolima, que se realicen en nuestra jurisdicción actividades de exploración, explotación, tratamiento, transformación, transporte, lavado de materiales, provenientes de las actividades de explotación minera aurífera a gran escala, almacenamiento y el empleo de materiales nocivos para la salud y el medio ambiente, de manera específica el cianuro y/o cualquier otra sustancia o material peligroso asociado a dichas actividades y se utilicen las aguas superficiales y subterráneas de nuestro municipio en dichos desarrollos o en cualquier otro de naturaleza similar que pueda afectar y/o limitar el abastecimiento de agua potable para el consumo humano, la vocación productiva tradicional y agrícola de nuestro municipio.”* (Informe, Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013)

El Tribunal Administrativo del Tolima seguido de lo anterior, dio a conocer que con 2.971 votos los ciudadanos manifestaron la negativa ante la pregunta de la consulta, en tanto que solo 24 votos si estaba de acuerdo con la propuesta.

Análisis jurídico del caso.

En el orden de ideas de la Ley 134 de 1994, la decisión debe ser aprobada y acatada, toda vez que más de la tercera parte de los habitantes del municipio participaron con su voto en dicha consulta popular, y ganaron con más del 50% de los votos.

Vale resaltar que durante el procedimiento de instauración y decisión de consulta popular, el Decreto 934 de 2013 se encontraba vigente, por lo que tanto las autoridades municipales como el poder judicial pudo decidir sobre este tema.

La discusión jurídica se centró en que la consulta popular para minería es legal toda vez que la Constitución Política de Colombia prevé la autonomía territorial a los municipios y a su vez, se encontraba vigente un Decreto que permitía este mecanismo. No obstante, la Procuraduría General de la Nación en tanto tuvo conocimiento del caso se opuso jurídicamente con la consulta popular en municipio mencionado.

La Constitución política de Colombia establece como formas de participación democrática el mecanismo de consulta popular. Esta consulta puede ser promovida por el Presidente de la República cuando son asuntos de interés nacional, de acuerdo con el artículo 104 de la Constitución política.

A pesar de esto, cuando la consulta la convoca un Alcalde municipal existen restricciones sobre las competencias de los Concejos municipales. Lo que ocurrió, en la alcaldía del municipio de Piedras- Tolima (Asociación Ambiente y sociedad, 2013).

A pesar de que la constitución y la ley son muy claras al restringir la competencia de las autoridades municipales para que decidan sobre asuntos de minería, el municipio dio en su mayoría con un no que los proyectos de La Colosa se llevaran a cabo. En otras palabras, el Estado colombiano ha sido “retado” desde la instancia municipal para involucrar a la comunidad afectada por los efectos de la minería. Según el blog Asociación Ambiente y sociedad, en su artículo “El caso de Piedras Tolima; Consulta popular, máxima expresión de la voluntad colectiva”; *“Lo que se exigió es que el uso del agua siguiera destinado a los oficios locales, que su paisaje continuara, y que se prefiriera lo parroquial a los cambios drásticos sobre el el (sic) medio ambiente y sobre los pobladores”*. (Asociación Ambiente y sociedad, 2013).

Otro punto que se debe tener en cuenta es la posición del Gobierno Nacional sobre la decisión tomada por la comunidad del municipio de Piedras, teniendo en cuenta que es la

primera vez en Colombia que se lleva a cabo este mecanismo para asuntos de minería. Según noticia del portal La Silla Vacía (2013), el Gobierno no se pronunció sobre cómo manejar el asunto, pero dicha situación la manejó el Ministro del Interior, Fernando Carrillo. Tanto este Ministro como el Ministro de Minas y Energía de la época, Federico Rengifo, y el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible Gabriel Uribe, declararon en la prensa el compromiso que tienen con el Gobierno y con las comunidades mineras, y que la política minera debe hacerse desde el Gobierno Nacional.

Quedaron muchos temas en el tintero con esta situación, ya que la multinacional que pretendía iniciar labores de minería, quedo la preocupación sobre licencia social y la participación de la comunidad sobre asuntos que son de su interés.

Aspectos no jurídicos sobre el caso.

Los aspectos que involucran situaciones sobre políticas alimentarias en el municipio de Piedras que tiene que ver con la permisión de aspectos mineros en dicho municipio. Para esto, se relaciona un artículo de la autoría de Lisset Espinel de la Universidad Santo Tomás titulado: implicaciones de las políticas públicas medioambientales en la seguridad y soberanía alimentaria: Caso Piedras Tolima- Colombia. (2014).

Para dar cuenta sobre la participación de la comunidad para decidir sobre asuntos de minería a través de la consulta popular, la investigadora refleja que la participación de las comunidades reside en la participación en comunicación popular, que se tuvo como

experimento la misma situación que la de Piedras en otros departamentos como Amazonas, Casanare, Meta, algunos municipios de la zona Caribe y de la zona Pacífico arrojaron como resultado que las tensiones que se generan a nivel social en estos departamentos se debe a la ineficiencia o los problemas que presentan las políticas públicas de desarrollo en Colombia (Espinel, 2013-2). Dichas políticas públicas que ha realizado Colombia, indudablemente se encuentra las de la industria de la minería, que como se evidencia, tiene involucrado a este municipio no solo en aspectos jurídicos-constitucionales, sino sociales, ambientales, ecológicos, alimentarios, entre otros.

Para efectos de ilustrar esta problemática desde otras investigaciones o estudios, fue necesario traer a mención esta investigación que presenta una investigación sobre el análisis de las posibles causas de la presentación de este fenómeno titulada: “La Consulta Popular en Piedras- Tolima: un mecanismo alternativo para restringir la minería”, el investigador abordó analizar los aspectos relevante sobre los recursos mineros y sobre la consulta popular en dicho municipio sobre la aprobación de un proyecto minero aurífero, llamado “La Colosa”, que pretendía realizar la multinacional Anglo Gold Ashanti. Además de esto, el investigador explicó que el malestar de la realización de los proyectos de La Colosa generó malestar en varios sectores, tales como los ambientales y los políticos que han dado mayor importancia a asuntos de inversiones que los mismos ambientales y beneficiosos para esta comunidad afectada.

Uno de los aspectos relevantes que el investigador entró a estudiar, fue los efectos de la minería aurífera, pues esta generan dos tipos de residuos. Por un lado, los residuos se escombros producto de la excavación y por otro lado, los residuos de cianuro generados por la lixiviación. Un punto a resaltar en dicha investigación fue que gracias a la inestabilidad del municipio, muchas de las actividades de extracción de minería se realizan en diferentes lugares del municipio, lo cual no favorece a su territorio porque tendría que construirse un dique, lo cual no es muy viable por la inestabilidad del territorio del municipio.

Tras las razones anteriormente dadas, el Concejo del municipio de Piedras, convocó a sus ciudadanos a votar con “sí” o “no” sobre si el proyecto de La Colosa debería ser aceptado para realizar en el municipio. Con un número de 2.971 votos afirmativos y tan solo 24 negativos, la consulta procedió. (Informe, Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013)

Ante tal situación, Mariana Walter (2009) afirma que todo conflicto ambiental es un conflicto social. Walter destaca tres enfoques a este fenómeno, los cuales son: “(i) el postmaterialista, que corresponde a los países desarrollados que realizan todos sus actos en razón al medio ambiente, proteger los recursos naturales y la preocupación ambiental; (ii) el enfoque de países pobres, que desarrollan todas sus políticas y proyectos en aras de degradar al medio ambiente y la explotación de sus recursos”. (2012, Walter).

En este punto, vale resaltar como el investigador trajo a colación el autor Mario Pérez (2014), que en su trabajo “conflictos ambientales en Colombia: inventario, caracterización y análisis”, identificó 72 casos de conflicto ambiental en Colombia.

Segundo Caso. Monterrey- Casanare.

En este caso es importante resaltar que la discusión radicó por el aprovechamiento del subsuelo en hidrocarburos, pero el problema jurídico es el mismo, es decir, sobre la discusión de la titularidad del subsuelo y la potestad de disponer de él.

Información importante: Este es uno de los casos en los que se adelantó consulta popular a pesar de estar en vigencia el Decreto 934 de 2013, sin embargo, esta consulta no se llevó a cabo. Se desarrolló en abril de 2014 en el municipio de Monterrey, Departamento de Casanare.

La comunidad del municipio tramitó en los primeros abril del 2014 una consulta popular en la que se le preguntaba a los habitantes la permisión o prohibición de actividades petroleras en la jurisdicción cercana al río Tua, uno de los afluentes más importantes de la zona.

En abril de 2014, la compañía Ecopetrol interpuso una acción constitucional de tutela ante el Consejo de Estado alegando que los consultantes vulneraban el derecho al debido proceso y al trabajo.

El alto Tribunal decidió como medida provisional suspender el trámite de la consulta popular. Sin embargo, la comunidad esperaba que en segunda instancia, la decisión fuera revocada y por lo tanto, les amparan sus derechos colectivos.

Análisis jurídico del caso.

Como se mencionó anteriormente, una decisión de tutela ordeno como medida provisional el aplazamiento de la fecha de la votación sobre la consulta popular. No obstante, en la Ley 134 no establece los efectos jurídicos sobre una suspensión en el trámite de la consulta popular.

La pregunta sobre la consulta popular se traduce en los siguientes términos: “*¿Está usted de acuerdo con que se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción y transporte de hidrocarburos en las veredas Cacical, Guayabal, Piñalera y Guadualito, donde se ubica la zona de recarga hídrica del municipio de Monterrey?*” (Informe, Registraduría Nacional del Estado Civil, 2014)

Problema jurídico.

El principal problema jurídico reside en que existe vulneración a de derechos a la comunidad, respecto de sus derechos colectivos y de la compañía petrolera sobre el debido proceso y el derecho al trabajo.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Concejo de Estado declaró una medida sobre la decisión adoptada por la comunidad del municipio de Monterrey, respecto de la consulta popular donde se preguntaba la permisión de trabajos explotación de hidrocarburos.

Dicha medida cautelar procedió de acuerdo con la solicitud realizada por la compañía Ecopetrol dentro de la acción constitucional de tutela presentada por esta, igualmente el Concejo de Estado ordeno suspender el Decreto 013 del 13 de abril de 2014 proferido por el Alcalde municipal de Monterrey hasta tanto se decide el fondo del asunto.

Así mismo, se ordenó a que tanto la Alcaldía municipal, como la gobernación de Casanare y la Registraduría Nacional del Estado Civil le dieras cumplimiento a lo dispuesto en la presente providencia. Las consideraciones de la Sala Plena fueron las siguientes:

El Tribunal Administrativo de Casanare en ejercicio de sus facultades de control de legalidad, de acuerdo con la Ley 134 de 1994, adelantó el control de constitucionalidad de la consulta popular realizada, de lo cual concluyó el estrado judicial que la decisión se encontraba ajustada a la Constitución y la Ley.

Ante lo anterior, el accionante, es decir, Ecopetrol, argumentó que la decisión del Tribunal era totalmente inconstitucional además de vulnerar derechos fundamentales como al debido proceso, a la defensa, al trabajo y que le genera un perjuicio irremediable en razón que ya contaba con un contrato vigente para la explotación de hidrocarburos a través de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Igualmente, el accionante argumentó que el Tribunal vulneró las normas establecidas sobre las competencias de los entes territoriales, dado que los asuntos sobre el subsuelo y sus recursos son materia de discusión a nivel nacional, es decir, que el Presidente de la Republica es el competente para poner en discusión y por ende, autorizar que se decidan sobre la minería, el subsuelo y los recursos naturales no renovables.

Como se reiteró, el Concejo de Estado decidió que se admita la acción de tutela presentada por Ecopetrol, decretar la suspensión de la medida cautelar presentada por el accionante que solicita suspender el Decreto 013 del 3 de abril de 2014, proferido por el alcalde de Monterrey, Casanare mientras se decide de fondo el asunto, y ordenar a la alcaldía del municipio, a la respectiva gobernación y a la Registraduría Nacional de Estado Civil a acatar y dar cumplimiento a lo expuesto en esta providencia.

Así mismo, en la tesis denominada “*The referendum as a mechanism for citizen participation to prevent mining*”, realizada por Miguel Ángel Garcés Villamil y William Gabriel Rapalino Bautista analizaron las consultas populares realizadas a partir del 2013, el municipio de Monterrey fue el segundo en convocar y realizar dicho mecanismo de participación luego de la experiencia de Piedras- Tolima. En el municipio de Monterrey, según los investigadores, la disputa residía en que la comunidad estaba inconforme sobre la permisión de trabajos de explotación de hidrocarburos ya que afectaban a las zonas de recarga hídrica del sector.

Problemas no jurídicos del caso.

De acuerdo con Pérez (2014), estos casos en su mayoría estos casos son productos de la llamada apertura económica que busca fortalecer la exportación de recursos primarios (RNNR). Como esta necesidad se presenta con gran trascendencia no solo en Colombia, sino en los demás países de Latinoamérica, la búsqueda de esta apertura económica ha ignorado asuntos tan importantes como los ecológicos. (p.45)

Pérez (2014), reitera que la apertura económica ha incidido en la mayoría de estos 72 problemas. Un ejemplo de esto, es que los gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos que han intensificado estos problemas con exenciones, descuentos tributarios o flexibilizaciones laborales y ambientales para generar una “confianza inversionista”

Tercer Caso. Tauramena- Casanare.

Información importante

Mediante consulta popular, los ciudadanos del municipio de Tauramena en el departamento del Casanare dieron como negativa la aprobación de un proyecto de explotación de petróleo en su jurisdicción. Dicha consulta se realizó el 15 de diciembre de 2013, en la que 4.610 ciudadanos ejercieron su derecho al voto, y con un total de 4.426 votos como negativos, la aprobación de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos por afectar las fuentes hídricas del territorio de dicho municipio. Según informe de la Registraduría Nacional del Estado Civil, un total de 13.372 ciudadanos estaban habilitados para votar en la consulta popular, lo que indica que para alcanzar el umbral exigido por la Ley 124 de 1994 se necesitaba la participación de por lo menos 4.457. de acuerdo con el escrutinio realizado por la Registraduría, se registraron 4.598 votos válidos que representan más de la mitad del censo electoral, del total de votos válidos en la consulta 4.426 fueron por el “NO” y tan solo 151 decidieron afirmativamente.

De acuerdo con la Ley 134 de 1994, las decisiones tomadas mediante consulta popular son vinculantes, citando el informe de la Registraduría Nacional del Estado Civil (2013) el artículo 55 señala: *"se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la*

tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral". (Informe Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013)

La pregunta en la que los ciudadanos de dicho municipio respondieron en la consulta popular convocada fue la siguiente:

“Está usted de acuerdo con que se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción y transporte de hidrocarburos, en las veredas San José, Monserrate Alto, Monserrate La Vega, Guafal del Caja, Bendiciones, Visinaca, Lagunitas, Aguamaco, Zambo, Oso y Jaguito, donde se ubica la zona de recarga hídrica del municipio de Tauramena?” (Informe, Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013).

De acuerdo con la Registraduría Nacional del Estado Civil, esta fue la segunda consulta popular que se llevó a cabo en Colombia por asuntos mineros, ya que la primera fue en el año 2013 en el municipio de Piedras- Tolima.

En este caso, se estableció la consulta popular mediante el Decreto 079 del 30 de octubre de 2013 de la Alcaldía Municipal de Tauramena- Casanare. Además de esto, la Registraduría imprimió 13.550 tarjetas electorales y se eligieron 120 jurados para verificar la transparencia del desarrollo de la jornada electoral.

Según noticia periodista del periódico El Espectador del 12 de diciembre de 2013 el Ministro de Minas y Energía de la época y el presidente de Ecopetrol, instalaron una

mesa de dialogo en la que no se llegó a ningún acuerdo sobre las actividades a realizar en el municipio de Tauramena. Igualmente, asistieron a la mesa de dialogo muchos ciudadanos que serían los principales afectados por los trabajos mineros y argumentaron que la realización de la consulta popular tiene propósito defender los derechos de la vida y al agua. Sin embargo, tanto el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas y Energía y Ecopetrol finalizaron la discusión con que la consulta popular no cumple con los requisitos legales para someter asuntos del subsuelo a decisión del pueblo, además que la mejor manera para proteger el agua es que se trate de una reserva a través de una zona protegida.

Es de recordar que el departamento de Casanare últimamente ha presentado grandes índices de daño ambiental, de fauna y flora que ha llegado a ocasionar un peligro de extinción de muchas de sus especies. Por tal razón, la problemática sobre los efectos de la minería se enfocan para este caso en prevenir o no permitir que los daños ambientales sean mayores y no se pueda garantizar la sostenibilidad ambiental.

Según Rodríguez (2014), a pesar del peligro ambiental que significaba la muerte de los chigüiros en este departamento, el alcalde estaba incurso en una advertencia de la Procuraduría sobre el caso o desistía de convocar la consulta que pedían a los habitantes del municipio de Tauramena preocupados por los efectos del petróleo sobre el agua. Además de todo lo anterior, la capital del departamento cumple tres años de estar sin el servicio de agua, lo que representa una clara ineficacia de la alcaldía correspondiente (p.1).

Si bien el análisis a lo largo de la presente investigación se realiza a nivel jurídico, esto no obsta para que se tengan en cuenta otros aspectos como los ecológicos y económicos, los cuales, como se verá a continuación, son unos de los múltiples factores por los cuales reside dicha disputa por la “competencia” de decidir sobre el aprovechamiento del subsuelo. Para esto, se explicaran a continua con una serie de términos a nivel económico y ecológico que ayudara a comprender lo que la investigadora desea reflejar.

De acuerdo con Garay (2013), la economía ecológica se basa en el concepto del metabolismo social que entiende la economía como sistema abierto a la entrada de energía y materiales y a la salida de residuos (contaminantes tóxicos). Además de esto, se en palabras textuales de Martínez y Foladori (2011) la contabilidad económica neoclásica- keynesiana, pierde de vista que no todos los procesos económicos pueden ser recomenzados a partir del dinero: se precisa además, de una base material natural que no puede ser valorada en precios (Folarodi, 2011, p.14)

Capítulo 4

Resultados y Conclusiones

Luego de hacer un estudio durante más de un año sobre la presente investigación, es preciso ahora dar a conocer los resultados y conclusiones de la misma, que se traducen en las causas e incidencias por las cuales los municipios de Piedras, Monterrey y Tauramena decidieron realizar consulta popular para prohibir el inicio de proyectos de minería e hidrocarburos en su jurisdicción.

Vale la pena resaltar que las presentes conclusiones al problema planteado no son de carácter definitivo, por lo que dejan la puerta abierta a otras investigaciones sobre el tema para tratar más a fondo el asunto que como se ha mencionado desde la justificación del presente trabajo, es un asunto de interés y actualidad pública.

Ahora bien, respecto del desarrollo metodológico de la investigación, se puede concluir que a partir del capítulo 1 se encontró que el ordenamiento jurídico colombiano es expreso y claro al establecer que el Estado es el propietario del subsuelo y del aprovechamiento de los Recursos Naturales no Renovables (RNNR) a través de instrumentos como la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y las diferentes normativas estudiadas a lo largo de esta investigación.

Sin embargo, como lo mencionó una de las entrevistadas en esta investigación, no existen derechos absolutos y este derecho de propiedad del subsuelo y los RNNR tiene limitantes en el sentido que el mismo Estado a través de sus entidades delega las funciones de administración del aprovechamiento del subsuelo y de los RNNR a través de la Agencia Nacional de Minería (ANM), las corporaciones ambientales, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), entre otros organismos. Por lo tanto, la discusión sobre la propiedad del subsuelo y de los RNNR no es asunto a tratar, pero si se analizó a través de la normatividad de la competencia de los municipios que estos no tienen competencia para decidir sobre el aprovechamiento de los RNNR y del subsuelo de su jurisdicción, ni mucho menos gozan de la facultad de convocar a consulta popular para decidir sobre los temas de minería en su jurisdicción como se dio cuenta a través de lo dispuesto en la Ley 134 de 1994.

Respecto de este estudio normativo se concluye que el ordenamiento jurídico es uniforme y claro al prohibirle a los municipios disponer, opinar y decidir sobre asuntos relacionados con el subsuelo, y también se refuerza en la prohibición de los Concejos Municipales para convocar a consulta popular sobre estos asuntos, por lo que no es objeto de discusión. Igualmente, esta propiedad se reitera a través de la Declaración de Estocolmo de 1972 en su principio 21. (Suecia, ONU, 1972)

No obstante, el problema planteado de esta investigación corresponde a dilucidar las causas e incidencias por las cuales los municipios de Piedras, Monterrey y Tauramena

durante el 2013 y 2014 convocaron a consulta popular para decidir de fondo estos temas, en varios de los casos, generando efectos jurídicos inmediatos dichas consultas populares, por lo que ha generado disputas jurídicas entre las comunidades, los entes estatales y el sector empresarial minero.

Explicando lo anterior y continuando con el desarrollo de la metodología presentada, se analizaron jurídicamente los casos de los tres municipios objeto de estudio gracias a informes periodísticos y estadísticas electorales de la Registraduría Nacional del Estado Civil, como se mencionó en el estudio de los casos en el anterior capítulo y en las noticias de importantes medios de comunicación como El Tiempo, El Espectador, Revista Semana, La Silla Vacía, entre otros.

Sobre el respecto, se analizó en primera medida el caso en el municipio de Piedras, Departamento del Tolima que se llevó a cabo en julio de 2013, en el cual la consulta popular prosperó y luego, el Alcalde del municipio fue sujeto de investigación disciplinaria por la Procuraduría General de Nación por realizar un procedimiento inconstitucional; seguido se analizó el caso del municipio de Monterrey en el Departamento de Casanare, en el cual también prosperó la consulta popular sobre la exploración, explotación y transporte de hidrocarburos en el año 2013, pero la compañía contratista interpuso acción de tutela en contra del Decreto que daba efecto a la consulta popular y solicitó medida cautelar ante los jueces de lo contencioso administrativo que consistía en suspender los efectos de dicho Decreto, además de solicitar el amparo de

derechos fundamentales vulnerados, por lo que la primera pretensión prosperó y a día de hoy, se encuentra suspendido el Decreto aprobatorio de la consulta popular realizada; y por último, fue analizado el caso en el municipio de Tauramena, Departamento de Casanare en el que se también prosperó la consulta popular sobre la negación de trabajos de explotación de hidrocarburos ya que según la comunidad, esto afectaba los cuerpos de agua del municipio, realizado también en el año 2013.

Luego de analizar estos casos a la luz de información periodística y jurisprudencial, al igual que comparándola con la normatividad existente, se encontraron las siguientes causas e incidencias como “común denominador” en todos los casos, que representan las buscadas incidencias, a saber:

- La preocupación de las comunidades de los municipios sobre los efectos nocivos que los trabajos de exploración, explotación y transporte de recursos del subsuelo de su jurisdicción traían sobre la afectación de su salud, aspectos laborales, económicos, entre otros.
- La inexistencia en el ordenamiento jurídico minero de un mecanismo específico para garantizar la participación ciudadana de la comunidad o por lo menos, la opinión previa a la iniciación de proyectos de minería.

- La existencia de un derecho adquirido por parte de los contratistas que no se podían ver afectados por la interrupción de su proyecto de minería, toda vez que habían celebrado un contrato a través de la ANM y cumplieron con los requerimientos, tales como licencias ambientales y permisos para realizar las labores de exploración y explotación del recurso del subsuelo.
- La tajante decisión de las comunidades quienes dieron como negativa a la incursión de trabajos de exploración, explotación y transporte de RNNR de la jurisdicción de su municipio.
- La iniciativa por parte de las Alcaldías de los municipios y las gestiones realizadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la realización de las consultas populares, quienes en su argumentación alegan que este mecanismo de consulta popular es totalmente adaptado a la normatividad y a la constitución para decidir de fondo sobre asuntos de minería.

Continuando con el desarrollo metodológico de la investigación, se entrevistaron a tres abogados expertos en temas de minería, derecho ambiental, derecho administrativo y derecho constitucional. Ante sus respuestas, se encontraron estos aspectos relevantes:

- Es claro que las entidades territoriales no tienen participación ni opinión sobre asuntos de minería, por lo tanto el Estado desconoce principios tan importantes

como el de autonomía territorial, aunque en varios pronunciamientos jurisprudenciales se ha amparado dicho principio.

- El derecho de propiedad del subsuelo del Estado no es absoluto, toda vez que a través de la delegación de funciones el Estado dispone que los particulares accedan al aprovechamiento de estos recursos y a través de la ANLA, los contratistas constan de todos los permisos para garantizar la precaución y mitigar los daños ambientales que ocurrieran en el desarrollo del contrato.
- En el ordenamiento jurídico minero colombiano no existe un mecanismo que trate específicamente el tema de la participación de los municipios en asuntos de minería, teniendo en cuenta que no son competentes para decidir de fondo sobre dichos asuntos.
- Los efectos que contraería para el Estado la participación de las comunidades en decisión de asuntos de minería, serían el reconocimiento del principio de autonomía territorial, pero también una afectación al Estado sobre el reconocimiento a regalías por aprovechamiento del subsuelo, teniendo en cuenta que es un gran ingreso para esto. Igualmente, retrasaría el desarrollo de los contratos o títulos mineros por permitir la participación. Igualmente, la industria minera es uno de los sectores que mayor carga impositiva tiene, por lo que también para este sector representaría grandes perjuicios.

Como se evidencia tanto en resultado de análisis de los casos como de las entrevistas, el factor común entre estos aspectos es que claramente no existe participación clara sobre los municipios en asuntos de minería. Otro asunto importante y claro, es que en la normatividad colombiana no existe un mecanismo y/o procedimiento que regule específicamente y materialice la participación municipal, lo cual representa un vacío jurídico que no corresponde a la inclusión y pluralismo constitucional del cual se predica, como se explicará más adelante.

Otro asunto que hace contrapeso a esta situación es el fallo C-123 de 2014, mediante el cual la Corte Constitucional a modo personal, legisla sobre la participación de las comunidades en asuntos de minería. Aunque el fallo en general es largo y confuso, deja de manifiesto que tanto el Estado como las entidades territoriales deben concertar sobre la participación, por lo que en principio se dejaría clara la participación de las comunidades en estos asuntos. Pero la Corte olvidó delimitar y especificar el término “concertar”, es decir, cuando se debe aplicar, quien debe tomar la iniciativa, en qué momento se debe realizar, que efectos jurídicos tiene dicha “concertación”, que tipo de asuntos se pueden concertar y cuáles no, entre otros asuntos que a modo de ver de la investigadora quedaron en el tintero y por un lado, no responde a dicho vacío jurídico y por otro lado, confunde tanto a la comunidad como al mismo Estado sobre su implementación. Sin embargo, estos efectos se verán más adelante, cuando las comunidades conozcan más de fondo este fallo y en virtud de este reclamen su derecho a “concertar”, que como se indicó anteriormente, no es claro.

Lo anterior se trajo a colación porque es una clara muestra de que no existe instrumento jurídico claro sobre la participación de los municipios en asuntos de minería, además de limitar sus derechos y saber cuáles son los temas que se deben debatir. Claro está, lo que no se puede debatir es la minería ya que esta es entendida como actividad de utilidad pública y es un beneficio para la comunidad, la Nación, la economía, en general.

Recapitulando de todo lo anterior, las conclusiones al presente trabajo investigativo son las siguientes:

- Si bien el Estado es el propietario del subsuelo y de los RNNR, este derecho tiene límites que las entidades como la ANM, las corporaciones ambientales, la ANLA, entre otras deben garantizar por un lado, dicho derecho de propiedad estatal, pero también la proporcionalidad a este mismo.
- La ineficacia del fallo constitucional C-123 de 2014 que dejó muchos temas a discutir como la definición de concertación entre los municipios y lo contratistas mineros. Este fallo no corresponde a ninguna garantía de participación y será sujeto de muchas acciones judiciales para precisamente abordar lo que se trata la expresión “concertación”.
- Existe un vacío jurídico sobre la existencia de un procedimiento o mecanismo que garantice y materialice la participación ciudadana de las comunidades mineras,

quienes son las principales afectadas por los trabajos mineros a realizar en su jurisdicción. Para esto, el Estado es quien debe dar la iniciativa de operatividad jurídica y estudiar una salida jurídica y eficaz que garantice el derecho de democracia participativa de dichas comunidades.

- Dicho mecanismo debe garantizar por un lado los derechos sociales fundamentales de las comunidades mineras, pero también los derechos adquiridos de los contratistas mineros y especificar la oportunidad de realización, de los efectos jurídicos que tengan estas decisiones para ambas partes, la eficiencia de dicho instrumento jurídico en la participación y siendo claro desde el principio, los temas que serán y no serán objeto de discusión. Para esto, se tendrá que analizar el tema de fondo y representaría para el Legislativo un proceso de “ensayo y error”, como lo sucedido con la implementación del Código de Minas.
- Se debe dejar claro que sobre los efectos ambientales que traiga la minería para los municipios, existe la Licencia ambiental, que es un mecanismo mediante el cual, los contratistas mineros explican y se comprometen a dar cumplimiento a las normas mineras y ambientales, y también a mitigar el daño ambiental que causen, correspondiendo a los principios de precaución y sostenibilidad ambiental.

Los anteriores argumentos corresponden al desarrollo del tercer y último objetivo específico planteado que consistió en la proposición de soluciones jurídicas y prácticas a

la problemática inicialmente planteada, y como se dijo al principio de este capítulo, esta investigación ofrece una alternativa a la solución, pero no deja de lado la ventana abierta a próximas investigaciones relacionadas con el particular. Es por esto que si bien la intención del constituyente fue la inclusión y pluralismo constitucional, este mismo y el Legislador no deben olvidar que la minería es una actividad de utilidad pública que tienen que proteger, así como el derecho de democracia participativa que tienen los municipios para que por lo menos esto sean enterados de la manera más idónea a nivel jurídico y eficaz sobre los efectos que traerán para su entorno la realización de trabajos mineros en su jurisdicción. Por otro lado, la ciudadanía debe ser más activa de conocer y reclamar dichos derechos que constitucionalmente son otorgados, ya que no solo las instituciones directamente afectadas son las que deben hacer parte de esto, sino en general, toda la ciudadanía al ser un estado democrático y centralizado.

Para terminar, no es que no existan mecanismos para garantizar la participación ciudadana, pero en el caso de las comunidades municipales, la consulta popular no es el mecanismo idóneo para tratar asuntos de minería e hidrocarburos en Colombia, puesto que el ordenamiento jurídico es claro en prohibir la potestad de decisión a estas comunidades a través de sus Concejos Municipales. No obstante, no se debe olvidar que este derecho de participación ciudadana debe estar regulado en razón de las competencias establecidas en la normatividad y al respeto de principios como autonomía territorial, la llamada concertación que habla la jurisprudencia así como los derechos de los que deben

gozar los contratistas mineros como los de seguridad jurídica, derechos adquiridos y cumplimiento a lo establecido en la normatividad.

Lista de referencias

Alcaldía municipal de Monterrey Casanare, 2014, Decreto 13 del 3 de abril de 2014, recuperado de <http://monterreycasanare.gov.co/apcfiles/3231646630306238346233613733561/decreto-013-2014.pdf>

Almonacid J. (2007). El Derecho Administrativo en los Albores del Siglo XXI. Bogotá: Universidad del Rosario

Arango R. (2001). La Justiciabilidad de los Derechos Fundamentales Sociales. Bogotá: Universidad de los Andes, recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/public202.pdf

Arango R. (2012). El Concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis

Asociación Ambiente y Sociedad, 2013, El caso de Piedras Tolima, consulta popular máxima expresión de la voluntad colectiva, recuperado de <http://www.ambienteysociedad.org.co/es/el-caso-de-piedras-tolima-consulta-popular-maxima-expresion-de-la-voluntad-colectiva/>

Barbosa D. y Carlos González, 2014, Conceptos de Derecho Minero, recuperado de <http://www.ubp.edu.ar/wp-content/uploads/2013/12/762014ME-Conceptos-de-Derecho-Minero.pdf>

Camargo P. (2009). Introducción al Estudio Práctico del Derecho y del Estado. Bogotá: Leyer

Colombia, Corte Constitucional (2014, marzo) “Sentencia C 123 de 2014”, M.P. Rojas D. A. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la Republica (1994), “Ley Estatutaria 134 de 1994, Por medio de la cual se por medio de la cual se dictan normas sobre los mecanismos de participación ciudadana” Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica (1997), “Ley 388 de 1997, por medio de la cual se establecen parámetros sobre las competencias de las autoridades de las entidades territoriales de determinar aspectos del suelo de su territorio.” Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica (2001) “Ley 685 de 2001, por medio de la cual se crea el Código de Minas” Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica (2001) “Ley 1382 de 2010, por medio de la cual se modifica el Código de Minas”. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la Republica (2011) “Ley 1551 de 2011, por la cual se dictan disposiciones sobre los derechos de los municipios” Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica (2011), “Decreto del 3 de noviembre de 2011, por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Minería” Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica (2013), “Decreto 934 del 9 de mayo de 2013, por medio del cual se reglamenta el artículo 37 del Código de Minas” Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2002, octubre), “Sentencia C- 891”, M.P. Araujo R. M. Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2010, marzo) “Sentencia C- 149 de 2010”, M.P. Palacio Jorge I. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (1991, junio) “Constitución Política de Colombia”

Congreso de la república de Colombia, 2015, Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un nuevopaís”, recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/ArticuladoVF.pdf>

Congreso de la Republica de Colombia, Ley 1551 de 2012 “Por medio de la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, 2012, Bogotá

Contraloría General de la Republica de Colombia, 2014, minería en Colombia, recuperado de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/01/mineria-en-colombia-contraloria-vol-ii.pdf>

Copete A. (1989). La Nacionalización de las Compañías Mineras en el Chocó. Bogotá: Gráficas García González

derechoconstitucional.es, 2012, el principio de competencia, recuperado de <http://www.derechoconstitucional.es/2012/02/el-principio-de-competencia.html>

Duque I. (1986). Energía y Minas para el Progreso Social: Memorias al Congreso Nacional 1982-1986. Bogotá: Editora Guadalupe LTDA

Elejalde R. (2008). Curso de Derecho Constitucional General. Bogotá: Biblioteca jurídica DIKE

Esguerra J. (2004). *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis

Espinel L., 2013, Implicaciones de las políticas públicas medioambientales en la seguridad y soberanía alimentaria: Caso Piedras Tolima, Colombia, recuperado de http://www.revistalatinacs.org/13SLCS/2013_actas/191_Espinel.pdf

FEDESARROLLO, 2011, Informe impacto de la minería en Colombia, recuperado de http://www.fedesarrollo.org.co/wpcontent/uploads/2011/08/Impactosocioecon%C3%Bco-de-la-miner%C3%ADa-en-ColombiaInforme_Impacto_de_la_miner%C3%ADa_Final-26-abril.pdf

Garay L., 2014, Minería en Colombia: daños ecológicos y socio- económico y consideraciones sobre un modelo minero alternativo, recuperado de https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/08/libro-mineria_vol-iii_serie-final.pdf

Garcés M., Rapalino W. (2013), *The referendum as a mechanism for citizen participation to prevent mining*. Bogotá

Garcés V. (2015). *La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras*. Bogotá: Justicia Juris

golpedefecto.blogspot, 2012, la producción de petróleo en el mundo, recuperado de <http://golpedefecto.blogspot.com.co/2012/02/la-produccion-de-petroleo-en-elmundo.html>

Henao J. (2013). Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis

Jácome D. (1992). Comentarios al Nuevo Código de Minas de Colombia: Contratos Mineros. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá

La Silla Vacía, 2013, La encrucijada del gobierno después del “no” en Piedras a la minería, recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/el-dilema-del-gobierno-despues-del-no-de-piedras-la-mineria-45296>

Lora A., Muñoz L., Rodríguez G., 2008, Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia, recuperado de <file:///C:/Users/Edilson/Downloads/MECANISMOS%20DE%20P%20CIUDADANA%20EN%20AMBIENTALES.pdf>

Lora K., 2011, El principios de precaución en la legislación ambiental colombiana, recuperado de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precauci%C3%B3n+en+la+legislaci%C3%B3n+ambiental+colombiana>

Matheu J. (2011). Derechos de Vuelo y Subsuelo: Doctrina Registral y Jurisprudencial.

Madrid: Dykinson

Ministerio de Minas y Energía de Colombia, 2003, Glosario Técnico Minero, recuperado

de <http://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/glosariominero.pdf>

Ministerio de Minas y Energía de Colombia, 2012, ABC minero, recuperado de

<http://tibana-boyaca.gov.co/apc-aa-files/64613239303732653334383436386530/abc->

[minero.pdf](http://tibana-boyaca.gov.co/apc-aa-files/64613239303732653334383436386530/abc-minero.pdf)

Olano H. (2004). Derecho Constitucional Orgánico: Estructura y funciones del Estado.

Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA

Olivero J., 2013, Efectos de la minería en Colombia sobre la salud humana,

recuperado de http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/forum_topic/3655/files/efectos

[_mineria_colombia_sobre_salud_humana.pdf](http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/forum_topic/3655/files/efectos_mineria_colombia_sobre_salud_humana.pdf)

Periódico El Espectador, 2014, consulta popular en Monterrey se aplaza, no se cancela,

recuperado de [http://www.elespectador.com/noticias/nacional/consulta-popular-](http://www.elespectador.com/noticias/nacional/consulta-popular-monterrey-se-aplaza-no-se-cancela-articulo-489414)

[monterrey-se-aplaza-no-se-cancela-articulo-489414](http://www.elespectador.com/noticias/nacional/consulta-popular-monterrey-se-aplaza-no-se-cancela-articulo-489414)

Periódico El Espectador, 2014, Monterrey, a esperar la consulta popular, recuperado de

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13884397>

Periódico El Espectador, 2013, Buscan evitar consulta popular explotación petrolera , recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/consulta-popular-buscan-evitar-explotacion-petrolera-ta-articulo-463825>

Presidencia de la Republica de Colombia, 2010, Plan Nacional de Desarrollo: “Prosperidadparatodos”, recuperado <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/Resumen%20Ejecutivo%20Ultima%20Version.pdf>

Procuraduría General de la Nación, 2011, descentralización y entidades territoriales, recuperado de <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartilla%20descentralizaci%C3%B3n.pdf>

Pusche L. Urrutia O., 2011, principios del derecho ambiental, recuperado de <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/derecho-ambiental-internacional/materiales-de-clases-1/catedras/clase-3/clase-3-principios-del-derecho-internacional-ambiental-apuntes>

Registraduría Nacional del Estado Civil, 2014, Informe de Monterrey Casanare, recuperado de <http://www.registraduria.gov.co/Ciudadanos-de-Monterrey-Casanare.html>

Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013, consulta popular, recuperado de <http://www.registraduria.gov.co/-Consulta-popular-.html#&panel1-2>

Red por la justicia ambiental en Colombia, 2014, Medida cautelar del Consejo de Estado anteconsultapopularenMonterrey, recuperado de <https://justiciaambientalcolombia.org/2014/04/26/medida-cautelar-consejo-de-estado-ante-consulta-popular-en-monterrey-casanare-2014/>

Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013, comunicado de prensa, recuperado de <http://www.registraduria.gov.co/En-consulta-popular-celebrada-hoy,12424.html>

Revista Semana, 2013, El pueblo niega explotación minera, recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-pueblo-niega-explotacion-minera/352450-3>

Salamanca R. (2013). Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradoja y conflictos. Bogotá: Contraloría General de la Republica

Sánchez E., 2013, Decisión de Piedras de rechazar minería, recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/decision-de-piedras-de-rechazar-mineria-vilo-articulo-442744>

Suecia, Conferencias de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (1972, junio), “Declaración de Estocolmo, mediante la cual establecen disposiciones sobre el medio ambiente humano”

Troncoso R., 2014, el Tolima se enfrenta a la minera Anglo Gold Ashanti, recuperado de <http://www.las2orillas.co/tolima-anglogold-ashanti/>

Anexo I

Trabajo de Campo

Para los efectos pertinentes se adjunta como anexos las memorias de la conferencia asistida sobre el tema en particular de la participación municipal en minería y las entrevistas realizadas a tres expertos en derecho minero, ambiental, constitucional y administrativo. Estas herramientas fueron usadas para la corroboración de recolección de resultados a lo largo de la investigación presentada.

Conferencia.

Se llevó a cabo en febrero de 2014 el Conversatorio sobre participación de las autoridades territoriales en la actividad minera, análisis del Decreto 2891 de 2014 en la Universidad Externado de Colombia, en el que participaron como ponentes la Doctora Natalia Gutiérrez Jaramillo (Presidenta de la ANM para la época); la Doctora Adriana Martínez Córdoba (profesora de la Universidad Externado de Colombia y abogada especialista en derecho minero); Doctor Milton Fernando Montoya (Profesor de la Universidad Externado de Colombia y Concejero auxiliar en el Consejo de Estado).

Finalidad.

La finalidad de la asistencia a dicha conferencia es dar a conocer el punto de vista jurídico de personas que se encargan de administrar a nombre del Estado los recursos mineros nacionales, así como los del punto de vista de la asesoría, la docencia universitaria y la perspectiva judicial, desde el punto de vista del Consejo de Estado.

Análisis de la Conferencia.

Para la investigadora es de tal relevancia traer a colación dicha participación académica, ya que ofrece una perspectiva variada de la problemática sobre el vacío jurídico que dejó la sentencia C123 de 2014, como se enunció anteriormente.

Los puntos centrales del conversatorio fueron los siguientes, a saber:

- (i) Siendo la consulta popular un mecanismo de participación ciudadana, los habitantes de los municipios manifiestan su voluntad de decidir sobre aspectos, tales como el de la minería.
- (ii) La minería es una actividad de utilidad pública y no puede someterse al cumplimiento de una decisión de consulta popular.

- (iii) El Presidente de la República es el único competente para someter a consulta popular la permisibilidad o la prohibición de la minería.
- (iv) Según sentencia del Consejo de Estado del 03 de septiembre de 2014, se suspendió provisionalmente el Decreto 934 del 2013 que reglamentaba el art. 37 del Código de Minas por vulnerar el **principio de autonomía territorial**
- (v) Existen diferencias entre comunidad y municipios.
- (vi) Revisar cada caso en concreto la viabilidad y la magnitud del proyecto minero.

Anexo II

Entrevista.

Finalidad.

Con el fin de obtener elementos de evaluación y estudio para presentar conclusiones en la presente investigación, se consultó a tres expertos en asuntos de Derecho Minero, Derecho Ambiental, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, que contestaron las siguientes preguntas:

Cuestionario.

1. ¿Considera Usted que para que una persona natural o jurídica, nacional o extranjera pretenda obtener un título minero (contrato de minería) o un contrato para explorar y explotar recursos de hidrocarburos con el Estado debería garantizar la participación de las autoridades municipales y la misma comunidad de estas entidades territoriales antes de implementar dichos trabajos? En caso afirmativo, explicar quién y de qué manera debería garantizar dicho derecho de participar

2. ¿Considera Usted que el derecho que tiene el Estado sobre la propiedad del subsuelo es de carácter absoluto?, Si no es así, ¿cuáles deberían ser los límites de dicho derecho?

3. Debido a que las actividades de minería contraen efectos nocivos para la salud humana, ¿creería Usted que la participación de la comunidad de los municipios mineros sería una estrategia para contrarrestar dichos efectos nocivos?

4. ¿Cree Usted que el mecanismo de Consulta Popular es el instrumento idóneo para determinar si deben existir proyectos de minería en determinado municipio?

5. ¿Qué efectos jurídicos tiene para el Estado la participación de las comunidades de los municipios sobre temas de realización de minería en sus territorios independientemente si es por consulta popular o no?

Respuestas al cuestionario y análisis.

Entrevistado No. 1.

María Paula García Villa ¹ Correo de contacto: mape.garciav@gmail.com, es abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho del Medio Ambiente y

especialista en Derecho Minero Energético de la Universidad Externado Colombia, es columnista del área de Derecho Ambiental en el periódico jurídico *Ámbito Jurídico*. Además de esto, ha tenido experiencia por más de 9 años asesorando firmas mineras en Colombia.

1. No, si se trata de comunidades especiales (étnicas), ya hay una consulta previa que si es un requisito que tuvo que cumplirse antes del licenciamiento ambiental en donde se tuvo en cuenta los aspectos culturales, religiosos, sociales, ETC. de estas comunidades. En comunidades sin ninguna condición especial, se debe tramitar una licencia ambiental ante la autoridad ambiental competente que impone unas condiciones sobre la sostenibilidad de los recursos naturales no renovables a explotar, para que no se agoten los recursos. Las licencias imponen como explotar y obliga a cumplir medidas de reparación y compensación para mitigar los daños que se van a causar por la misma explotación. No se tiene por que consultar. El imponer condiciones para la explotación, consultar sobre si las comunidades quieren o no determinado proyecto minero no es bueno porque las comunidades no están informadas de cómo funcionan las actividades, y lo que va a suceder es que las comunidades van a decir que no. La licencia ambiental es el instrumento para que se proteja el medio ambiente, que es lo que sienten que afecta. Las discusiones han sido desde el punto de vista ambiental. Si es del cultural, se va a proteger a través de la consulta previa antes de la licencia ambiental o en caso de comunidades étnicas, a través del Convenio 169 de la OIT.

Hay temas que son potestativos del Estado, este tiene el derecho de decidir gracias a la facultad que sobre el subsuelo tiene. No tendría por qué ser diferente ya que las comunidades consultan muchas cosas y perdería su facultad para el desarrollo de las actividades. Las comunidades entrarían el desarrollo de actividades y se le restaría al Estado la facultad de decisión que le corresponde como eje central de la República y también otorgada por mandato constitucional.

Análisis a la respuesta.

La entrevistada presenta una interesante postura sobre la participación ciudadana de las comunidades municipales ya que en sus términos, esta participación no es importante, pues en el entendido de la normatividad correspondiente, ese derecho ya se comprende como satisfecho, por lo cual no habría lugar a su reconocimiento posterior.

2. La facultad de decidir le pertenece al Estado, no hay derechos absolutos, siempre hay limitantes. El Estado es dueño del subsuelo y de los recursos naturales no renovables de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Nacional. Sin embargo, existen límites de tipo ambiental, por lo que para esto existe en Convenio 169 de la OIT, cabe recordar que no existen derechos absolutos, pero no le quita que se encuentre solo en cabeza del Estado organizar, administrar, conceder los recursos

de su propiedad, entre otros. Lo mismo sobre licencia ambiental, se tiene en cuenta sobre efectos nocivos tienen repercusiones en la salud humana. En la licencia ambiental son unos límites de cómo se desarrolla la actividad y como se va a proteger el medio ambiente y para que no sea un daño definitivo sino mitigable. Las emisiones que se pueden producir, una explotación minera, los vertimientos a los cuerpos de agua. Temas que tienen correlación directa con la salud humana.

Análisis de la respuesta.

El anterior argumento es de gran importancia, toda vez que reconoce la importancia del límite al derecho de propiedad de los RNNR y del subsuelo, esto sin perder la connotación de propietario al Estado sobre estos aspectos. En efecto, este argumento afianza lo estudiado en la normatividad y jurisprudencia correspondiente.

3. En el caso de consulta a las comunidades, autoridad ambiental es la que conoce científicamente las causantes de la actividad, ellos son expertos en el tema, la comunidad decide pero no son técnicos para determinar si los efectos de la minería son los causantes de su problemas de salud, entre otros, son los entes autorizados que el ordenamiento haya designado para que las cosas tengan un orden.

Análisis de la respuesta.

Esta respuesta es clara. Sin embargo, no es claro ver como en aspectos técnicos las licencias ambientales ya tiene previsto los daños ambientales sin tener en cuenta la opinión directa de los mismos implicados como lo son los habitantes de estas comunidades.

4. No, los municipios y comunidades y las entidades territoriales, tienen la opción de participar de acuerdo con lo dispuesto en el fallo C123 de 2014, siempre se puede acudir a la autoridad ambiental para hacer saber que se realizará en su subsuelo, el Estado a través del jefe de Estado, el Presidente de la República es el único que podría llamar al país entero si se quiere hacer o no a nivel nacional, disputas entre derechos. También se debe tener en cuenta que la extracción de recursos naturales no renovables, es un derecho constitucional ya que por esto, el mismo Estado percibe regalías y además de esto, la minería es una actividad de utilidad pública.

Por lo tanto, no es el mecanismo idóneo por lo siguiente: por procedimiento constitucional no podrían ser las entidades territoriales quienes llamen a consultarles porque no tienen jurisdicción sobre el subsuelo, las entidades no pueden decidir nada

sobre esto. Pero por el lado la explotación de recursos no es una actividad constitucional y de utilidad pública no tiene sentido de discusión. No tiene sentido jurídico.

Análisis de la respuesta.

La discusión de este supuesto no radica en la existencia o no de los mecanismos, sino en la efectividad del mismo o de cómo realizar esta participación porque del todo no es clara y por ende, es confusa.

5. Hay varios efectos. Uno es que al frenar las dinámicas de la industria afecta al Estado por regalías ya que es uno de los más importantes ingresos que percibe y de las regalías, dependen numerosos municipios en el país. Hay municipios que su presupuesto depende de las regalías; esto es una afectación grave si se frenan los proyectos. Respecto de los impuestos, las industrias extractivas es uno de los sectores que mayor carga impositiva tienen en el país. Otro efecto es el regulatorio y reglamentario, sobre la participación de las comunidades, para que el Estado establezca las reglas de participación por ley y un decreto reglamentario. Asignarle unas funciones a estas entidades encargadas sobre el asunto. Funciones de la participación de las comunidades. Estado tiene que moverse para que eso se pueda lograr tempranamente ya que se debe realizar operatividad jurídica y administrativa para que Estado lo logre realizar. Otro de los efectos que también puede sobrevenir es que a raíz de la sentencia C- 123 de

2014, la carga será para la parte judicial ya que la ciudadanía va a iniciar procesos alegando que ellos tienen el derecho a ser consultados, a nivel jurisprudencial: casos en particular, determinar cómo se va a realizar el proceso de no consulta pero de armonización. Para el Estado no se acaba aquí para perfilar, ese nuevo mecanismo que se inventó tendrá que perfilar hasta que jurídicamente exista un procedimiento claro de cómo va a funcionar esta situación.

Análisis de la respuesta.

Este acápite reúne la importancia del papel del Estado para regular la especificidad de la participación ciudadana en las comunidades municipales en temas relacionados con minería e hidrocarburos. Igualmente es interesante conocer la postura de las industrias mineras y petroleras, ya que como se evidencia en la anterior respuesta, estas también se ven afectadas en un aspecto tributario y económico que atenta contra principios jurídicos tan importantes como la seguridad jurídica.

Entrevistado No. 2.

Héctor José González Zapata, Correo de contacto hector.gonzalez@minagricultura.gov.co es abogado de la Universidad Católica de Colombia, especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario, cuenta con gran experiencia en la Rama Judicial,

exactamente en los Jugados Administrativos del circuito de Bogotá. Actualmente, es abogado asesor de la oficina jurídica del Ministerio de Agricultura de Colombia.

1. La Constitución Política de Colombia de 1991, deja de manifiesto que la titularidad de propiedad está en cabeza del Estado, como se pueden observar en las demás normatividades que desarrollan este precepto constitucional también dejan claro que el Estado es quien goza de la plena propiedad del subsuelo y los recursos. Pero se debe tener en cuenta que el mismo Estado a través de sus entidades adscritas y vinculadas sobre los recursos naturales no renovables, delega la función para que administre y de cierto modo ejerza ese derecho de propiedad. No es absoluto porque el mismo Estado a través de sus entidades permite que los particulares aprovechen el subsuelo y por ende, los recursos naturales no renovables.

Análisis de la respuesta.

Aquí el entrevistado afianza la importancia del marco constitucional sobre la materia y sobre la no necesidad de controvertirla ya que coherentemente ha sido reiterada en la demás normatividad y jurisprudencia relacionada.

2. Si, considero que las comunidades de los municipios en los que se vaya a realizar minería deben participar en el sentido que es una comunidad directamente

afectada por los efectos de la minería y porque también contrae efectos directo de aspecto económico, social, de salubridad, entre otros.

Análisis de la respuesta.

En este punto difiere este entrevistado con la anterior ya que para este es importante la participación de las comunidades en la toma de decisiones en asuntos del subsuelo y de los RNNR, además porque la no participación de estas comunidades repercute en varios aspectos como los sociales, ambientales, económicos, entre otros.

3. Sí, porque en este tipo de asuntos existen tres partes: por una lado, la estatal que a través de la Agencia Nacional de Minería concede la autorización para que un particular realice trabajos mineros, por otro lado, quien aprovecha el subsuelo y los recursos, y la última parte que es la misma comunidad habitante de los territorios sujetos de minería que además de habitar dicho territorio, son los afectados directamente por cualquier asunto que pase en su jurisdicción y por ende, son los que conocen de primera mano todo lo que sucede en su municipio, por lo tanto, sería ilógico no permitir que ellos mismos no conozcan de los efectos que no solo le traen a su territorio, sino a su salud.

Análisis de la respuesta.

En este punto el entrevistado trajo a relación la injerencia estatal de la ANM sobre la ejecución de la minería en Colombia, por lo tanto, es interesante observar como a pesar de la respuesta del entrevistado, no se refleja una armonía entre la concertación de participación entre las comunidades y la ANM en el caso de la minería y la AHN en el caso de los hidrocarburos.

4. Depende, si se mira de manera exegética la norma, esta es muy clara al prohibir que la consulta popular se implemente para los asuntos de minería. Pero, si se mira desde el punto de vista práctico, la consulta es un mecanismo idóneo que permite la participación de cualquier persona habitante de dicho municipio para que decida de manera fácil si está de acuerdo o no con dicha pregunta planteada. Es un mecanismo que está al nivel de entendimiento de cualquier persona y es vinculante, lo que se debería tener en cuenta es que tipo de preguntas se deben realizar.

Análisis de la respuesta.

Bien podría existir en el ordenamiento jurídico colombiano un mecanismo que tenga la tramitología de la consulta popular pero que en esencia garantice la participación ciudadana de las comunidades en asuntos del subsuelo y de los RNNR, sin olvidar que este mecanismo no puede otorgarle a la comunidad la potestad de decidir de fondo, ya

que como se ha reiterado, estos no son competentes ni son propietarios del subsuelo y de los RNNR.

5. Principalmente, normativos, puesto que obligaría a este a reglamentar de manera específica y materializar el derecho de la participación ciudadana de las comunidades que habitan municipios mineros. Para esto, el Estado debe tener en cuenta los niveles de organización territorial, los tipos de trabajos mineros y los derechos de participación de las comunidades. Todo lo anterior, sin dejar de olvidar que se debe hacer en torno a que el Estado goza de la titularidad del subsuelo y del Estado, pero este derecho no se vería afectado por incluir a modo de participación a la comunidad.

Análisis de la respuesta.

Aquí se reitera la importancia de regular un mecanismo a través de la normatividad sin dejar de tener presente los argumentos centrales constitucionales, de los cuales se estudió y no fueron objeto de discusión en esta investigación.

Entrevistado No. 3.

Santiago Pardo Correo de contacto: santiagopr@corteconstitucional.gov.co es abogado de la Universidad de los Andes, cuenta con varios años de experiencia en asuntos de

Derecho Constitucional. Actualmente, es abogado grado 33 o abogado auxiliar de la Magistrada Gloria Ortiz de la Corte Constitucional de Colombia.

1. Se debe tener en cuenta como principio rector el de autonomía, ya que por ejemplo, mineras como Anglo Gold Ashanti han realizado numerosos proyectos de minería en Colombia. Este principio lo ha tenido en cuenta la Corte Constitucional ya que lo ha desarrollado recientemente a través de sus sentencias. Un caso para esto, es el de. Ibagué que en el mes de enero de 2016 aprobó una consulta popular sobre minería y los estrados judiciales la acataron en sentido de dicho principio de autonomía territorial. Igualmente, mediante sentencias de la misma Corte Constitucional de 2015, se discutió un problema jurídico respecto de la prohibición de minería en los páramos de Colombia, y precisamente en esta sentencia, se desarrolló el principio de autonomía territorial ya que tiene una importancia ya que gracias a este principio, se garantiza la participación efectiva y mediante la concurrencia y subsidiariedad, este principio se materializa.

Análisis de la respuesta.

Si bien el Estado tiene potestad de decisión en el asunto central de esta investigación, no se puede dejar de lado el derecho de las entidades territoriales de la autonomía territorial

el cual es el eje sobre el que gira toda su regulación y desarrollo como municipio, por eso en este asunto, tal principio debe tenerse en cuenta.

2. No es absoluto ya que mediante el principio de autonomía territorial se tiene la vocación de desarrollar la propiedad, que si bien es a título de la Nación, no puede determinar un modelo que desconozca la autonomía territorial.

Análisis de la respuesta.

La reiteración de la importancia del principio de autonomía territorial es tajante ya que se debe aplicar en el problema planteado.

3. Sí, porque se respeta el reconocimiento del principio de autonomía territorial, así como los principios ambientales de precaución y prevención. En este asunto, recomiendo estudiar la sentencia C 703 de 2010 que estudia a fondo los principios ambientales mencionados específicamente en asuntos mineros.

Análisis de la respuesta.

La Corte Constitucional se ha preocupado por estudiar los principios ambientales y como estos se han visto afectados por la inobservancia del Estado y de las comunidades en

asuntos relacionados, por esto dichos principios toman una importancia que en este asunto se deben tratar y profundizar sobre su aplicación.

4. Sí, porque es un mecanismo que ya se encuentra amparado por la Constitución Nacional y por lo tanto, tiene efectos vinculantes y materializa el principio de participación ciudadana para las comunidades. Además de esto, representa para las comunidades y las mismas autoridades municipales agilidad, facilidad en la organización y participación de las comunidades. También se debe tener en cuenta que en ninguna de las reglamentaciones mineras (Código de Minas de 2001, el que se declaró inexecutable en 2010 ni el Código de Minas actual) no existe un mecanismo certero de participación en estos asuntos o que sea tan eficiente como la consulta popular, además de esto, en dichas reglamentaciones no se ha tenido en cuenta la participación. Así entonces, que este mecanismo podría ser implementado para que las comunidades se manifiesten en asuntos de minería.

Análisis de la respuesta.

Es interesante esta postura porque analiza el entrevistado que la consulta popular es el mecanismo idóneo para decidir sobre asuntos de minería e hidrocarburos, por lo tanto,

esto ampara la postura de las comunidades y en el parecer de la investigadora, este mecanismo revista la clara garantía de la participación ciudadana de las comunidades vulneradas a lo largo de esta problemática.

5. Más que hablar de efectos, se debería hablar de ventajas jurídicas y constitucionales con mayor reconocimiento al principio de autonomía territorial y los principios de precaución ambiental. Esta es una gran deuda que la Constitución Nacional tiene en cuanto al aspecto territorial, ya que no se tienen en cuenta las comunidades para participar, más aún cuando los principios de la Constitución son los de democracia, pluralismo, entre otros, que ayudan al empoderamiento de la comunidad.

Análisis de la respuesta.

La anterior respuesta refleja la inconformidad de un amplio sector que se encuentra afectado por no lograr participar ciudadanamente sobre asuntos donde se habita, pues es necesario restablecer los límites pero correspondiendo con los principios estatales del Estado Social de Derecho.

Conclusiones Sobre las Entrevistas

De la realización de estas entrevistas se pudo inferir por una parte que los tres entrevistados a lo largo de sus respuestas al anterior cuestionario defienden determinada postura a partir de su especialidad en el derecho. Ante esta diversidad de argumentos y posturas, se puede concluir por otro lado, que son aspectos importantes el de la participación ciudadana de las comunidades municipales y también la preocupación que debe tomar el Estado para nivelar las cargas de responsabilidades, competencias y derechos entre dichas comunidades y la parte de las industrias mineras y petroleras, ya que no son muy obvias las afectaciones que estas sufren por la interrupción a la ejecución de sus proyectos, son razones suficientes para que este sector sea escuchado y por ende, la medida que se tome en el asunto no sea extremista, sino que de una manera justa se le determine un rol a cada parte y por ende, se le determinen sus competencias de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano.