



Concurrencia, subsidiariedad y participación

Efectos del vacío legal sobre estas disposiciones en materia de exploración y explotación minera

PROANTIOQUIA



PRIMER ENTREGABLE

*PARTICIPACIÓN DE PROANTIOQUIA COMO
TERCERO INTERVINIENTE EN EL PROCESO
DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL DEL
PROYECTO QUEBRADONA EN JERICÓ*

CRÉDITOS

MARIO MONTOYA BRAND, CONSULTOR





El propósito del presente documento es responder en un primer nivel de análisis las siguientes preguntas: ¿de qué manera la Sentencia de Unificación 095 de 2018 – SU095/18- condiciona el trámite de licenciamiento en el caso de Jericó?; ¿cuáles otros aspectos del constitucionalismo no considerados en la referida sentencia condicionan el trámite?; ¿de qué manera puede ser planteada la relación entre autoridades del Estado y derechos -de las personas- involucrados en este asunto?; ¿qué tipo de ley y con cuál contenido podría el Congreso de la República desarrollar lo ordenado por la Corte Constitucional en la SU095/18 en materia de concurrencia y participación?

Las anteriores preguntas se enmarcan en el propósito general definido de realizar un registro, balance y análisis de los problemas que trae consigo el vacío legal relativo a las disposiciones sobre concurrencia, subsidiariedad, participación en asuntos ambientales en el campo de la exploración y explotación minera y su conexión con la Participación de Proantioquia en el proceso de licenciamiento ambiental Mina Quebradona - Jericó. La estructura del documento ha sido concebida bajo el esquema de consultoría, por ello, se lo concibe como un esquema de pregunta, respuesta y explicación correspondiente. Esta estructura contribuye a la comprensión inmediata de la indagación que se afronta, su pertinencia, la respuesta dada por el consultor y la explicación breve al respecto.

¿De qué manera la SU095/18 condiciona el trámite de licenciamiento ambiental Mina Quebradona - Jericó? ¿Cómo interpretar esta sentencia al tomar en cuenta los vacíos legales?

La SU095/18 vincula de manera especial el proceso de licenciamiento referido, y contiene órdenes concretas exigibles a partir de octubre de 2018 (28 meses) para las autoridades administrativas, las cuales suponen modificaciones relevantes de las normas jurídicas que establecen el marco legal de todo el procedimiento mencionado. Es imprescindible indagar si se ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional, con qué contenidos e intensidad. A juicio de este consultor, estas exigencias, hoy parecen insatisfechas, y ello puede dar lugar a la solicitud de suspensión del trámite de licenciamiento ambiental adelantado o, incluso, a la declaratoria de nulidad en sede jurisdiccional de todo lo adelantado hasta el día de hoy. Adicionalmente, puede solicitarse



a la Corte Constitucional hacer seguimiento mediante auto a lo ordenado en el fallo, o incluso, iniciar ante la Corte un incidente de desacato. Son posibilidades variadas, acumulables y quizás efectivas. Más amplio aun, considero que las autoridades administrativas del sector minero energético no debieron adelantar trámite alguno con posterioridad al fallo de la Corte sin previamente satisfacer las exigencias formuladas. Así pues, la SU095/18 encontró importantes vacíos legales que deben ser llenados por el Congreso y también por las autoridades administrativas.

Las sentencias de la Corte Constitucional constituyen decisiones vinculantes del máximo nivel judicial en Colombia. Si, además, se trata de una SU, es decir, una decisión tomada en Sala Plena, su fuerza vinculante es especial en virtud de que confiere un determinado sentido uniforme a fallos diversos y dispersos que el mismo tribunal expidió hasta entonces.

Pero, la SU referida, no solo exhorta al Congreso de la República para expedir una o varias leyes sobre materias relativas a los principios constitucionales de concurrencia y participación en el marco de los trámites administrativos sobre temas mineros. Adicionalmente, y de manera explícita y muy clara, y como consecuencia de su evaluación sobre el marco jurídico y el funcionamiento operativo en materia de licenciamientos mineros, dispuso que:

“Adicionalmente, y con la finalidad de dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales y a lo ordenado en las sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016, C-389 de 2016 y C-273 de 2016 de la Corte Constitucional la Sala Plena ordenará a las entidades de los sectores minero energético y ambiental de la rama ejecutiva del poder público, es decir al MME, MADS, ANLA, ANM, ANH, UPME, SGC, que en la política pública de los sectores de hidrocarburos y de minería, así como en los contratos de concesión robustezcan, respectivamente, 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 SME que respeten los DDHH, 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.”

“Lo anterior, teniendo en cuenta que, como se ha mencionado, para la Sala Plena es evidente que la extracción de RNNR es de alto riesgo en temas ambientales y sociales para las comunidades que habitan las zonas de operación de los proyectos y para los municipios donde se explotan recursos de hidrocarburos y de minería, pues se pueden presentar efectos negativos. Por tal razón la sala plena hace un llamado a las entidades del nivel nacional como MME, MADS, ANLA, ANM, ANH, UPME, SGC para que robustezcan institucionalmente sus funciones y para que se manejen debidamente los riesgos de las actividades del sector minero energético, pues no es admisible que se presenten en la industria contaminaciones o violaciones de derechos humanos con ocasión de las operaciones de tales proyectos de tan alto impacto.”



“Así, el MME, MADS, ANLA, ANM, ANH, UPME, SGC deben revisar con detalle los instrumentos, mecanismos, estrategias existentes en los sectores minero energético y ambiental para la participación ciudadana y posteriormente definir un plan de mejoramiento y fortalecimiento tanto institucional como técnico que fortalezca y mejore los instrumentos de participación ambiental, las estrategias como la Estrategia Territorial de Hidrocarburos de la ANH y el Programa de Territorio de la ANM – o los que hagan sus veces-, manteniendo siempre la existencia, sostenibilidad y permanencia de los mismos, mediante la ampliación de cobertura en el mayor número de municipios del país.”

“La Sala Plena advierte que el fortalecimiento de las estrategias referidas debe propender por la participación ciudadana y la concurrencia de la nación y el territorio, tanto en los contratos de concesión que se suscriban a futuro, y como en los contratos de asociación o concesión vigentes, con el fin de evitar y prevenir riesgos sociales o ambientales que afecten en forma negativa el ambiente y a las comunidades asentadas en los municipios de operación de actividades para la explotación de recursos de hidrocarburos y de minería. Para ello, deben también mejorarse y fortalecerse las cláusulas contenidas en los contratos de concesión de la ANH y de la ANM que se refieren a inversiones sociales, como son los Programas en Beneficio de las Comunidades, en contratos de la ANH y los Planes de Gestión Social, de los contratos de la ANM, o las cláusulas que hagan sus veces; en tal sentido, el MME, la ANH y la ANM deben realizar un seguimiento estricto al cumplimiento por parte de los contratistas a tales obligaciones y adicionalmente verificar que las inversiones sociales se articulen con las políticas públicas tanto del nivel nacional, como de las entidades territoriales, por ejemplo los Planes Nacional, Municipal y Departamental de Desarrollo.”

“En tal contexto, la Sala Plena hace un llamado al MME, a la ANH y a la ANM para que apoyen y también exijan rigurosamente a las empresas o personas contratistas de concesiones de hidrocarburos o de minería, la debida diligencia ambiental y social, y el respeto de los derechos humanos en cumplimiento de los postulados constitucionales y de la implementación de referentes como los principios de empresas y derechos humanos, desarrollados en el país mediante el plan de acción de derechos humanos y empresas o las estrategias que los apliquen.”

Hasta aquí la Corte Constitucional. Como puede observarse, las órdenes referidas son claras, expresas, exigibles y referidas a órganos muy concretos –incluida la ANLA-, y por supuesto, afectan directamente los trámites administrativos de licenciamiento. Estas órdenes tomadas de la *ratio decidendi* de la sentencia son explícitamente incorporadas en el fallo, en sus numerales quinto, sexto y séptimo. Dado que en lo que respecta a estos numerales el fallo no establece un lapso específico para su cumplimiento, debe asumirse que se aplica el principio general del cumplimiento inmediato después de ser proferido el fallo. Debido a que se trata de actividades que se despliegan en el tiempo, las autoridades referidas deben demostrar que el cumplimiento de los contenidos del fallo ha sido puesto en desarrollo entre la expedición del fallo y hoy; así como incorporados al procedimiento de licenciamiento de interés en esta consultoría. Como ya se dejó claro, los interesados

dentro del procedimiento de licenciamiento pueden denunciar este incumplimiento y exigir su satisfacción plena.

La vinculación de la SU095/20 respecto del interesado en el proceso de licenciamiento

Pero la sentencia referida no solo se encuentra dirigida a las autoridades administrativas competentes para regular el sector minero y estudiar y conceder las licencias. También afecta a los interesados en obtener las licencias, es decir, para este caso concreto de interés de Proantioquia. En efecto, con muy buen tino, la Corte Constitucional vinculó con sus órdenes también a los interesados en obtener las licencias. Esas órdenes son del siguiente tenor:

“Igualmente, la Corte Constitucional hace también un llamado a las personas y empresas que han suscrito o suscribirán contratos de concesión del subsuelo o de RNNR para que en sus operaciones respeten los derechos humanos, e introduzcan en sus políticas corporativas estrategias que conduzcan al cumplimiento de los principios constitucionales de participación ciudadana y de relacionamiento permanente con autoridades locales, en el marco del Estado Social de Derecho, de la Ley y el ordenamiento jurídico vigente. Ello por cuanto es indispensable que quienes realicen actividades encaminadas a la exploración y explotación de recursos del subsuelo y RNNR actúen con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales, con la finalidad de que las operaciones del sector minero energético al realizarse en forma sostenible conjuren sus efectos negativos, generando un aprovechamiento benéfico de recursos que, son incluso imprescindibles para la realización de las actividades humanas.”

Como puede observarse, la Corte Constitucional también dirige sus órdenes a esos interesados y les subraya sus deberes jurídicos no solo en el marco del cumplimiento de los requisitos incorporados en el proceso de licenciamiento, sino que les recuerda su deber de cumplir las normas jurídicas, el *soft law*, y el deber que tienen de adoptar políticas corporativas de respeto por el medio ambiente, la minimización de los impactos, los procesos de participación ciudadana y de relacionamiento con las autoridades locales.

Respecto de estas órdenes incluidas en el fallo, y cuya exigencia de cumplimiento al parecer las autoridades administrativas han retrasado, la Corte Constitucional puede hacer seguimientos de oficio o a solicitud de algún interesado, para lo cual puede expedir autos de seguimiento. La idea es evitar que se incumpla el fallo.

De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, las actuaciones adelantadas hasta el momento en el marco del proceso de licenciamiento probablemente se encuentran incursas en una causal de nulidad (Ley 1437 de 2011, art. 137), la cual puede ser solicitada por cualquier interviniente, incluido Proantioquia. Así mismo, procede la



suspensión de todos los procesos de licenciamiento de las autoridades administrativas, pues los mismos se encuentran afectados por el incumplimiento de las órdenes expedidas por la Corte Constitucional, las cuales definen contenidos claves y necesarios en temas críticos para esos procesos.

Si lo considerado por este concepto es correcto, incluso parcialmente, Proantioquia debe evaluar cuál o cuáles de las vías recurrir, con qué alcances y dirigida hacia cuáles temas más amplios en desarrollo, algunos de los cuales ocupan hoy titulares de prensa y las agendas públicas y privadas: Fracking, Glifosato y Santurbán. Ello constituye una oportunidad única de participar del más alto nivel de esa agenda público-privada con ideas que protegen los derechos y darían lugar a una minería responsable.

Estas posibilidades son muy interesantes incluso si las autoridades administrativas y los particulares afirman haber cumplido con las órdenes del fallo.

¿Cuáles otros aspectos del constitucionalismo no considerados en la referida sentencia condicionan el trámite?

Los procedimientos de licenciamiento no solo se quedan cortos en los aspectos exigidos por la Corte Constitucional (conurrencia y participación) sino que dejan por fuera o minimizan otros aspectos centrales y claves del constitucionalismo contemporáneo y que derivan directamente del bloque de constitucionalidad, de la Constitución y de otras sentencias de la Corte Constitucional.

Conviene recordar que el procedimiento de licenciamiento en el cual Proantioquia se ha incorporado como tercero interesado, cuenta con el siguiente documento que lo dirige: *Términos de referencia para la elaboración del estudio de impacto ambiental – EIA proyectos de explotación minera-*, versión 2016. Así mismo, la SU095/18 tiene unos alcances enfocados en el estudio de una acción de tutela centrada, para lo que es relevante en esta consultoría, en tres cosas: la prohibición de vetar proyectos mineros mediante las consultas populares; los vacíos de la legislación minera respecto de los temas de conurrencia de niveles administrativos y la participación ciudadana.

Este material normativo es valioso y conviene seguirlo minuciosamente. Sin embargo, el trámite administrativo deja por fuera aspectos críticos que las autoridades deben considerar y exigir en cuanto son contenidos constitucionales de aplicación directa y, por ello, exigibles. Considero que algunos de estos temas son:

- El balance entre los beneficios del desarrollo alegado por el sector minero y los impactos reales sobre el conjunto ampliado de derechos.
- La protección de las personas y grupos humanos en circunstancias de debilidad manifiesta
- El recurso al juicio de ponderación, necesidad, proporcionalidad en la afección a los derechos.





- Los alcances residuales de la Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana en los municipios, no para vetar proyectos sino para lograr expresiones de opinión ciudadana sobre los mismos.
- Dejar más claros los reales beneficios concretos para cada territorio, derivados directamente de la actividad minera.
- Establecer criterios ponderables de desarrollo humano asociados directamente al avance de los proyectos minero-energéticos en el territorio concreto.

Este consultor insiste en que conviene considerar la posibilidad de usar la estructura de análisis propia de los estados de cosas inconstitucionales –ECI- para describir y controlar el sector minero energético colombiano. Aquí, más que un vacío legal, se trata de tomar en cuenta la posibilidad de lograr a futuro que la Corte Constitucional colombiana declare un ECI en el tema minero –y hay razones para ello- que daría lugar a que la Corte expidiera una Sentencia más comprensiva de las dinámicas mineras, la violación masiva, generalizada, persistente de los derechos fundamentales y que, congruente con ello, establezca órdenes correspondientes con ese diagnóstico y haga seguimientos permanentes y amplios de la constitucionalización de ese sector, la cual hoy está bastante retrasada. Conviene recordar en este punto que la manera de comprender la exploración y la explotación minera es la de un particular que alega tener derechos y un conjunto de débiles requisitos que garantizan esos derechos. Un enfoque bastante equivocado, o por lo menos muy parcializado. Aunque técnicamente no se trata de un vacío, lo incorporo aquí a razón de que supone la expedición de una norma jurídica, esto es, una sentencia, y los autos correspondientes para superar ese ECI. Los ECI superan y profundizan la perspectiva incorporada en la SU095/18 en cuanto no se centran en unos pocos vacíos legales, sino que se expande hasta las inacciones constantes de la más diversa índole proveniente de las autoridades del sector y de otros muchos órganos del Estado respecto de los derechos –fundamentales- que debe garantizar todo el Estado en el sector minero.

¿De qué manera puede ser planteada la relación entre autoridades del Estado y derechos involucrados en este asunto?

La relación entre autoridades del Estado y las personas debe ser planteada en términos de la efectividad de los derechos -de las personas- que deben ser garantizados por las autoridades del Estado y por los interesados en las licencias. Esto significa que los derechos no se experimentan con su sola enunciación en el papel (ya sea la Constitución Política de 1991, una ley, unos términos de referencia o una licencia que incorpore cláusulas de protección), sino que su efectividad se mide en el disfrute real de cada uno de sus titulares. Pues bien, cada derecho debe contar con autoridades reales, concretas y diversas que los protejan, por ello, la efectividad de los derechos supone un determinado volumen de servidores públicos que los garanticen, que cuenten con recursos económicos, humanos y de infraestructura que los promuevan, así como también políticas públicas que los materialicen. No se trata solo de autoridades entrenadas para otorgar títulos y licencias, sino de verdaderos servidores públicos comprometidos con los



derechos de las personas en todos los niveles administrativos. Los derechos no deben ser confundidos con los simples intereses ni puestos en el mismo nivel.

La efectividad de los derechos se debe constatar con la satisfacción efectiva en cabeza de su titular. Los derechos relevantes en un proyecto minero suelen ser de todas las generaciones (primera, o de libertad; segunda, o de igualdad material; tercera, o colectivos), de todos los niveles o jerarquías (fundamentales y no fundamentales); de todas las temporalidades (pasados o tradicionales, actuales y de generaciones futuras); de todo tipo de titulares (especies diferenciadas como animales y humanos; de ciertos objetos como ríos, páramos, etc.; de personas naturales y jurídicas, incluidas de derecho público y privado).

Lo anteriormente expuesto es de extraordinaria importancia en el asunto que nos ocupa por varias razones que se hacen evidentes en el marco jurídico y los contenidos discursivos de las autoridades administrativas competentes en los procesos de licenciamiento: primero, porque se suele concebir un proceso de licenciamiento como un enfrentamiento entre el interés general (dado por supuesto en la noción de proyecto estratégico de interés nacional consignado en el Código Minero) y el interés particular o los demás intereses particulares. Esta no es la única manera de enunciar este asunto por parte de las autoridades administrativas, pues también es común que lo presenten en términos del enfrentamiento entre varios sectores, esto es, el sector energético y el social o económico. Esta manera de presentar el asunto conduce toda la reflexión que orienta la lógica del procedimiento de licenciamiento y se expresa en la figura más o menos común según la cual el interés general (estratégico) es superior al interés particular, incluido el local, usualmente representado en el municipio.

Como consecuencia de lo atrás mencionado, los diferentes derechos en juego son presentados como simples intereses, y cuando adquieren el sentido de derechos, su contenido y alcances no pasan de ser parte de un listado de requisitos objeto de estudio y registro susceptibles de ser compensados, relocalizados, minimizados o vaciados de contenido material.

Pero aquí hay una grave falla en el análisis. Confundir los derechos con los intereses es estratégicamente muy importante: permite enfrentar el interés general con el particular, y en ese caso la colisión siempre la gana el interés general. Ello facilita que casi todo proyecto minero sea exitoso en llevarse a cabo, con las consecuencias más graves sobre los derechos y ya no sobre los simples intereses.

El asunto de fondo es que los intereses no tienen ni la relevancia, ni el alcance ni la jerarquía de los derechos. Los intereses son una categoría jurídica muy débil: son solo un interés, y como tales son renunciables, transigibles, conciliables y susceptibles de ser afectados muy fácilmente. Actualmente un interés es mucho menos que un derecho.

Los derechos en cambio son otra cosa, especialmente algunos de ellos: son irrenunciables, no son susceptible de ser conciliados, su titularidad es de conglomerados humanos y las actuaciones estatales solo deben estar dirigidas a protegerlos. En muchos casos su afectación, incluso la mínima, solo procede en situaciones extremas como los estados de excepción.



Pues bien, el ejercicio estratégico de la desaparición de los derechos y su sustitución por el simple interés, hace muy fácil que los proyectos mineros salgan adelante en sus pretensiones afectando grandes conjuntos de derechos que no son sopesados adecuadamente. Aquí el vacío más relevante es el de la pérdida de importancia de los derechos y su remplazo por la débil figura del interés.

Sobre la base de estas consideraciones muy generales, la idea concreta es la de llenar el vacío del procedimiento administrativo y la discusión en general de derechos en su inmensa riqueza y variedad, a fin de enfrentar las ventajas obtenidas con el proyecto minero con las desventajas de amenazar, vulnerar y violar derechos y no simples intereses. En el caso en el cual el proyecto sea licenciado, se trata de subir sus costos al máximo que permita que coexistan exitosamente los más exigentes derechos con ese proyecto minero. Estoy casi seguro de que ello no ha ocurrido nunca si se atiende a las exigencias establecidas en la legislación minera, ya sea desde su origen jerárquico localizado en el Código Minero, en los decretos, los actos administrativos y los términos de referencia, modelos y formatos que los desarrollan y aplican.

Ahora bien, bajo el supuesto de que el particular solicita su licencia sobre la base de unos requisitos administrativos que no toman en cuenta las órdenes establecidas en la SU095/18, y por ello espera que se le apliquen los viejos contenidos y no los contenidos adicionados por la Corte, conviene tomar en cuenta que el particular interesado en la licencia debe tener conocimiento minucioso de esta sentencia (es su sector de actividad económica, es un actor tradicional en el sector y particularmente en Colombia, se trata de una SU, cuyo contenido, además, dispone órdenes sobre los particulares que buscan explotar el subsuelo), no cabe ningún tipo de reclamo, pues estaría alegando su propio dolo si entiende que no le deben ser exigidos unos requisitos adicionales a los previstos en actos administrativos desactualizados, especialmente si sus contenidos por ser incorporados guardan plena armonía y articulación con los que la Corte le exigió al propio particular. En cualquier caso, como ya se dejó claro, Proantioquia o cualquier interviniente, podrán ejercer los controles de rigor sobre el procedimiento administrativo en los términos advertidos.

Pero hay algo más de suma importancia en este punto. El pleno de autoridades que tienen competencias legales y constitucionales en lo que hace referencia al impacto de un proyecto de esta naturaleza sobre los derechos, no se agota en el listado ofrecido por la Corte Constitucional que se corresponde con el denominado sector minero. En verdad, el mapa de autoridades con competencias es mucho más grande, variado y localizado en otras ramas del poder público. Involucra instituciones de los tres niveles del Estado (municipio, departamento y nación), de las tres ramas del poder público (Congreso, jueces y Gobierno), de los organismos de control (Ministerio Público, Procurador y Procuraduría, Defensoría del Pueblo, personerías municipales), de los órganos autónomos (corporaciones autónomas regionales y universidades públicas), de la organización electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil), las autoridades indígenas, entre otros. Este mapa es clave para comprender que el tema de la garantía de los derechos no se contrae a la ANLA y al licenciamiento, por más que sea la institución nuclear. El vacío encontrado aquí en la SU se refiere a la reducción de las



autoridades del Estado con competencias para intervenir no solo en el proceso de licenciamiento sino en las diferentes actividades del sector minero en general.

¿Qué tipo de ley y con cuál contenido podría el Congreso desarrollar lo exhortado por la Corte Constitucional en la SU095/18 en materia de concurrencia y participación?

Aunque este es un tema que se tratará en el tercer avance de esta consultoría, conviene dejar claro desde ahora que se requieren dos tipos de ley, una orgánica para legislar sobre el tema de concurrencia; y una estatutaria, para legislar sobre el tema de participación. Son leyes con trámites diferentes. El exhorto es una invitación que la Corte Constitucional le presenta al Congreso para que legisle sobre un tema que, en este caso, es clave para desarrollar la Constitución y garantizar los derechos. Los exhortos no son órdenes en sentido fuerte, y, por tanto, el Congreso no está obligado a cumplirlas en un plazo determinado y tampoco con un contenido único. Por lo menos es lo que la doctrina constitucional parece entender hasta hoy. El principio de libertad legislativa juega en favor del Congreso, pues estos exhortos no son escasos y, sin embargo, a veces pasan años sin que el Congreso proponga su desarrollo; o si se presentan proyectos de ley, ellos suelen archivararse por diferentes razones. Los exhortos, pues, suelen ser poco efectivos y de cumplimiento tardío.

Antes de continuar, conviene enfatizar la importancia que reviste el hecho de que la Corte haya exigido a las autoridades administrativas del sector minero energético y ambiental, cumplir con algunos aspectos menores -pero muy importantes- que podrían llegar a ser contenidos posibles de estas leyes. Pues ello permite que en el marco del trámite administrativo hagan presencia algunos institutos constitucionales derivados por vía de interpretación o por posibles contenidos en sentencias de altos tribunales colombianos, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Respecto del contenido posible esta consultoría desarrollará algunas ideas en los dos próximos entregables. Por lo pronto, baste con citar los contenidos exigidos por la Corte Constitucional:

“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.”

En concreto, esta orden se refiere, en palabras de la Corte Constitucional, a lo siguiente:

“De acuerdo a lo expuesto y con la finalidad de definir criterios constitucionales para: i) el fortalecimiento institucional y técnico que debe hacer el gobierno nacional central, en cabeza del MME, y ii) la regulación que debe expedir el Legislador respecto a la definición de un o unos mecanismos de participación ciudadanía y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio, esta Sala mencionará criterios constitucionales que deberán ser tenidos en cuenta, tanto por

el gobierno nacional central como por el Legislador, en la definición e implementación de los mismos:

1. *Participación ciudadana y pluralidad. Implica el reconocimiento de la democracia participativa, con base en la necesidad y pertinencia de intervención del pueblo, con sujeción al grado de complejidad de la materia que se decide y los procedimientos y canales institucionales que prevé la Constitución, con la finalidad de promover el interés general, y respetar las competencias de los órganos de representación del pueblo que han sido elegidos mediante voto popular.*

Debe prever características de: gradualidad, disponibilidad, acceso, calidad, permanencia, diálogo y comunicación – sin limitarse solamente a espacios de socialización e información-, diálogo consiente y responsable, publicidad, efectividad y eficacia, teniendo en cuenta el principio constitucional de pluralismo que implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales.

2. *Coordinación y concurrencia nación territorio. Garantizar un grado de participación razonable y efectivo de los municipios y distritos en el proceso de decisión respecto a las actividades de exploración o de explotación del subsuelo y los RNNR. Las posiciones y opiniones de las entidades territoriales deben ser expresadas a través de los órganos legítimos de representación, tener una influencia apreciable en la toma de decisiones, sobre todo en aspectos centrales a la vida del municipio en materia ambiental y social, sin perjuicio de las competencias del nivel nacional.*

3. *Inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables. De acuerdo con 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.*

4. *Diferencialidad / Gradualidad. Los Mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio deben ser diferenciales, con relación a: (i) La existencia de etapas o fases para la exploración y explotación del subsuelo o de RNNR. La participación ciudadana y la coordinación y concurrencia nación territorio deberán respetarse, protegerse y garantizarse durante todas las fases de realización de acciones o actividades de hidrocarburos o de minería. Así, teniendo en cuenta la etapa o la fase para la determinación o definición de áreas donde se encuentren yacimientos de RNNR o de concesión de estos, deberán diseñarse mecanismos o instrumentos que correspondan a los efectos de cada fase en forma proporcional a la dimensión de los impactos. Así, los mecanismos de participación ciudadana y los instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio deben ser permanentes en las fases de planeación,*



ejecución y seguimiento, en donde pueden establecerse mecanismos informativos (por ejemplo, en la definición de las áreas a concesionar) y otros de participación de las comunidades (por ejemplo, para la evaluación específica de impactos por la operación de los proyectos), para así mantener seguimiento ex ante y ex post de los proyectos; (ii) la afectación generada a las comunidades asentadas en los municipios de desarrollo de actividades y su ubicación, diferenciando aquellas comunidades ubicadas en áreas de afectación directa de los proyectos y a las ubicadas en áreas de afectación indirecta a los mismos; (iii) la dimensión de los proyectos de hidrocarburos o de minería, y en éste último caso si se trata de pequeña, mediana o de minería a gran escala; y la especificidad de los proyectos, la tecnicidad y complejidad de los mismos, como por ejemplo la etapa o fase de exploración o explotación que se adelante la cadena del sector hidrocarburos tratándose así de exploración sísmica, exploración perforatoria, producción; o en el caso de proyectos mineros de exploración, construcción y montaje o explotación. (iv) la magnitud del impacto de los proyectos de hidrocarburos o de minería, en este último caso igualmente por ejemplo la diferenciación en el desarrollo de un proyecto de minería a cielo abierto o subterránea o de socavón; (v) la complejidad y el carácter técnico de las decisiones a tomar, que implica que en algunos casos la participación ciudadana se lleve a cabo a través de los representantes legítimos de la población como son las autoridades locales elegidas mediante el voto como mecanismo de participación ciudadana.

5. *Enfoque Territorial. Deben considerarse las situaciones, características, necesidades, y especificidades ambientales, regionales, económicas, culturales y sociales de los territorios y las comunidades, propendiendo por su sostenibilidad ambiental, económica y social y el fortalecimiento de los entes territoriales.*

6. *Legitimidad y Representatividad. Debe tenerse en cuenta que las autoridades de las entidades territoriales, en el marco de la democracia participativa, representan a la ciudadanía y por tal razón en algunos casos la participación ciudadana puede realizarse a través de los representantes, en razón de la complejidad de las decisiones a tomar y de los procedimientos que se establezcan para ello.*

7. *Información previa, permanente, transparente, clara y suficiente. Entrega permanente de información a autoridades locales y comunidades que se suministre desde la determinación de áreas donde se encuentren yacimientos, el procedimiento para la asignación de contratos de concesión, la ejecución de las actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo o RNNR, y la terminación de los contratos, así como el cierre de los proyectos.*

Implica la necesidad de que el Estado cuente con sistemas de información públicos que contengan en forma organizada y completa la información de los proyectos de exploración y explotación de recursos del subsuelo – como mínimo referente a los procesos de selección de contratistas o de propuestas de contratos de concesión, los contratos de concesión suscritos, el estado de los trámites y gestiones ambientales y sociales, las inversiones sociales, las regalías generadas, entre otros aspectos-, como instrumento de divulgación y publicidad de las operaciones del



sector, con el fin de contribuir a la gobernanza y el fortalecimiento institucional, que redunde en transparencia e información para las comunidades y la población en general del país.

8. *Desarrollo sostenible. Equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el supuesto de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir, como un derecho de los ciudadanos y como un deber del Estado, en el sentido de que éste debe propugnar por “un desarrollo sin un aumento en el consumo de recursos que supere la capacidad de carga del medio ambiente” .*

9. *Diálogo, comunicación y confianza. Relacionamiento con transparencia y apertura a la pluralidad como principio del Estado Social de Derecho, en el que se genere intercambio abierto y permanente de información y de libertad de expresión con el fin de propender a la construcción de espacios de participación que fomenten el diálogo y la democracia participativa como principio universal y expansivo.*

10. *Respeto, protección y garantía de los derechos humanos. La exploración y explotación del subsuelo y de los RNNR debe fundarse en el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, desde las competencias del Estado, y sus entidades e instituciones, así como de los contratistas de concesiones de hidrocarburos y minería, quienes deben en el marco de los postulados constitucionales cumplir con sus obligaciones en materia de empresas y derechos humanos en general.*

11. *Buena Fe. Debe regir la participación, coordinación y concurrencia nación territorio, el diálogo y el relacionamiento de todas las partes, tanto de las entidades y autoridades públicas, las empresas contratistas de concesiones y las comunidades, ya sea directamente o a través de organizaciones sociales.*

12. *Coordinación y fortalecimiento de la capacidad institucional nacional y territorial. Fortalecimiento, coordinación, articulación institucional nación territorio, y entre las instituciones y entidades de los mismos niveles de los sectores minero energético, ambiental y de interior, y aquellos otros que se requieran, con la finalidad de proteger los derechos humanos, orientarse hacia el desarrollo sostenible, el cuidado de los recursos naturales, la protección del ambiente y de las comunidades y población colombiana, mediante el estricto seguimiento coordinado y conjunto del cumplimiento de las obligaciones técnicas, ambientales, sociales, económicas, entre otras, de las actividades y operaciones de exploración y explotación del subsuelo y de los RNNR.*

13. *Sostenibilidad fiscal. Herramienta para la consecución progresiva del Estado Social y Democrático de Derecho teniendo en cuenta los ingresos generados por las actividades y operaciones de exploración y explotación del subsuelo y de los RNNR, que a través del Sistema General de Regalías promueve la equidad regional, la equidad social y la equidad para la defensa de la competitividad nacional.*



Los criterios precedentes deben ser aplicados por el Legislador, el gobierno nacional central y las autoridades locales en el desarrollo de acciones para la exploración y explotación de los RNNR.”

Por último, respecto de estos contenidos, conviene advertir que, además de encontrarse alineados con el Acuerdo de Escazú, suscrito por el Gobierno Nacional del Presidente Duque, encajan con importantes leyes colombianas referidas a diversas materias de participación social en el control de las actividades estatales, y resultan perfectamente compatibles con la estructura jurídica del derecho colombiano, al igual que desarrollan de manera muy congruente la Constitución Política de 1991, y al tiempo, son complementarias del Código Minero.





PROANTIOQUIA

