

**EFFECTOS REALES DE LAS CONSULTAS POPULARES ELABORADAS POR  
ENTES TERRITORIALES SOBRE LA MINERÍA COLOMBIANA**

**CAMILO ANDRÉS PALMA DÍAZ**

**JUAN FELIPE RAMÍREZ QUIROGA**

**NEVARDO EDUARDO RODRÍGUEZ RIVEROS**



**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA**

**Facultad de Derecho**

**Villavicencio, abril de 2019**

**EFFECTOS REALES DE LAS CONSULTAS POPULARES ELABORADAS POR  
ENTES TERRITORIALES SOBRE LA MINERÍA COLOMBIANA**

**Trabajo de grado presentado por Camilo Andrés Palma Díaz, Juan Felipe Ramírez Quiroga y Nevardo Eduardo Rodríguez Riveros, bajo la dirección de la Dra. Laura Mercedes Marín Ochoa, como requisito parcial para optar al título de Abogado.**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA**

**Facultad de Derecho**

**Villavicencio, Meta**

## AUTORIDADES ACADÉMICAS

Doctora MARITZA RONDÓN RANGEL  
Rectora Nacional

Doctor CÉSAR AUGUSTO PÉREZ LONDOÑO  
Director de Sede Villavicencio

Doctora YEIMY LORENA GONZALEZ REAL  
Secretaria Académica, Sede Villavicencio

Doctora YUDY ANDREA CARRILLO CRUZ  
Decana Facultad de Derecho (e), Sede Villavicencio

Doctora LAURA MERCEDES MARÍN OCHOA  
Coordinadora Centro de Investigación Jurídica, Política y Social

Nota de aceptación:

---

---

---

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Villavicencio, abril de 2019.

## **Agradecimientos**

Los autores expresan sus agradecimientos a:

Agradecemos primeramente a Dios por bendecir nuestra existencia, por guiarnos a lo largo de la vida, por ser apoyo y fortaleza en los momentos de debilidad y dificultades.

Gracias a nuestros padres, esposas e hijos por ser los principales promotores de nuestros sueños, por confiar y creer en nuestras expectativas, por los consejos, valores y principios que nos han inculcado.

Agradecemos a nuestros docentes de la facultad de derecho Universidad cooperativa de Colombia sede Villavicencio, por haber compartido sus conocimientos a lo largo de la preparación académica para nuestra profesión, de manera especial, a la doctora Laura Mercedes Marín Ochoa tutora de nuestro proyecto y quien nos ha guiado con paciencia y su rectitud como docente.

## **Dedicatoria**

A nuestros padres por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos

## Tabla de contenido

Resumen .....	9
Abstract.....	10
Introducción.....	11
Línea de investigación .....	12
1. Aspectos básicos de la investigación.....	14
1.1. Justificación y planteamiento del problema.....	14
1.1.1. Formulación de la pregunta problema.....	16
1.2. Marco teórico y estado del arte .....	16
1.2.1. Consulta popular. ....	16
1.2.2. Minería en Colombia.....	18
1.3. Objetivos .....	21
1.3.1. Objetivo general. ....	21
1.3.2. Objetivos específicos.....	21
1.4. Metodología .....	21
1.4.1. Enfoque para la recolección de la información.....	21
1.4.2. Tipo de investigación. ....	22
1.4.3. Instrumento para recolección de información.....	22
1.4.4. Procedimiento.....	22
2. Normatividad y jurisprudencia que enmarcan las consultas populares en Colombia como herramienta democrática en las decisiones territoriales .....	23

2.1. Ley 134 de 1994.....	26
2.2. Consulta previa a comunidades étnicas e indígenas .....	29
3. Derechos que tiene el Estado Colombiano para administrar el subsuelo .....	31
4. Limitantes de norma y jurisprudenciales ancladas a las consultas populares en Colombia..	39
5. Efectos determinantes de las consultas populares elaboradas por entes territoriales para limitar la administración del Estado Nacional.....	49
6. Conclusiones.....	56
7. Recomendaciones .....	59
Referencias .....	60



## Resumen

El presente estudio se orientó en analizar la validez jurídica que poseen las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre el desarrollo de la minería como parte de la administración del Estado Nacional, para lo cual se desarrolló una investigación de enfoque cualitativa y de tipo documental, acudiendo a la consulta de documentos impresos y electrónicos como principales instrumentos de investigación.

Los principales hallazgos del estudio dan cuenta del análisis de la normatividad y jurisprudencia que enmarcan las consultas populares en Colombia como herramienta democrática en las decisiones territoriales; igualmente se identificaron los derechos que tiene el Estado Colombiano para administrar el subsuelo; a su vez se enunciaron los límites jurisprudenciales y de norma de las consultas populares, para identificar el carácter vinculante que tenga; y finalmente se estableció el límite que tienen las consultas populares elaboradas por entes territoriales, dejando ver que no pueden ser incluyentes para limitar la administración del Estado Nacional.

Palabras clave: consulta popular, administración del subsuelo, normatividad, jurisprudencia.

### **Abstract**

The present study was oriented to analyze the legal validity of popular consultations prepared by territorial entities on the development of mining as part of the National State administration, from which a qualitative and documentary approach research was developed. to the consultation of printed and electronic documents as the main research instruments.

The main findings of the study give an account of the analysis of the regulations and jurisprudence that frame popular consultations in Colombia as a democratic tool in territorial decisions; Likewise, the rights of the Colombian State to manage the subsoil were identified; at the same time, the jurisprudential and norm limits of the popular consultations were enunciated, to identify the binding nature that it has; and finally the limit established by popular consultations prepared by territorial entities was established, showing that they can't be inclusive to limit the administration of the National State.

Keywords: popular consultation, subsoil administration, normativity, jurisprudence

## Introducción

Colombia es un Estado organizado en forma de República Unitaria desde mediados del siglo XIX, tal como lo dispone el artículo primero de la Constitución Política de 1991, en donde además se habla de un Estado descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales, conformadas por departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas, provincias y regiones, en el evento en el que sean creadas (Sanabria-Hernández, 2014).

La Constitución Política de 1991, establece como principio constitucional la democracia participativa, la cual se pretende hacer efectiva a través de los denominados Mecanismos de Participación Ciudadana. La Consulta popular hace parte de estos mecanismos y ha sido la herramienta utilizada por las comunidades de varios municipios para pretender excluir determinados territorios de proyectos de exploración y explotación de petróleo, en razón de las afectaciones que se pueden dar al medio ambiente y el agua en la región (González, 2015), aunque recientemente se ha debatido sobre el carácter incluyente de las decisiones tomadas en las consultas populares sobre temas de la administración del subsuelo.

El interés por la participación y por el desarrollo de la democracia participativa no es un tema exclusivo de Colombia; al contrario, desde hace ya varias décadas la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos democráticos occidentales promocionan la regulación y la práctica de la democracia participativa (Ramírez, 2015). Sin embargo, en los demás ordenamientos las consultas populares no han intervenido en la administración del subsuelo de la nación.

En consideración a lo anterior el presente estudio se enfoca en analizar la validez jurídica que poseen las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre el desarrollo de la minería como parte de la administración del Estado Nacional, por lo cual se

desarrolla una investigación con enfoque cualitativo desarrollada bajo el tipo documental, pues se basó en la consulta de fuentes secundarias.

### **Línea de investigación**

La Facultad de Derecho, de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Villavicencio expidió el Acuerdo 06 del 24 de febrero de 2005, por medio del cual se aprobarán las líneas que orientan la investigación, de conformidad con el Acuerdo 025 -1 del Consejo Superior de la Universidad Cooperativa de Colombia, Capítulo I Definiciones; art 1. Literal s. Líneas de investigación, y en consonancia con el Acta No 004 de febrero 24 de 2005 del Comité de Facultad, y teniendo en cuenta las disposiciones legales y reglamentarias, tales como el Decreto 272 de 1998 y posteriores Decretos promulgados por el CNA y el ICFES, cuya esencia es destacar el carácter prioritario que tiene la presencia de la línea de investigación en el desarrollo y en la organización de la actividad investigativa y en el proceso de acreditación de los programas que ofrecen las Instituciones de Educación Superior. Así las cosas, se consideran que las líneas de investigación se han constituido en los factores inseparables de los fundamentos y objetivos de la visión misión, PEÍ y entes planificadores de la Universidad, ya que constituyen un subsistema estratégico y organizativo, que permiten insertar la investigación en los planes y políticas de los sistemas institucional y académico de la universidad.

Ahora bien, el referido Acuerdo 06-2005, estableció varias líneas de investigación para el programa de Derecho, aunque el presente estudio se desarrolla bajo la denominada: Derecho, Políticas Públicas y Desarrollo Regional.

Es necesario precisar que la Línea de Investigación "Derecho, Políticas Públicas y Desarrollo Regional" pretende situar las transformaciones del Derecho en la perspectiva de las políticas públicas y de desarrollo regional; así mismo mostrar y analizar las variables del desarrollo regional de cara al diseño de las políticas públicas desde una perspectiva crítica a la idea de progreso; al igual que dimensionar las apuestas jurídicas y filosóficas de la inmersión del Derecho en el diseño de las políticas públicas de cara al desarrollo económico y jurídico de la región.

Para alcanzar los anteriores objetivos la Línea de Investigación "Derecho, Políticas Públicas y Desarrollo Regional", se orienta al logro de promover la creación de un observatorio de políticas públicas con un enfoque regional con trascendencia judicial. Teniendo como efecto la conformación del grupo de estudios en temas de políticas públicas y los planes de desarrollo municipal y departamental.

## **1. Aspectos básicos de la investigación**

### **1.1. Justificación y planteamiento del problema**

Uno de los principios de la Constitución Política Nacional es la democracia participativa, la cual se pretende hacer efectiva por medio de los llamados Mecanismos de Participación Ciudadana, siendo la consulta popular parte de estos mecanismos.

La consulta popular es un mecanismo de participación que fue tradicionalmente concebido para escenarios políticos. No obstante en Colombia esta herramienta democrática ha sido utilizada como mecanismo de consulta en diferentes tipos de proyectos de explotación de recursos naturales y este ejercicio participativo ha dejado varias lecciones importantes para analizar.

Es de anotar que es el Gobierno Nacional el encargado de administrar el uso del subsuelo y los recursos derivados de su explotación, siendo este un rubro importante con el que actualmente se financia el Estado colombiano. Para la explotación legal del subsuelo a través de la minería el Estado otorga títulos mineros, en el cual se delimita el lugar y extensión del área donde se realizarán actividades mineras. La única limitación que impide el otorgamiento de tal documento es que el área en que se solicita la titulación sea prohibida para la realización de estas actividades por normas nacionales o municipales o la misma se encuentre dentro del territorio de resguardos indígenas o grupos étnicos, en cuyo caso es necesaria la autorización de tales grupos (Ministerio de Minas, 2009).

Por lo tanto estaba a discreción del Gobierno Nacional la administración del uso del suelo, siendo un proceso inherentes a los entes territoriales, Sin embargo esto dio un giro radical con el pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana que mediante la sentencia de T-445 de 2016 precisó que al ser la minería un asunto que puede afectar las

competencias municipales, entre las cuales se encuentran la conservación del medio ambiente y la regulación del uso del suelo, es un asunto que puede ser sometido a consideración de los ciudadanos, identificando la conveniencia de realizar proyectos de minería, hidrocarburos o hidroeléctrico (Martínez, 2016).

Debido a esto, este mecanismo de participación ha sido utilizado por la ciudadanía de los municipios de Piedras (Tolima), Tauramena (Casanare), Arbeláez (Cundinamarca), Pijao (Quindío), Cabrera (Cundinamarca), Cajamarca (Tolima), Jesús María (Santander), Cumaral (Meta) y Sucre (Santander), para manifestar su negativa a los proyectos de explotación minera y petrolera. Igualmente, otros 16 municipios de Huila, Antioquia, Tolima y Caquetá han utilizado este mecanismo para prohibir el desarrollo de actividades extractivas aduciendo defensa del patrimonio ecológico y cultural (García, 2017).

Estos resultados han afectado al gobierno nacional, quienes ven en la extracción minera una buena fuente de ingresos al erario público, por lo que quieren parar el efecto vinculante de las decisiones tomadas en las consultas populares; no obstante, el Consejo de Estado (2017) en fallo de la tutela presentada bajo el radicado 1100103150002 0170119801 manifestó que la decisión tomada por la ciudadanía en una consulta popular es vinculante y obligatoria, y las autoridades municipales están obligadas a tomar las medidas que requieren para hacer efectiva la decisión del pueblo.

Con esta investigación se quiere contribuir al debate desde la academia a un tema de gran importancia para el desarrollo de la participación democrática, la protección del ambiente, la recolección de recursos estatales, entre otros temas, que desde el derecho deberán ser abordados.

Este estudio es pertinente puesto que las consultas populares son un tema de la rama del derecho constitucional, que por su falta de claridad es oportuno que sea abordado desde el

debate analítico y concienzudo que se puede dar desde la universidad, buscando con ello que el entorno académico aporte ideas al debate, para desde este espacio estimular la generación de posibles alternativas de solución viables y ajustadas al derecho.

Además, el estudio se convierte en una oportunidad para que sus autores ahonden en el derecho constitucional, lo que les permitirá el inicio de la toma de experiencia en el tema, empezando a adquirir un perfil profesional.

De igual forma los efectos reales de las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre la minería colombiana es un tema que se encuentra actualmente en discusión y es un debate de interés desde el ciudadano común hasta las altas cortes colombianas, por lo tanto el presente estudio pretende ayudar a dar claridad y formular alternativas para que se motiven conclusiones aterrizadas en el derecho constitucional y que sean benéficas para el pueblo en general.

### **1.1.1. Formulación de la pregunta problema.**

El estudio se encuentra dirigido a resolver el siguiente interrogante: ¿Cuál es la validez jurídica de las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre el desarrollo de la minería como parte de la administración del Estado Nacional?

## **1.2. Marco teórico y estado del arte**

### **1.2.1. Consulta popular.**

La consulta popular es contemplada en los artículos 104 y 105 de la Constitución Política de 1991 y desarrollada por la Ley estatutaria 134 de 1994 en el Título V dentro de los artículos 50 y 57

De conformidad con el artículo 8 de la Ley 134 de 1994, la consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la



República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto (Congreso de Colombia, 1994). En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria. Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República. La consulta popular puede dividirse en dos, de acuerdo a su alcance:

- Consulta popular nacional: De acuerdo con el artículo 50, de la Ley 134 de 1994, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo una decisión de trascendencia nacional. No se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución Política (Congreso de Colombia, 1994).

- Consulta popular 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 (Congreso de Colombia, 1994).

Las preguntas que se formulen al pueblo estarán redactadas en forma clara, de tal manera que puedan contestarse con un sí o un no. No podrán ser objeto de consulta popular proyectos de articulado, ni tampoco la convocatoria a una asamblea constituyente, salvo cuando se vaya a reformar la Constitución según el procedimiento establecido en el artículo 376 de la Constitución Política y en la Ley 134 de 1994.

De igual manera la doctrina la define como una institución a partir de la cual determinado conglomerado puede decidir sobre las decisiones que los afectan:

Es la institución mediante la cual una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto (Suárez, 2000).

Desde la expedición de la Ley 134 de 1994, que desarrolla los mecanismos de participación ciudadana y dentro de ellos la Consulta Popular, se han realizado hasta el año 2014 un total de treinta y cinco (35) consultas populares en todo el territorio nacional (González, 2015).

Durante el periodo 1995-2011 según Histórico de Consultas Populares de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se llevaron a cabo 27 consultas populares (2011) de las cuales procedieron catorce (14) consultas y en trece(13) casos no procedió, por falta de participación de la comunidad; dichas consultas versaron sobre temas como la creación de municipios, proyección de plaza, manejo de residuos sólidos, realización de rellenos sanitarios, funcionamiento de juegos a la suerte y azar, pertenencia de sectores a municipios, realización de día sin carro, modelos de convivencia pacífica, días de mercado, retiro de empresa sanitaria, construcción de Colegios, establecimiento de patrimonio común.

### **1.2.2. Minería en Colombia.**

La minería no ha sido una actividad económica desconocida en Colombia. Al contrario, desde las épocas precolombinas donde las culturas indígenas realizaban valorados trabajos de orfebrería, la actividad ha estado presente en la vida del país. En la época colonial la minería creció, especialmente impulsada por los comerciantes antioqueños que transportaban el oro en polvo a otras regiones del país e incluso del exterior con la finalidad de intercambiarlas por textiles y alimentos. En el periodo de la República, la actividad minera se centró en el oro y las piedras preciosas, productos que fueron exportados y permitieron el

equilibrio de la balanza comercial durante gran parte del siglo XIX, el siglo XX marca el inicio de la explotación de otros metales. La llegada de las primeras máquinas de vapor a finales de la primera década del siglo permite el inicio de la explotación del carbón en pequeñas cantidades. En la década de 1950 se comienza a observar la integración vertical del carbón como insumo para la producción de papel y cemento. En la década de los ochenta, con el hallazgo de un yacimiento de ferroníquel en el departamento de Córdoba y el inicio de actividades de explotaciones carboníferas de gran escala en los departamentos de César y la Guajira el sector comienza a tener una importancia estratégica en la economía colombiana (Cárdenas y Reina, 2008).

Debido al incremento del precio de los minerales ocurridos en la última década del siglo XX, se presenta un aumento de los ingresos del país por ese concepto. A inicios del Siglo XX la participación del sector minero en el PIB era de 1,8%, y doce años después era del 2,4% (Villar, 2013). Adicionalmente, con la llegada del presidente Álvaro Uribe al poder se impulsó de manera importante la actividad minera. Su gobierno entregó en concesiones mineras entre 2004 y 2008 el equivalente al 10% del territorio colombiano. (Vélez, 2010). Entre julio y octubre de 2009 se concedieron o renovaron 1900 licencias para explotaciones mineras en los páramos (Osorio, 2010). El Presidente Santos que fue elegido para el mandato 2010-2014 tuvo entre sus políticas de gobierno más importantes para su primer cuatrienio el impulso de la denominada "locomotora minera" que busca el impulso de la minería en el país, para lo cual se busca atraer inversión foránea que realice actividades de exploración y explotación. El sector minero unido al energético atrajo el 60% de la inversión extranjera directa en 2011 y para el año 2012 representaba el 66% del total de las exportaciones colombianas. (Mesa, 2013).

De otro lado hay que apuntar que el tema abordado en el presente estudio ha sido materia de investigación por autores como Martínez (2016), quien en su artículo expone los

posibles escenarios que pueden presentarse debido a los efectos que resultan de las consultas populares obligatorias para el desarrollo de los proyectos minero energéticos en el país. Dichas consultas populares surgen de la decisión de la Corte Constitucional de Colombia expuesta en la Sentencia T-445 de 2016 que indica que la materialización del derecho de participación de la población afectada por proyectos extractivos solo puede llevarse a cabo si la opinión de los mismos tiene algún grado de injerencia en la decisión. A partir del desarrollo presentado expone los posibles efectos que se pueden presentar por la decisión negativa de las comunidades a la realización de Proyectos mineros y energéticos la cual es expresada mediante las consultas populares donde se ejerce su derecho constitucional a la participación democrática y las cuales son desarrolladas en los territorios donde se tienen proyectos de este tipo.

Por su parte González (2015) basó su investigación en describir la dimensión de la consulta popular en Colombia y su relación con la exclusión de determinados territorios de proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos, por razones ambientales, tomando como muestra los procesos de participación ciudadana desarrollados en el departamento de Casanare, para establecer si se vulnera el derecho fundamental a la participación ciudadana cuando una autoridad administrativa otorga una licencia ambiental, que autoriza el desarrollo de un proyecto frente al cual los ciudadanos en ejercicio de La Consulta Popular han decidido que NO se lleve a cabo en su territorio.

Así mismo, Sánchez (2017) desarrolló un estudio que buscó exponer algunas reflexiones acerca de la validez jurídica que tienen las consultas populares en Colombia cuando estas son utilizadas como mecanismos para proteger el medio ambiente local, frente a los grandes proyectos mineros transnacionales, tomando como ejemplo concreto de participación ciudadana en estos procesos, la llevada a cabo en el Municipio de Cajamarca. En

ese sentido, hizo análisis generales, referentes al modelo económico implementado por los gobiernos nacionales, así como la política pública extractiva frente a la protección del medio ambiente, y cómo la población, valiéndose de los mecanismos de participación ciudadana, interviene en la aplicación de dichas políticas en el ámbito local.

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. Objetivo general.**

Analizar la validez jurídica de las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre el desarrollo de la minería como parte de la administración del Estado Nacional.

#### **1.3.2. Objetivos específicos.**

- Estudiar la normatividad y jurisprudencia que enmarcan las consultas populares en Colombia como herramienta democrática en las decisiones territoriales.
- Identificar los derechos que tiene el Estado Colombiano para administrar el subsuelo
- Enunciar los límites de norma y jurisprudenciales de las consultas populares, para identificar el carácter vinculante que tenga.
- Establecer hasta donde las consultas populares elaboradas por entes territoriales pueden ser determinantes para limitar la administración del Estado Nacional.

### **1.4. Metodología**

La metodología empleada para el desarrollo de la problemática evidenciada, de acuerdo con los objetivos y en general, el proceso de investigación enmarca los siguientes aspectos:

#### **1.4.1. Enfoque para la recolección de la información.**

Por sus características el estudio se ajusta al enfoque cualitativo, pues se fundamenta en el análisis normativo y jurisprudencial a nivel nacional. Se elige este enfoque basado en lo expresado por Hernández-Sampieri, Fernández y Batista (2010), quienes señalan que el

cuantitativo usa la recolección de datos sin medición numérica para descubrir la información pertinente del tema investigado.

#### **1.4.2. Tipo de investigación.**

La investigación desarrollada es de tipo documental, pues la información para llegar a los resultados fue recopilada de documentos físicos y electrónicos, los cuales se analizaron. Es de anotar que la investigación documental es descrita por Hernández-Sampieri, Fernández y Batista (2010) como un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno, basada en hechos ya escritos.

#### **1.4.3. Instrumento para recolección de información.**

Para recabar la información se acudió a fuentes secundarias, con la consulta de documentos impresos y electrónicos como principales instrumentos de investigación, para ello se acudió a bibliotecas físicas y virtuales.

#### **1.4.4. Procedimiento.**

Para el desarrollo del estudio se desarrollaron las siguientes actividades:

- En primera medida se consulta la normatividad, jurisprudencia y literatura especializada existente sobre consultas populares en Colombia, para hacer su análisis.
- Posteriormente se consulta en fuentes secundarias los derechos que tiene el Estado Colombiano para administrar el subsuelo y los límites de norma y jurisprudenciales.
- Con la información anterior se analiza la validez jurídica que poseen las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre el desarrollo de la minería como parte de la administración del Estado Nacional.

## **2. Normatividad y jurisprudencia que enmarcan las consultas populares en Colombia como herramienta democrática en las decisiones territoriales**

La Asamblea Constituyente de 1991 estudió para la redacción de la Constitución Política de Colombia una serie de mecanismos de participación ciudadana que permiten que el constituyente primario tenga a la mano una serie de herramientas que admitan, de forma directa, intervenir en las decisiones que involucren intereses ciudadanos.

La comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se dedicó al estudio de los principios, derechos, deberes, garantías y libertades fundamentales. También se encargó de los mecanismos de participación democrática, el sistema electoral, los partidos políticos y el estatuto de oposición. En el proyecto de acto reformativo de la constitución política de Colombia 73, presentado por el delegado Jaime Arias López se expresa lo siguiente acerca de la democracia participativa:

Consideramos que, si se entiende por participación, no solamente el ejercicio del sufragio, sino una democracia, que además de participativa sea una democracia de fines, se evitara el mal uso de esos instrumentos, que por sí solos no garantizan democracia. Una democracia de fines es aquella en la cual, los necesitados, intervienen en las decisiones que van a satisfacer sus prioridades, como sería el caso, entre otros de la buena marcha de los servicios públicos y de la realidad practica de los fines del estado. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991a; p. 7)

Surgen así entonces los mecanismos de participación que se encuentran consagrados en la Carta Política de 1991 descritos en los artículos 40, 103, 104, 106, 154, 155, 170, 242, 258, 260, 270, 374, 375, 376 y 377; no obstante el artículo 103 sintetiza de manera general las herramientas que se consideran como mecanismos de participación ciudadana, entre estos se

encuentran el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

Otro de los aspectos primordiales que estableció el nuevo paradigma constitucional fue el fortalecimiento del ejercicio de la democracia mediante la introducción de la democracia participativa que vino a complementar la representativa ya existente. De esta manera los mecanismos de participación ciudadana consagrados en el artículo 103 de la C.P y reglamentados mediante la Ley 134 de 1994 y ahora complementada por la Ley estatutaria 1757 de 2015, forman parte de la práctica en nuestro país. La iniciativa popular legislativa, el referendo, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato para alcaldes y gobernadores son una posibilidad desde la Constitución de 1991 (Duran, 2015; p. 119).

Analizando estos textos se puede identificar que el propósito de la asamblea constituyente fue permitir al constituyente primario intervenir en las decisiones que puedan afectarlo directa o indirectamente. Aunque para una mejor comprensión del tema, seguidamente se aborda el mecanismo de consulta popular, lo que permitirá determinar sus requisitos y la forma de ejercicio del mismo.

Es de anotar que la Corte Constitucional (2010) ha dicho que más allá del modelo representativo, la naturaleza participativa del principio democrático implica que los asociados se involucren directamente en las decisiones que los afectan. Ha considerado que el modelo democrático participativo de la Constitución de 1991 incorporó mayores competencias y garantías para el ejercicio de la participación ciudadana frente al texto de la Carta de 1886, en la medida que la participación no se limitó únicamente a la concurrencia en las elecciones y al ejercicio del derecho al voto, sino que implicó un “*cambio conceptual cualitativo*” en el modo en que se concibe la relación entre el ciudadano y el Estado. De igual manera, ha considerado



que, pese al valor de la participación en una democracia participativa, éste debe ejercerse de acuerdo con los mecanismos establecidos y bajo los parámetros constitucionales y legales aplicables en cada caso particular. Ello además en concordancia con la competencia del Legislador estatutario para establecerlos. En este sentido la Corte ha dicho:

“(…) la regla de la mayoría y la voluntad popular no tiene un valor superior a los procedimientos diseñados para permitir que éstas se manifiesten. Esta idea se sustenta en que un sistema democrático supone en esencia la combinación de distintos elementos que permiten la válida adopción de decisiones. En efecto, el sistema está conformado por (i) un conjunto de reglas que permiten garantizar tanto (ii) la participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones, como (iii) la adopción de una decisión por mayoría al final del proceso. La democracia es tanto el componente teleológico (la participación popular y decisión adoptada por la mayoría) como el medio empleado para alcanzarlo (el procedimiento y las reglas procesales previamente diseñadas y conocidas por los participantes)” (Se subraya) (Corte Constitucional, 2010)

Sobre el rol del Legislador, la Corte Constitucional (2015) indicó en la sentencia C-150 de 2015 que:

(…) Estas tensiones, al adoptar las normas que disciplinan los mecanismos de participación y que se proyectan no solo en las instancias de control sino también en las de decisión, deben ser cuidadosamente resueltas por el legislador a quien le corresponde definir no solo el mecanismo que para ello es adecuado sino, adicionalmente, si resulta o no oportuno ampliar o limitar la discusión y debate en atención, por ejemplo, al grado de complejidad de la materia que se decide. Esta consideración toma nota del hecho de que no todos los mecanismos de democracia directa admiten formas de deliberación equivalentes que hagan posible comprender y considerar de manera suficiente las diferentes perspectivas y puntos de vista.(…) // Esta distinción resulta relevante dado que permite identificar, al menos prima

facie, la amplitud del margen de acción del legislador estatutario en la regulación de este derecho. En esa medida, cabría señalar que el margen es más amplio respecto de aquellas materias con un bajo nivel de institucionalización al paso que se torna más estrecho cuando se encuentra altamente institucionalizado. Ello implica que en algunas de las dimensiones de la democracia, el constituyente adoptó decisiones más precisas que en otras y, en esa medida, en algunos casos confirió al Congreso la competencia para elegir entre diferentes opciones regulatorias y, en otras, lo privó de tal posibilidad. // Ahora bien, es importante advertir que en algunos casos en los que según el parámetro anterior existe un importante nivel de institucionalización, la Constitución prevé una escasa regulación. Así por ejemplo, ciertas formas de democracia directa –que constituye el momento de decisión de la democracia participativa- como la revocatoria del mandato, el cabildo abierto o el plebiscito se encuentran apenas enunciadas en la Constitución y, en esa medida, las posibilidades del legislador para adoptar diferentes formas de regulación es más amplia. Conforme a ello la conceptualización de la Corte, que tiene como propósito definir el grado de impacto que en la materia puede tener la voluntad legislativa, debe confrontarse en cada caso, con la densidad de la regulación constitucional”. (Se subraya).

Las consideraciones expuestas soportan así el carácter limitado del derecho a la participación, que pretende evitar que: i) se impongan decisiones por las mayorías sin que existan unos procedimientos adecuados para ello, definidos por el legislador en cumplimiento de sus potestades y competencias o, ii) se usen estos procedimientos fuera de su regulación constitucional o legal.

## **2.1. Ley 134 de 1994**

La consulta popular se encuentra definida en el artículo 103 de la Constitución Política colombiana como un mecanismo de participación ciudadana, es necesario prever que las consultas populares pueden darse a nivel nacional, territorial o local como es el caso de las

consultas realizadas en materia de realización de proyectos minero energéticos. La Corte Constitucional explica en su sentencia C-150 de 2015 las disposiciones constitucionales sobre la consulta popular de la siguiente manera:

La Constitución contiene varias disposiciones relativas a la consulta popular. Además de la mención general en los artículos 40 y 103 (i) el artículo 104 regula la consulta popular facultativa del orden nacional, (ii) el artículo 105 las consultas populares facultativas del nivel territorial, (iii) el artículo 297 prevé las consultas territoriales obligatorias como condición para decretar la creación de nuevos departamentos, (iv) el artículo 319 se ocupa de las consultas territoriales obligatorias para la conformación de un área metropolitana o para la anexión de un municipio a una de ellas y (v) el artículo 321 contempla las consultas territoriales obligatorias para la participación de un municipio en una provincia. (Corte Constitucional, 2015a; p. 22)

La reglamentación de los mecanismos de participación ciudadana se expidió en la Ley 134 de 1994, esta define la consulta popular como la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto y precisa que en todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria (Congreso de Colombia, 1994).

De igual manera en el Título V de esta ley, se desarrolla todo el trámite que debe surtir la consulta popular y se fija de manera explícita la potestad de convocatoria de consulta popular al presidente en el caso de que la consulta sea de nivel nacional y a los gobernadores y alcaldes en nivel territorial y local (Congreso de Colombia, 1994).

Cabe resaltar que la consulta popular puede ser obligatoria o facultativa, será obligatoria cuando la Constitución exija que la misma se lleve a cabo para adoptar cierta clase

de decisiones, y será facultativa cuando no se origine en una disposición constitucional, y su convocatoria se deba a una iniciativa de la autoridad competente para consultar con la comunidad un tema específico (Echeverri, 2010).

En ese sentido la Corte Constitucional en su sentencia T-121 de 2017 ha indicado los límites de la autoridad administrativa para convocar a consultas populares, e indica que en estos eventos la administración debe actuar, dentro de parámetros serios, objetivos y razonables, que busquen asegurar la satisfacción de los intereses colectivos, sobre todo cuando se trata de hacer operantes los mecanismos de participación ciudadana, en relación con la adopción de decisiones que puedan afectar los intereses vitales de la comunidad.

El trámite que debe surtir la consulta popular para su ejecución es inicialmente la convocatoria por el Presidente de la República en el caso de que la consulta popular sea de nivel nacional o por gobernadores y alcaldes cuando esta sea de nivel departamental o local, el texto de la pregunta que se llevará a cabo debe ser claro y no deberá contener términos apreciativos o valorativos.

Criterios objetivos para evaluar notas introductorias y preguntas: "Las notas introductorias deben satisfacer ciertos requisitos como, (1) estar redactadas en un lenguaje sencillo y comprensible, (ii) que sea valorativamente neutro, (iii) ser breves en la medida de lo posible, (iv) no ser superfluas o inocuas y (v) ser comprensivas del objeto que el artículo expresa. Para la Corte la satisfacción de estos requisitos garantiza que las notas introductorias (1) no sean un factor de manipulación de la decisión política (ii) no induzcan la respuesta del elector (iii) no presenten información parcial o engañosa y por lo tanto no vicien la voluntad política, (iv) garanticen condiciones favorables para el correcto ejercicio del derecho político, (v) otorguen pulcritud y corrección al proceso de convocatoria, y (vi) revistan de un mayor grado de legitimidad la decisión que se tome (Corte Constitucional, Sentencia C 551 de 2003).

Seguidamente el presidente, gobernador o alcalde está obligado a solicitar un concepto previo para la realización de la conducta popular bien sea al Senado, Asamblea, Concejo Municipal o Junta Administradora Local, para que luego el texto de la consulta sea remitido al Tribunal contencioso administrativo competente para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad del texto, posteriormente la fecha será fijada dentro de los 4 meses siguientes al concepto del senado en el caso de la consulta de nivel nacional y dos meses después del concepto de la autoridad competente en el caso de la consulta local (Congreso de Colombia, 1994).

## **2.2. Consulta previa a comunidades étnicas e indígenas**

Ahora bien, la consulta previa en materia de ejecución de proyectos minero energéticos se llevaba a cabo inicialmente y de manera exclusiva con comunidades indígenas y étnicas, esto de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. En el artículo 7 de este convenio se hace claridad en que el pueblo tiene derecho a definir sus prioridades en medida de que ciertas actuaciones pueden afectar sus condiciones de vida y su desarrollo social, económico y cultural (Congreso de Colombia, 1991).

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación (Rodríguez, 2010; p. 36).

La consulta previa es entonces un mecanismo establecido con la finalidad de proteger los derechos de las comunidades que podrían ver afectada su organización social y cultural por el desarrollo de ciertos proyectos de explotación. Por su parte, la Corte Constitucional en

varias ocasiones se refirió a la consulta previa que se debía realizar con comunidades étnicas y población indígenas haciendo referencia a estas de la siguiente manera:

Resulta imperativo entender la aplicación del principio de participación democrática en armonía con el de diversidad étnica y cultural; sólo de esta forma podrá comprenderse el sustento constitucional de procedimientos como la consulta previa a comunidades indígenas en aquellos temas que los afecten directamente. En efecto, garantizar el respeto y promoción de la diversidad étnica y cultural implica la creación de mecanismos que permitan la manifestación de los pareceres, intereses, prioridades, alternativas, etc. de las comunidades culturales que integran la sociedad colombiana y, así mismo, tener en cuenta de forma efectiva estos pareceres al momento del diseño de políticas públicas que afecten a las distintas comunidades culturales que integran la sociedad colombiana. De esta forma la consulta previa resulta la afortunada concreción de dos principios axiales al Estado social cuya construcción previó la Constitución de 1991 y que en este preciso tema deben entenderse con un criterio de complementariedad obligatoria para una real efectividad del contenido constitucional que los mismos involucran. (Corte Constitucional, Sentencia C063, 2010; p. 4)

Así entonces, en materia minero energética la consulta previa resultaba un requisito indispensable para la realización del proyecto, esto con el fin de poder identificar qué riesgos podrían surgir en el desarrollo del proyecto para la comunidad indígena o étnica y mitigar los mismos con planes de acción efectivos.

### **3. Derechos que tiene el Estado Colombiano para administrar el subsuelo**

En Colombia la extracción de recursos naturales no renovables ha ido en ascenso, desde inicios del siglo XX (1905) en el caso de los hidrocarburos y aproximadamente desde la época colonial y republicana en el caso de la minería. La explotación y el uso de recursos como el petróleo y de otros minerales como el carbón, el oro, la plata, el níquel, el cobre, el hierro las gravas y arenas, entre otros, ha aumentado en el país en razón de los usos de los mismos y de su exportación a otros países. En las últimas décadas el crecimiento de la explotación del subsuelo ha sido postulado como dinamizador del país por los Gobiernos electos, como se evidencia en los Planes Nacionales de Desarrollo de los años 2010 a 2014 y 2014 a 2018 con el impulso de la llamada locomotora minero- energética (Corte Constitucional, 2018).

El ordenamiento constitucional colombiano vigente confiere al Estado la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales, sin perjuicio de los derechos adquiridos conforme a las leyes preexistentes, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 80 y 332 de la Constitución Política. A su vez, el artículo 334 superior confiere igualmente al Estado la dirección general de la economía, y los artículos 360 y 361 disponen que la explotación de un recurso natural no renovable causa a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía.

Conviene recalcar que en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 332 dispone: "El Estado es propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes" (Comisión Nacional Constituyente, 1991). Por lo tanto, la Carta Magna manifiesta que el Estado por ser el propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables, es quien lo administra y dictamina las reglas para su uso, aprovechamiento y conservación.

Es de anotar que las normas en que se establecía la propiedad de la Gobierno Nacional sobre los yacimientos de hidrocarburos y excepcionalmente la propiedad privada sobre aquellos en que el propietario cumplía los requisitos exigidos por la Ley, no fueron modificadas por la Constitución de 1991, por lo cual el Estado es quien toma decisiones sobre la exploración y explotación de hidrocarburos.

En consideración a la Norma de Normas, el Congreso de Colombia (1993) expidió la Ley 97 de 1993, en la cual se interpretó la Ley 20 de 1969, además en su tercer artículo estableció que las disposiciones sobre reconocimiento excepcional de propiedad privada sobre hidrocarburos, que corresponde al artículo primero y sobre descubrimientos de hidrocarburos serían la única interpretación autorizada de la Ley 20 de 1969.

El artículo primero estableció que se entendían por derechos constituidos a favor de terceros las situaciones jurídicas objetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos a más tardar el 22 de diciembre de 1969 (Congreso de Colombia, 1993).

El artículo segundo entendió la existencia de yacimiento descubierto de hidrocarburos cuando con perforación y con las pruebas de fluidos se logrará el hallazgo de la roca en la cual se encontrarán acumulados los hidrocarburos y que fuese una unidad independiente en cuanto a producción (Congreso de Colombia, 1993).

El artículo cuarto estableció unas medidas cautelares que se ejercerían cuando se pensara que la propiedad de minas o yacimientos petrolíferos pertenecían a la Nación (Congreso de Colombia, 1993).



Esta Ley condicionó la propiedad privada de yacimientos petrolíferos a la existencia de uno o más yacimientos descubiertos antes del 22 de diciembre de 1969, además de los títulos específicos de adjudicación o sentencias definitivas que reconocían ese derecho.

Esta ley fue vista como inconstitucionalidad por varios detractores, por lo cual se ejercieron acciones basándose en:

- Establecía una confiscación o extinción de derechos de dominio que ya se habían definido.

- Estableció nuevos términos y condiciones que no estaban en la Ley 20/69 y además les impuso un carácter retroactivo.

- Violó derechos adquiridos establecidos en el artículo 58 de la Constitución excediendo la potestad reglamentaria.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C - 424 del 29 de septiembre de 1994 declaró la exequibilidad de ésta Ley. Refiriéndose al artículo primero sobre derechos constituidos a favor de terceros esta sentencia dice:

Disposición perfectamente lógica que define el objeto del derecho, por lo determinado y concreto, haciendo escapar de posibilidades ignoradas, o inexistentes antes del 22 de diciembre de 1969, inciertas situaciones jurídicas que no solo limitaban irracionalmente el patrimonio nacional, sino que, además, por las riquezas del subsuelo, desconocían la función social so pretexto del amparo de derechos particulares, dejando a un lado toda la concepción sobre la propiedad y su función social consagrada en la reforma de 1936 y reiterada en la carta de 1991.  
(p. 32)

Respecto a la definición de yacimiento descubierto de hidrocarburos expresa:

Se adopta pues una definición técnica del concepto, que igualmente se encontraba enunciada en la parte final del artículo primero de la Ley 20 de 1969, con lo que no se agregó ningún

elemento adicional que varíe el contenido de la norma por la Ley interpretativa, pues ésta, con apreciable tecnicismo, describe elementos de la primera haciendo más explícitos y claros sus contenidos y mostrando precisamente que se trata de una Ley interpretativa en sentido estricto. (Corte Constitucional, 1994; p. 33)

En otros apartes, esta sentencia dice: “Tanto el artículo primero de la Ley interpretada, como su homólogo de la Ley interpretativa, se refieren a los mismos derechos sobre hidrocarburos” (Corte Constitucional, 1994; p. 33). Podría suponerse que hubo un cambio del concepto de derecho constituido entre una y otra norma, lo cual no es cierto, pues en la primera se denuncia el concepto haciendo un señalamiento.

Más recientemente, para regular esta actividad, en el año 2004 el Estado a través del Ministerio de Minas y Energía designó al Ingeominas como Autoridad Minera en Colombia para que, con base en el Código de Minas o Ley 685 de 2001, controlara la reglamentación sobre los distintos roles que interactúan en el desarrollo de las actividades mineras como son: prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, aprovechamiento y comercialización de la riqueza del subsuelo (Congreso de Colombia, 2001).

Caso puntual, en el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, prevé que ninguna autoridad regional, seccional o local puede establecer zonas en las que quede excluida, ya sea permanente o transitoriamente, la minería, lo cual es visto como un acto de la administración del subsuelo, a pesar de que la misma Constitución faculta a las entidades territoriales, a través de los Concejos Municipales, para reglamentar los usos del suelo y para dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (Constitución Política, 1991).

A su vez, en el año 2012 nace la Agencia Nacional de Minería “ANM”, entidad que reemplazó al Ingeominas, por lo cual la ANM con base en el código minero expide mediante

contratos de concesión los títulos mineros para las etapas de exploración, construcción y montaje, y explotación, concesiones que hacen parte de un sistema que regula, coordina y salvaguarda el otorgamiento de títulos mineros, todo gracias al Decreto-Ley 4134 de 2011 (Presidencia de la República, 2011); siendo esta la entidad que se encarga de administrar el subsuelo en lo referente a la exploración y explotación minera.

Es de anotar que, como se dio a conocer en el capítulo anterior, el territorio indígena tiene una connotación especial, pues en lo referente a tierras, hay en la Constitución Política Nacional varios artículos dedicados a su regulación:

Artículo 63. - Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo [...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 72. - y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Artículo 329. - La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de éstas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PAR.- En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

Artículo 357. - Los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación. La Ley, a iniciativa del gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esa participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios. (Comisión Nacional Constituyente, 1991)

Al analizar este articulado se infiere que la Constitución redujo la propiedad indígena a resguardos indígenas dándoles el carácter de inalienable, imprescriptible e inembargables. Además, se les da a los indígenas una mayor participación en el plano jurídico del Estado, por medio de la conformación de las entidades territoriales indígenas, para que ellos directamente velen por sus intereses.

Por su parte, el artículo 286 de la Constitución Política, establece una división política y administrativa por departamentos, municipios y territorios indígenas, y todos ellos están llamados a conformar las entidades territoriales. Al mismo tiempo, a las regiones y provincias se les da potencialmente la misma facultad; es así como las Entidades Territoriales Indígenas, “ETI”, entran a formar parte de la estructura político administrativa del Estado (Comisión Nacional Constituyente de 1991).

Por Entidad Territorial Indígena se entiende (Sánchez, Roldan y Sánchez, 1993):

[...] una división político administrativa de la República (art. 286), con autonomía administrativa y política dentro de los límites de la Constitución y la Ley (art. 1 y 287), habitada por población indígena y que se gobierna por autoridades propias (art. 287: 1), que asume las competencias que le corresponden (art. 287:2), que puede administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (art. 287: 3), y que participa en las rentas nacionales (art. 287: 4). (p. 69)

Por lo tanto, a la Entidad Territorial Indígena la ley le otorga plena autonomía para la administración de sus asuntos, siendo esta una característica esencial, ya que su autonomía es mayor, al considerarse las prerrogativas específicas en materia de lengua, costumbres, religión, elección y justicia. Esta administración aplica al territorio que coincide casi en su totalidad con el que tiene previsto el Departamento de Planeación Nacional (2017) como territorio indígena: Territorios de Resguardos, Territorios en Posesión y Territorios de Reserva del Estado con planes de conservación que podrían llegar a ser administrados por las comunidades indígenas.

A su vez, la Ley 21 de 1991 adopta el Convenio 169 de 1989 de la OIT, éste reemplaza al 107 que había sido adoptado en 1967. El Convenio reconoce la importancia de los pueblos indígenas por sus diversos aportes en especial por ser modelos de convivencia social y de convivencia con el medio ambiente. Defiende la permanencia en sus tierras, para esto argumenta la posesión histórica de los indígenas y su sentido ancestral; se estipula que los territorios incluyen los recursos naturales que en ellos se encuentran y que se requieran para su supervivencia. Se asegura entre otras cosas el impedimento al traslado forzoso de sus tierras y a los actos ilegales de despojo.

Más recientemente, el Decreto 2164 de 1995, que reglamenta la Ley 160 de 1994, le atribuye al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, la tarea de continuar con el aseguramiento en el establecimiento de los indígenas en sus tierras y demás funciones que ya tenía asignadas. Para dar cumplimiento a este objetivo, deberá constituir resguardos en diferentes zonas teniendo en cuenta las que solicite la comunidad.

Pese a que el subsuelo es administrado por el Estado, en el caso de los territorios indígenas se debe realizar consultas previas para que el la ANM pueda otorgar licencias mineras en estos territorios.

Aunque en la jurisprudencia colombiana se encuentra un caso donde se les otorgó propiedad del subsuelo a particulares, es el denominado Caso Cusiana, por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que todos los terrenos por no pertenecer al Estado antes del 28 de octubre de 1873, conllevaban la pérdida de la propiedad del subsuelo; pero en sentencia de marzo 4 de 1994 del Consejo de Estado, en forma precisa y clara, señaló que los derechos adquiridos sobre propiedades privadas del subsuelo deberían haber estado perfeccionados, mediante vinculación a por lo menos un yacimiento descubierto para el momento de entrar a regir la Constitución de 1886, de acuerdo con su artículo 202. Este fallo fue objeto del recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena de la Corporación, quien lo confirmó en su totalidad, ratificando que la administración del subsuelo recae en los hombros del Estado.

#### **4. Limitantes de norma y jurisprudenciales ancladas a las consultas populares en Colombia**

La Ley 134 de 1994 se encargó de reglamentar los mecanismos de participación ciudadana mencionados en la carta política. En los artículos 50 a 57 se regula todo lo relacionado con la Consulta Popular. Este mecanismo de participación consiste en la consulta que realiza a la ciudadanía el Presidente de la República, el Gobernador de un Departamento o el Alcalde Municipal sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental o local respectivamente.

El mecanismo es el siguiente: El ejecutivo elabora la pregunta que se le va consultar a la ciudadanía que solo puede tener como respuesta sí o no. Esa iniciativa es presentada al Senado si es Nacional, la Asamblea en el caso de los Departamentos y el Concejo en el caso de los municipios con la finalidad que estos organismos aprueben la conveniencia de realizar la consulta. Una vez recibida esta aprobación y para las consultas departamentales y locales, se realiza un examen de la pregunta por parte del Tribunal Administrativo para que informe si la pregunta a realizar se encuentra acorde a la Constitución Política. Una vez el Senado aprueba la consulta, la misma se realizará dentro de los cuatro meses siguientes, en el caso de las consultas departamentales y locales se realiza dentro de los dos meses siguientes. En el caso de las consultas departamentales y locales, el texto de la consulta deberá remitirse al tribunal de lo contencioso administrativo competente con la finalidad que examine la constitucionalidad de la pregunta realizada. En la eventualidad que el juez administrativo la considere contraria a la Carta política no será viable la realización de la misma. Para que sea aprobada la consulta por parte de la ciudadanía se requiere el voto afirmativo de la mitad más

uno de los sufragios y que hubiere participado la tercera parte de los electores que conforman el censo electoral. El artículo 56 dispone sobre los efectos de la consulta:

...Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ley, una ordenanza, un acuerdo o una 57 resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el Congreso, la asamblea, el Concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses.”

De la reglamentación de la consulta popular se puede inferir que: a-) Su iniciativa corresponde al ejecutivo nacional, departamental o local. b-) Para el evento de las consultas departamentales y locales se requiere la validación de la misma por las Asambleas y Concejos y la revisión previa de un tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa. C-) Existe un control judicial previo de constitucionalidad realizado por los tribunales administrativos que busca salvaguardar los derechos consagrados en la carta política d-) Es condición indispensable para la validez de la consulta que participe en la misma una tercera parte del censo electoral nacional, departamental o local según sea el caso. e-) La aprobación de la consulta por parte del pueblo tiene como consecuencia para el gobierno nacional, departamental o local, la obligatoriedad de adoptar las medidas para hacer efectiva la decisión consultada.

La primera consulta popular realizada en Colombia data de agosto 27 de 1995 en el Municipio de Aguachica ubicado en el departamento del César en el cual se le pregunto a los



habitantes de este municipio: “¿Rechaza usted la violencia y está de acuerdo en convertir a Aguachica en un municipio modelo de paz?”. En el municipio se vivía un especial momento de tensión social por las acciones violentas que se adelantaban en su territorio por diversos actores. Con la finalidad de unir a la comunidad para rechazar esta situación e impulsar un modelo distinto de convivencia el alcalde municipal lideró la consulta en la que participaron 10.569 personas con voto afirmativo superior al 99,5%, sin embargo, debido a que el censo electoral era de 34.505 ciudadanos, no se alcanzó la participación mínima requerida por la ley y por ello dicha consulta no procedió. Sin embargo, esta situación dirigió el foco del país a ese municipio y se lograron atención e inversiones nacionales y departamentales con posterioridad a la realización de la consulta (López y Navarro, 2005).

Desde la vigencia de la Ley 134 que comenzó a regir el 31 de mayo de 1994 y hasta el primer semestre del año 2014 se han realizado 33 consultas populares según la información que brinda la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad que tiene la función de organizar y vigilar los procesos electorales en Colombia. De las consultas realizadas se pueden realizar las siguientes anotaciones:

En el año 2010 comunidades locales de diferentes municipios en el departamento de Santander se opusieron a los proyectos mineros de la empresa canadiense Greystar en el Páramo de Santurbán. Las acciones colectivas llevaron a cabo ocho grandes movilizaciones pacíficas, diez foros temáticos, dos audiencias públicas, y defendiendo una interpretación expansiva de los derechos políticos, se exigió la posibilidad de llevar a cabo una Consulta Popular para declarar como bienes de interés públicos los ecosistemas que proveen de agua a la región e impedir el desarrollo de proyectos megamineros. Sin embargo, la petición de Consulta Popular fue negada por el Tribunal Administrativo de Santander en 2011. En el departamento de Norte de Santander que comparte parte del Páramo de Santurbán, la

posibilidad de Consulta Popular fue aprobada, pero la Registraduría Nacional argumentó falta de presupuesto y no se realizó (Martínez, 2014). Aunque en los dos casos fue negada la posibilidad de participar en las decisiones sobre la planeación del territorio, la movilización sostenida de las comunidades locales en oposición a los proyectos extractivos, terminó por influir en la histórica sentencia C035 del 8 de febrero de 2016 de la Corte Constitucional, por medio de la cual se prohíbe actividades mineras y de hidrocarburos en los páramos del país. Comunidades locales de diferentes partes del país emprendieron acciones colectivas donde la Consulta Popular se constituyó en el principal mecanismo de reivindicación de derechos políticos para tomar parte en las decisiones comunes (Hincapié, 2017). El gobierno nacional en una interpretación restrictiva de los derechos políticos, a través del decreto 0934 de mayo de 2013 intentó frenar la realización de Consultas Populares, al establecer que los gobiernos locales o regionales, así como sus comunidades, no pueden oponerse a que se desarrollen proyectos mineros en sus territorios. A pesar de lo anterior, en el municipio de Piedras en el departamento del Tolima, por primera vez logró realizarse una Consulta Popular convocada por el alcalde municipal en julio de 2013. Como resultado de la Consulta Popular el 92.2% de la comunidad votó en contra del megaproyecto minero de la empresa AngloGold Ashanti. En diciembre del mismo año, en el municipio de Tauramena departamento del Casanare, a través de otra Consulta Popular, el 96% de los votantes se manifestó en contra de las actividades relacionadas con la explotación de 9 hidrocarburos en sus territorios. En oposición a las Consultas Populares, el presidente Santos fue claro al expresar que: “esas consultas son ilegales y no tienen ningún efecto legal. El subsuelo es de todos los colombianos. Aquí no hay lugar a discusión.” (Gracia-Segura, 2013). Las Consultas Populares no tuvieron efectos jurídicos al ser consideradas ilegales por parte del gobierno nacional. Por si fuera poco, la Procuraduría Provincial de Ibagué abrió investigaciones en contra del alcalde de Piedras,

Arquímedes Ávila Rondón, y los miembros del Concejo Municipal por considerar que se extralimitaron en sus funciones al convocar a la Consulta Popular (El Tiempo, 2 de abril de 2014).

Así mismo, después de audiencias públicas llevadas a cabo en Cajamarca - Tolima presionaron al alcalde de este municipio a presentar ante el Concejo Municipal una propuesta de Consulta Popular en diciembre de 2014, ante lo cual el gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República y la Procuraduría General de la Nación, iniciaron acciones en contra de la realización de Consultas Populares. Por medio del Decreto 2691 del 23 de diciembre de 2014 se facultó al Ministerio de Minas para tomar medidas concluyentes frente al desarrollo de los proyectos mineros. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación a través de diversos funcionarios presionaron a los concejales municipales de Cajamarca con el fin de impedir la realización de la Consulta Popular, la cual finalmente fue negada por el Concejo de Cajamarca 10 en la sesión del 17 de febrero de 2015 (Hincapié, 2017).

La Corte Constitucional hace referencia en su la Sentencia T- 445 de 2016 al desarrollo de la minería sostenible como principio fundamental del desarrollo de actividades extractivas, y hace énfasis en que el estado colombiano no realiza estudios de impactos ambientales y sociales al momento de otorgar un título minero, lo que pone en riesgo derechos fundamentales y colectivos de la población (Martínez, 2016; p. 23).

Es de anotar que el Código de Minas en su artículo 37 manifiesta la prohibición legal a las autoridades regionales, seccionales o locales de declarar zonas permanentes o temporales fuera de la actividad minera, tal y como se observa:

Artículo 37. Prohibición legal. 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.

No obstante, es importante aclarar que en las consultas populares no es la autoridad local la que toma la determinación de excluir alguna zona de la explotación minera, sino que es el constituyente primario el que elige así hacerlo, por lo cual esta prohibición no tendría mayor efecto sobre los efectos del mecanismo de participación ciudadana.

A su vez, hay que apuntar que el artículo 37 del Código de Minas fue declarado exequible por la Corte Constitucional (2014) mediante Sentencia C-123 de 2014, en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.

En consecuencia, el Ejecutivo, por medio del Decreto 2691 de 2014, facultó al Ministerio de Minas para tomar medidas concluyentes frente al desarrollo de los proyectos mineros (Presidencia de la República de Colombia, 2014). Por su parte, la Procuraduría General de la Nación a través de diversos funcionarios presionaron a los concejales municipales de Cajamarca con el fin de impedir la realización de la Consulta Popular, la cual finalmente fue negada por el Concejo de Cajamarca 10 en la sesión del 17 de febrero de 2015

No obstante, la Corte Constitucional más tarde volvió a revisar este artículo 37 del Código de Minas, declarándolo inexecutable mediante Sentencia C-273 de 2016, pues en esta instancia se plantearon como vulnerados los artículos 151 y 288 de la Constitución.

De otro lado, la Constitución Política señala claramente que es deber del Estado promover la participación en las decisiones ambientales. La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y, en especial, a través del principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y con el Convenio de Aarhus, se ha reconocido que, para estar en condiciones que hagan valer el derecho que tiene toda persona a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y su bienestar, los ciudadanos deben tener acceso a la información, estar facultados para participar en la toma de decisiones y tener acceso a la justicia en materia medioambiental (Rodríguez, 2011).

Resulta ajustado a las políticas que ha desarrollado el estado en materia de medio ambiente consultar a la ciudadanía y hacerla parte activa del proceso de discusión de otorgamiento de títulos mineros y puesta en marcha de este tipo de proyectos que representan una afectación a los recursos naturales aledaños.

En teoría, la aplicación de la decisión derivada de los mecanismos de participación ciudadana, como la consulta popular, es obligatoria cuando se atienden los pasos (complejos y costosos) establecidos en la ley. Sin embargo, Betancourt (2018) manifiesta que el carácter obligatorio de la decisión resultante de procesos de consulta popular, relacionados con proyectos para la explotación de petróleo, gas y minería, ha sido desmerecido y descalificado por el Gobierno nacional aduciendo una ausencia de competencia en el pueblo para modificar leyes (lo cual no es el núcleo de una consulta popular, independiente de los efectos que aparezca la decisión) y casi que interviniendo, desde su asiento en el sector nacional, en los asuntos locales que la Constitución busca que sean atendidos y resueltos en el mismo ámbito.

Aunque, en el Auto 031 de 2017 la Corte Constitucional (2017) indicó que una consulta solamente puede considerarse constitucional si las autoridades locales tienen la competencia para implementar el resultado de tal mecanismo de participación ciudadana, además en el caso en comento de las corridas de toros las autoridades locales no tienen competencia para prohibirlas.

De lo anterior se concluye que lo primero que debe analizarse al estudiar la constitucionalidad de una consulta popular, es si ésta cumple con lo que ha sido llamado por la Corte Constitucionales como límites competenciales, haciendo énfasis en la relevancia de que las temáticas y preguntas a someter a consulta popular se ciñan a las competencias de los niveles nacional o territorial, según sea el caso, para no usurpar competencias que constitucional o legamente no detenten.

Es de anotar, que la Alta Corte he hecho énfasis que uno de los objetivos del control previo de constitucionalidad, es examinar que no se haya excedido los referidos límites competenciales. Así, la Corte en la Sentencia C-150 de 2015 afirmó:

“En lo relativo al control judicial de las consultas populares territoriales, pese a que el proyecto de ley no contiene una regulación específica, el artículo 53 de la Ley 134 de 1994 establece que a la jurisdicción contencioso-administrativa le corresponde emitir un pronunciamiento previo. Para el efecto prescribe, en su frase final, que 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. En la sentencia C-180 de 1994, la Corte consideró que dicho artículo era compatible con la Constitución pues atribuir dicha función “constituye cabal desarrollo de las que corresponden al legislador en virtud de la cláusula general de competencia.” Mediante este control se evita que la intervención del pueblo

recaiga, por ejemplo, sobre una pregunta que exceda los intereses del respectivo nivel territorial o que desconozca normas superiores.

De acuerdo con lo señalado el control judicial de la consulta popular territorial tiene las siguientes características: (i) es una competencia a cargo de los tribunales administrativos; (ii) es previo al pronunciamiento del pueblo; y (iii) es integral en tanto comprende la regularidad del procedimiento y la compatibilidad material con la Constitución. (...)

7.2. La existencia de límites competenciales de las consultas populares, exige que el control judicial previo de las diferentes modalidades de consulta popular por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, examine, de manera estricta, si el tipo de asunto que se somete al pronunciamiento del Pueblo puede ser objeto de consulta en el respectivo nivel territorial. En materia de control judicial se aplica la regla relativa al control de la Consulta Popular nacional prevista en el artículo 241.3; y se conserva el control previo de las consultas populares territoriales previsto en el artículo 53 de la Ley 134 de 1994 -art. 21.b.

A su vez, el Legislador ha dispuesto consultas populares municipales en relación con sus competencias propias. Así, la Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” consagra que en materia de usos del suelo es posible la realización de una consulta popular a cargo del respectivo Municipio.

“Artículo 33º.- Usos del suelo. Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio.

**PARÁGRAFO.** En todo caso, las decisiones sobre el uso del suelo deben ser aprobadas por el Concejo Municipal”.

Como se observa y de conformidad con el marco constitucional aplicable, esta consulta se refiere en forma exclusiva al cambio significativo en el uso del suelo, estableciendo además que la misma debe ser respetuosa de las competencias del Concejo Municipal sobre la materia.

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



## **5. Efectos determinantes de las consultas populares elaboradas por entes territoriales para limitar la administración del Estado Nacional**

De forma transparente y contundente, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 41 de la Ley 1757 de 2015, se debe indicar que las decisiones y resultados de los actuales mecanismos de participación ciudadana, expresión de esta democracia participativa, son obligatorias con carácter erga omnes siempre que se cumplan los requisitos previstos (para cada mecanismo), desencadenando las consecuencias previstas en el artículo 42 de la norma subanálisis.

Pese a lo anterior, el carácter obligatorio de la decisión resultante de procesos de consulta popular, relacionados con proyectos para la explotación de petróleo, gas y minería, ha sido desmerecido y descalificado por el Gobierno nacional aduciéndose una ausencia de competencia en el pueblo para modificar leyes (lo cual no es el núcleo de una consulta popular, independiente de los efectos que apareje la decisión) y casi que interviniendo, desde su asiento en el sector nacional, en los asuntos locales que la Constitución busca que sean atendidos y resueltos en el mismo ámbito (Betancourt, 2018).

Caso que se da pese a que la consulta popular, como mecanismo de participación ciudadana, indistinto de su naturaleza o asiento legal, su exigibilidad o carácter vinculante es vital si se quiere llegar a una democracia real, entendiendo y concibiendo a la participación como un derecho y un deber que debe exteriorizarse allende el marco de las formalidades y ritualidades vigentes. No obstante, es menester analizar la naturaleza, constitucionalidad y legalidad del instrumento para el caso específico de la administración del subsuelo, sin perjuicio del reconocimiento de su valor práctico e inmediato.

Además, como se ha venido exponiendo a lo largo de este documento, en Colombia ha existido un debate jurídico en torno a la administración del subsuelo, el cual ha tenido grandes roces en los últimos años con el desarrollo de consultas populares en diferentes municipios de país, entorno a la exploración y explotación minera, sin embargo, este debate prácticamente lo vino a resolver la Corte Constitucional hasta hace poco, con la expedición de la Sentencia SU 095/18, en donde la Corte estudió si el Tribunal Administrativo del Meta vulneró los derechos fundamentales de la sociedad demandante al haber declarado constitucional el texto de la pregunta, cuando el Tribunal encontró ajustada a la Constitución Política el texto que se iba a someter a consulta popular, que preguntaba a los ciudadanos de Cumaral si estaban de acuerdo o no con que en su municipio se llevaran a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

La Corte consideró que el Tribunal Administrativo del Meta, en la sentencia que declaró constitucional la pregunta a elevar a consulta popular a realizarse en el Municipio de Cumaral, violó el debido proceso por cuanto interpretó de forma aislada las disposiciones constitucionales y desconoció los pronunciamientos de la Corte Constitucional referidos a los límites de las materias a decidir a través del mecanismo de consultas populares. En efecto, tanto la Constitución como la ley disponen que éstas, en el rango municipal no pueden recaer sobre asuntos ajenos a la competencia de las autoridades municipales (Corte Constitucional, 2018). En sí, el alto tribunal tomó la siguiente decisión:

PRIMERO.- LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS ordenada el 1 de noviembre de 2017.

SEGUNDO.- REVOCAR las sentencias proferidas: i) el seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017) por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, que declaró la cesación de la actuación impugnada por carencia

actual de objeto, y ii) el (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017) por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera instancia, que resolvió negar el amparo constitucional solicitado por la empresa Mansarovar Energy Colombia Ltda. En su lugar CONCEDER EL AMPARO solicitado; con base en las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.-En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la providencia proferida el siete (07) de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro del proceso de control previo de constitucionalidad de la consulta popular en el Municipio de Cumaral, Meta, y las actuaciones subsiguientes.

CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que en el menor tiempo posible defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR a la Agencia Nacional de Hidrocarburos poner en práctica un procedimiento que permita la coordinación y concurrencia con las entidades territoriales para la definición y determinación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos.

SEXTO.- ORDENAR al Ministerio de Minas y Energía, a la Agencia Nacional de Hidrocarburos y a la Agencia Nacional de Minería mantengan y fortalezcan, de acuerdo con los criterios de esta providencia, programas y proyectos que fortalezcan el diálogo, la comunicación y la información con las entidades territoriales y sus autoridades locales con el fin de aplicar principios de coordinación y concurrencia e información suficiente.

SÉPTIMO.- ORDENAR al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, a la Agencia Nacional de Hidrocarburos y a la Agencia Nacional de Minería, a la Unidad de Planeación Minero Energética, al Servicio Geológico Colombiano, que en la política pública de los sectores de hidrocarburos y de minería, así como en los contratos de concesión robustezcan las

estrategias y cláusulas contractuales de participación ciudadana, información, coordinación de acciones sociales y de inversiones sociales con entidades públicas y exijan así a las empresas del sector minero energético que respeten los derechos humanos, realicen acciones de debida diligencia para la gestión de los riesgos ambientales y sociales con ocasión de las operaciones de sus actividades y amplíen espacios de información con los alcaldes de los municipios donde operan.

OCTAVO.- INSTAR a los alcaldes de los municipios del país para que en el marco de sus competencias de ordenamiento territorial tengan en cuenta los principios de coordinación y concurrencia con las autoridades nacionales. (Corte Constitucional, 2018)

En consecuencia, a contravía de lo expuesto por el Tribunal Administrativo del Meta, la Alta Corte estimó que en el caso puesto a consideración el objeto mismo de la consulta no se limitaba a determinar el uso del suelo como una competencia propia de los municipios y distritos, sino que en realidad buscaba prohibir la realización de actividades de exploración del subsuelo y de recursos naturales no renovables (RNNR) en el Municipio de Cumaral, con lo cual se estaba decidiendo sobre una competencia del Estado como propietario de estos últimos (Corte Constitucional, 2018).

En el caso *sub examine* el Tribunal Administrativo del Meta interpretó aisladamente postulados constitucionales y por ello en la revisión de constitucionalidad de la pregunta a elevar a consulta popular, no analizó en forma sistemática e integral las competencias de diversas entidades del Estado, omitiendo las radicadas en cabeza del gobierno nacional central, respecto a los recursos del subsuelo. De tal forma, la Sala Plena encontró que la existencia de límites sobre las materias a decidir en una consulta popular territorial, específicamente lo referido a las competencias constitucionales nacionales sobre el uso del subsuelo y la explotación de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado, implica que **este**

**mecanismo de participación ciudadana no puede ser utilizado para prohibir actividades de extracción en un determinado municipio o distrito.**

Es más, llama la atención que la Alta Corte en su decisión hace un llamado a los alcaldes municipales para que no se salgan del marco de sus competencias, en materia de ordenamiento territorial, para que respeten e insten los principios de coordinación y concurrencia con las autoridades nacionales, siendo esta una forma de desestimular la consulta popular en temas de minería en Colombia.

Así queda claro que las entidades territoriales no cuentan con un poder de veto para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables, pues la Corte aduce que los postulados constitucionales que prevén la explotación del subsuelo y los RNNR, su propiedad en cabeza del Estado y las competencias de las entidades territoriales y de la nación –gobierno nacional central- sobre el suelo, el ordenamiento territorial, el subsuelo y los RNNR, las entidades territoriales no pueden prohibir el desarrollo de actividades y operaciones para tales fines en su jurisdicción (Corte Constitucional, 2018).

Pese a que la Constitución Política Nacional garantiza a todos los ciudadanos el derecho de participar en la toma de decisiones que los afecten, cuando en su territorio se adelanten actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en aras de proteger sus intereses ambientales, sociales y económicos; en este fallo la Corte constitucional identificó que en la actualidad no existen mecanismos idóneos y vigorosos para garantizar tanto la participación ciudadana como la forma de hacer compatible los principios de coordinación y concurrencia de la Nación y las entidades territoriales. Por tanto, la Sala Plena de la Corte exhortó al Congreso de la República para que en el menor tiempo defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio.

Ahora bien, en el caso del pueblo indígena, la consulta previa en materia de ejecución de proyectos minero energéticos se llevaba a cabo inicialmente y de manera exclusiva con comunidades indígenas y étnicas, esto de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual fue ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. En el artículo 7 de este convenio se hace claridad en que el pueblo tiene derecho a definir sus prioridades en medida de que ciertas actuaciones pueden afectar sus condiciones de vida y su desarrollo social, económico y cultural.

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades 37 dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación (Rodríguez, 2010, p.36).

La consulta previa fue entonces un mecanismo establecido con la finalidad de proteger los derechos de las comunidades que podrían ver afectada su organización social y cultural por el desarrollo de ciertos proyectos de explotación. Por su parte, la Corte Constitucional en varias ocasiones se refirió a la consulta previa que se debía realizar con comunidades étnicas y población indígenas haciendo referencia a estas de la siguiente manera:

En fin, hoy en día, la democracia participativa consagrada en el texto constitucional, adicional a sus funciones electorales y políticas que se le asignan, participa también de funciones adicionales: participación ciudadana en la administración pública, rendición de cuentas y control social; no obstante en el caso de usar la consulta popular para tomar decisiones en relación a la administración del subsuelo colombiano, la decisión de este instrumento de participación ciudadana no es vinculante, puesto que la Corte Constitucional “determinó que de conformidad con las competencias atribuidas por la constitución política a

la nación y a las entidades territoriales, las decisiones relacionadas con la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables del subsuelo, deben ser adoptadas de manera concurrente y coordinada por las autoridades nacionales, con la participación de las autoridades territoriales, mediante los mecanismos que establezca la ley” (Corte Constitucional, 2018; p. 1).

## 6. Conclusiones

Con el estudio de la normatividad y jurisprudencia que enmarcan las consultas populares en Colombia como herramienta democrática en las decisiones territoriales se pudo identificar que este mecanismo de participación ciudadana se encuentra consagrado en la Carta Magna, y reglamentado por la Ley 134 de 1994 y complementada por la Ley estatutaria 1757 de 2015, en donde lo definen como la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto y precisa que en todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria (Congreso de Colombia, 1994). Este mecanismo de participación ha sido centro de varias sentencias de la Corte Constitucional, que entre otras le han puesto límites, pues en los últimos años el debate normativo se ha dado entorno a la aplicación de decisiones tomadas con la consulta popular sobre el tema de la minería. Es de anotar que las consultas populares en el caso de los territorios indígenas son obligatorias para iniciar en estos suelos exploraciones y explotaciones petroleras.

A raíz de lo anterior, se procedió a identificar los derechos que tiene el Estado Colombiano para administrar el subsuelo, ante lo cual la normatividad y la jurisprudencia permiten identificar que efectivamente el ordenamiento constitucional colombiano vigente confiere al Estado la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales, y por ello este quien debe administrarlo, lo cual lo realiza a través de Ingeominas apoyado en el Código de Minas o Ley 685 de 2001. No obstante, el artículo 286 de la Constitución Política de Colombia le otorga a la Entidad Territorial Indígena plena autonomía para la administración de sus asuntos. Además, el Estado puede perder la potestad del suelo por no pertenecer a este antes de 1873.



En Colombia el mecanismo de consultas populares ha sido aplicado desde el 27 de agosto de 1995 para temas variados, a lo cual la normatividad y la jurisprudencia ha considerado que sus resultados son vinculantes para las autoridades, pues es el constituyente primario que se ha pronunciado, no obstante en el caso de la minería existe una limitante, que ha sido defendida hasta por el Ejecutivo del anterior mandato, pues su argumento se encuentra en que los entes territoriales no puede inferir en el derecho y deber del estado de administrar el subsuelo y los recursos naturales.

Así mismo, el estudio profundizó en el debate sobre el carácter vinculante que puede tener la decisión tomada por las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre la minería colombiana, tema que fue centro de la Sentencia SU 095/18 de la Corte Constitucional (2018), en donde la Alta Corte le dio la razón al ejecutivo, dejando sin piso jurídico las decisiones tomadas en varios municipios sobre la prohibición de adelantar exploraciones y explotaciones mineras en esos entes territoriales, recordando que el Estado es el administrador del subsuelo. No obstante, el debate al respecto aun sigue abierto puesto que después de la sentencia de la Corte Constitucional, la Sección Cuarta del Consejo de Estado fallando una impugnación del Tribunal Administrativo de Antioquia, ratificó las competencias que tienen los municipios para prohibir las actividades mineras en sus territorios en aras de la protección de los ciudadanos y del medio ambiente; lo cual se convierte en un choque de competencias entre las altas cortes, lo cual no es objeto de estudio, por ende el debate está abierto, permitiendo adelantar nuevas investigaciones sobre el tema.

Por lo tanto, al analizar la validez jurídica de las consultas populares elaboradas por entes territoriales sobre el desarrollo de la minería como parte de la administración del Estado Nacional, teniendo en cuenta el enfoque de la Corte Constitucional, se puede concluir que

estas no son vinculantes, sino por el contrario no son legales para inferir sobre el derecho y obligación del Estado.

Es de anotar que actualmente existe un debate en este tema, pues el Consejo de Estado contradice el pronunciamiento de la Corte Constitucional, al fallar que las consultas populares tienen carácter vinculante, por lo tanto la función del Estado, en materia de administrar el subsuelo, queda relegada a un segundo plano a la decisión del constituyente primario. Al respecto el grupo investigador considera que la Corte Constitucional es la que debe tener la última palabra en este asunto, porque es esta alta corte la que vigila el cumplimiento de la Carta Magna, en cambio el Consejo de Estado desempeña las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, por ello el grupo investigador asume la decisión de la corte al quitarle el carácter vinculante a las consultas populares en materia de decisiones en la administración del subsuelo.

## **7. Recomendaciones**

Considerando los análisis realizados en el presente estudio se recomienda:

Al Estado, tener más en cuenta al pueblo para la otorgación de permisos y licencias para la exploración y explotación del subsuelo colombiano, para ello es recomendable que se realicen reuniones previas con las poblaciones afectadas por nuevos proyectos minero-energéticos, con el fin de dar a conocer los impactos (positivos y negativos) así como los planes de contingencia para el caso de emergencias o imprevistos, con el fin de que las comunidades sean enteradas y así hacer partícipes del desarrollo de la región y el país.

A los gobernadores, alcaldes, asambleístas, concejales y demás líderes comunales que tengan en cuenta la decisión de la Corte Constitucional para que no se sigan impulsando consultas populares para frenar el avance de proyecto mineros en Colombia, más bien motiven a la comunidad para dialoguen y obtengan los mayores beneficios en estos proyectos para sus comunidades.

## Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (1991a). Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No 73. [En línea]. Bogotá. Recuperado en noviembre de 2018, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa857244.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (1991b). Informe de ponencia derechos colectivos. [En línea]. Bogotá. Recuperado en noviembre de 2018, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa219170.pdf>
- Betancourt, G. (2018). Democracia participativa versus democracia territorial: participación, autonomía y desarrollo municipal. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (20); pp. 175-200.
- Cárdenas, M. y Reina, M. (2008). *La Minería en Colombia, Impacto Socioeconómico y Fiscal, Proyecto de la Cámara de Asomineros de la Asociación Nacional de Industriales, 2008*. [En línea]. Recuperado en junio de 2018, de <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/La-miner%C3%ADa-en-Colombia-Informe-de-Fedesarrollo-2008.pdf>.
- Congreso de Colombia (2001). *Ley 685, Código de Minas*. Bogotá: Diario Oficial 41.373.
- Congreso de Colombia (1994). *Ley 134, Ley de mecanismos de participación ciudadana*. Bogotá: Diario Oficial 41.373.
- Congreso de Colombia (1991). *Ley 237, Ley de aprobación del Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989*. Bogotá: Diario Oficial 39.720.

Consejo de Estado (2017). *Tutela presentada bajo el radicado 1100103150002 0170119801*.

Magistrada Ponente Rocío Araújo Oñate. Bogotá.

Corredor, D. (2014). *Estrategias de control ciudadano: Una aproximación a la intervención megaminera en Cajamarca Tolima. (2007-2013)*, Tesis de pregrado. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Corte Constitucional de Colombia (2018). *Comunicado 40 de octubre 11*. [En línea] Bogotá: Corte Constitucional. Recuperado en noviembre de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2040%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202018.pdf>

Corte Constitucional de Colombia (2018). *Sentencia SU- 095 de octubre 11*. Bogotá: M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional de Colombia (2017). *Auto 031 de febrero 01*. Bogotá: M. P. Aquiles Arrieta Gómez.

Corte Constitucional de Colombia (2015a). *Sentencia C- 150 de abril 08*. Bogotá: M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia (2014). *Sentencia C-123 de 2014*. Bogotá: M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia (2010). *Sentencia C- 063 de febrero 04*. M. P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia (2010). *Sentencia C-141 de 2010*. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia (2003). *Sentencia C-551 de julio 09*. Bogotá: M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia (1994). *Sentencia C-424 del 29 de septiembre*. M. P.

Antonio Barrera Carbonell.

Departamento de Planeación Nacional (2017). *Asignación especial del Sistema General de*

*Participaciones para resguardos indígenas, una propuesta de distribución*. Bogotá:

DPN.

Duran, D. (2015). El paradigma constitucional colombiano. ¿Consolidado o amenazado?

*Pensamiento Constitucional*, 20, Bogotá: PUPC; pp. 107-134.

Echeverri, C. (2010). La participación ciudadana en Colombia: reflexiones desde la

perspectiva constitucional y la normatividad estatutaria. *Estudios De Derecho*,

67(149); pp. 63-86.

El Tiempo. (2014, 2 de abril). Abren indagación al alcalde de Piedras por Consulta minera.

[En línea] Recuperado en diciembre de 2018, de: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/investigan-al-alcalde-de-piedras-porconsulta-minera/13768435>

García-Segura, H. (2013, 21 de diciembre). Se puede ganar en primera vuelta: Santos. Bogotá:

El Espectador.

García, D. (27 de octubre de 2017). *Consultas populares mineras son el reflejo de la*

*insostenibilidad del modelo de Estado*. [En línea]. Instituto de Estudios Urbano.

Universidad Nacional de Colombia. Recuperado en junio de 2018, de

<http://ieu.unal.edu.co/noticias-del-ieu/item/consultas-populares-mineras-son-el-reflejo-de-la-insostenibilidad-del-modelo-de-estado>.

González, E. (2015). *Consulta popular en Colombia y la exclusión de territorios de proyectos*

*petroleros. Departamento de Casanare años 1991-2014*, Tesis de pregrado.

Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, 2015.

- Hernández-Sampieri, R, Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Quita Edición. México: Edit. McGraw Hill.
- Hincapié, S. (2017). Extractivismo, consultas populares y derechos políticos ¿El renacimiento de la democracia local en Colombia? *Reflexión Política*, 19(37); pp. 86-99.
- Martínez, E. (2014). *El páramo de Santurbán, patrimonio nuestro y de la humanidad: en peligro inminente*. En: Caja de Herramientas, (00395), semana del 11 al 17 de Abril. Bogotá.
- Martínez, N. (2016). *Consultas populares y el desarrollo de los proyectos minero energéticos en Colombia*, Tesis de pregrado. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Ministerio de Minas y Energía de Colombia (2009). *Cartilla, Así es la Minería, Colombia*. Recuperado en junio de 2018, de [http://www.simco.gov.co/Portals/0/archivos/Cartilla\\_Mineria.pdf](http://www.simco.gov.co/Portals/0/archivos/Cartilla_Mineria.pdf).
- Presidencia de la República de Colombia (2014). *Decreto 2691, Reglamentación del artículo 37 del Código de Minas*. Bogotá: Diario Oficial 49.374.
- Presidencia de la República de Colombia (2011). *Decreto-Ley 4134, Creación de la Agencia Nacional de Minería ANM*. Bogotá: Diario Oficial 48.242.
- Ramírez, A. (2015). Estudio comparado de la democracia participativa en distintos ordenamientos europeos. *Advocatus*, 12(25); pp. 17-29.
- Rodríguez, G. (2010). *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia* (1st ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. (2011). *Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia*. Foro Ambiental Nacional, 1. Recuperado en noviembre de 2018, de <http://library.fes.de/pdffiles/bueros/kolumbien/08360.pdf>

Sanabria-Hernández, E. J. (2015). Límites a la autonomía territorial de los municipios frente a la prohibición de exclusión de zonas de explotación minera en el ejercicio de la planificación y el ordenamiento territorial. *Iter Ad Veritatem*,13; pp. 101-115.

Sánchez, A. M. (2017). *Consulta Popular, como Mecanismo Para la Protección del Medio Ambiente Frente a la Minería Transnacional. Caso Cajamarca*, Trabajo de pregrado. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Sánchez, E., Roldán, R. y Sánchez, M. F. (1993). *Derechos e Identidad*. Bogotá: Disloque Editores.

Suárez, A. (2000). *Cultura Política. Para crecer en democracia y bienestar*. Bogotá: Albercam.