

¿Qué ha pasado con la Ley de Coordinación y Concurrencia en Colombia?



¿Qué ha pasado con la Ley de Coordinación y Concurrencia en Colombia?¹



Introducción

En octubre de 2018, la Corte Constitucional expidió la sentencia de unificación² SU95, en la que exhorta al Congreso de la República a aprobar una Ley de Coordinación y Concurrencia (en adelante LCC) para la asignación de áreas de exploración y explotación de minas e hidrocarburos. Dicha ley debe señalar las instancias y los procedimientos a la luz de los cuales el gobierno Nacional, a través de sus agencias respectivas, y las autoridades municipales y departamentales deben llegar a un acuerdo sobre la ejecución de proyectos extractivos en el respectivo territorio. La ley –señala la Corte- debe, además, incluir uno o varios mecanismos de participación ciudadana, de modo que los acuerdos entre las instancias gubernamentales tengan como insumo de referencia las opiniones y propuestas de los distintos actores del territorio.

La sentencia unificó la jurisprudencia que la Corte fue construyendo desde 2014 con respecto a un tema crucial: el rol de las autoridades y de las comunidades locales en la decisión sobre la ampliación de la frontera extractiva. El Código de Minas (ley 685 de 2001) había prohibido a los municipios vetar a través de cualquier medio (planes de ordenamiento territorial, planes de desarrollo, Acuerdos Municipales, etc.) los proyectos de exploración y explotación minera en su territorio. Dicho artículo fue posteriormente declarado inconstitucional. La sentencia T-445 de 2016 había, por el contrario, avalado la posibilidad de

1 Documento elaborado por Fabio E. Velásquez, Asesor de Foro Nacional por Colombia, Capítulo Región Central, en el marco del proyecto “Plataforma Perú – Colombia para una reactivación sostenible”.

2 Una sentencia de unificación, como lo indica su nombre, unifica el criterio de la instancia judicial (Corte Constitucional o Consejo de Estado) acerca de un tema de trascendencia jurídica sobre el cual previamente dicha instancia ha utilizado criterios diferentes. La sentencia de unificación representa en tal sentido una forma de seguridad jurídica y elimina incoherencias o tratamientos distintos para casos iguales (principio de igualdad jurídica).

que los municipios vetaran la ejecución de proyectos de explotación del subsuelo e insistió en la importancia de involucrar a la ciudadanía en la toma de decisiones. Otras sentencias apuntaban hacia la idea de concertación entre el gobierno central y las autoridades territoriales.

La Sentencia SU-95 de 2018 estableció los principios que deben regir la relación entre los distintos niveles de gobierno para la toma de decisiones sobre la explotación de Recursos Naturales No Renovables (RNNR). En su momento la sentencia originó una amplia discusión, en particular acerca de la decisión de la Corte de invalidar las consultas populares como mecanismo para vetar proyectos extractivos a nivel local. Quizás fue ese el punto que originó una mayor controversia, relegando a un segundo plano en el debate público la exhortación de la Corte a aprobar la LCC.

Este documento analiza los avances en esa dirección. En una primera sección examina los antecedentes del pronunciamiento de la Corte, en particular la alta conflictividad asociada al sector y el rol de las instancias judiciales para dirimir el debate planteado sobre el rol de las colectividades locales³ en las decisiones sobre su propio territorio. La segunda sección analiza las propuestas hasta el momento conocidas sobre la LCC y propone un primer balance sobre su orientación y el grado en que se acogen a la sentencia de unificación. En una nota final, el documento resume los principales hallazgos del análisis y sugiere algunos lineamientos sobre el contenido que debería tener la ley.

3 La noción de colectividades territoriales hace referencia a las comunidades económicas, sociales, culturales y políticas ligadas a un territorio específico, de escala subnacional. Incluyen, por tanto, la diversidad de actores sociales y económicos, así como las autoridades públicas constituidas legítimamente como gobierno en dicho territorio. Las colectividades territoriales son altamente heterogéneas desde el punto de vista socioeconómico, cultural y político, pues se constituyen a partir del cruce de las racionalidades, intereses, recursos, proyectos políticos y discursos de los diferentes actores. Son, por tanto, entidades complejas en las que la interacción entre actores puede generar tensiones y conflictos que no solamente involucran relaciones entre la sociedad y el Estado, sino también dentro de cada uno de ellos. Pero también pueden ser fuente de sinergias para la acción conjunta cuando se trata de enfrentar situaciones que reúnan diferentes intereses de cara a otros actores (Velásquez, 2018).



1. Antecedentes y contexto

El pronunciamiento de la Corte Constitucional SU-95 de octubre de 2018 sobre la necesidad de que el Congreso de la República tramite y apruebe una LCC para el manejo de las decisiones en el sector extractivo debe ser entendido como producto de la convergencia de varios factores, entre los cuales cabe destacar dos: de un lado, los altos niveles de conflictividad asociados al sector durante la última década y la respuesta del gobierno a la movilización social en varias regiones del país; y, de otro, la creciente e intensa actividad de litigio estratégico adelantada por varios sectores (organizaciones de base, activistas ambientales, ONG, gremios empresariales) durante la década pasada, que dio lugar a una amplia jurisprudencia de la Corte, previa a la expedición de la Sentencia de Unificación.

■ Conflictividad social, represión y diálogo territorial

En Colombia, el sector extractivo (minería e hidrocarburos) fue uno de los más conflictivos durante la pasada década. Su peso en el conjunto de luchas sociales aumentó de manera visible en lo que va corrido de este siglo: entre 2002 y 2010, las movilizaciones en el sector representaron el 3,7 % del total de las luchas sociales en el país. Entre 2011 y 2015, representaron el 8,1 %, mientras que entre 2016 y 2017, el 11,6 % (Velásquez, 2021). La base de datos de luchas sociales del Cinep registró para el período 2002-2019 un total de 826 eventos de movilización relacionados con la exploración y/o explotación de recursos del subsuelo, con un promedio de 46 eventos por año. Como lo señalan Martínez, Puertas y Velásquez (2022).

Se trata de un sector con defensores y detractores cuyas posiciones acerca de las prioridades del desarrollo, la gestión de los recursos naturales, la distribución de beneficios y el rol del Estado frente a la actividad extractiva (regulación, promoción) son en general diametralmente opuestas. La expansión del modelo extractivista en el país ha generado grandes tensiones entre niveles de gobierno, sectores de la economía y actores sociales y políticos en lo que constituye un complejo campo de actuación que, lejos estar balanceado, ha jugado generalmente a favor de unos actores: las grandes empresas. La exclusión de otros actores en el debate y las asimetrías de poder para intervenir en las decisiones han sido propiciadas por el Estado, el cual ha jugado un papel de promotor más que regulador de la actividad extractiva (p. 59).

El aumento de la movilización social debe ser atribuido principalmente a la ausencia de canales institucionales de diálogo y participación ciudadana en el sector, producto de un esquema vertical de toma de decisiones, en el que el gobierno central concentra las decisiones estratégicas a lo largo de la cadena de valor, marginando a las autoridades locales, a las comunidades locales y a sus dirigentes de la posibilidad de incidir en ellas⁴. En ese contexto y ante la reiterada política gubernamental de ampliar la frontera extractiva para aprovechar los altos precios internacionales de las materias primas, o para aumentar la producción en épocas de baja de precios y compensar las rentas correspondientes, varios sectores ciudadanos (pobladores locales, defensores de derechos humanos, comunidades negras y pueblos indígenas, mineros artesanales, activistas del medio ambiente, organizaciones de mujeres y jóvenes, entre otros) fueron tejiendo un movimiento de resistencia a proyectos mineros y de hidrocarburos, señalando su inconveniencia por las consecuencias económicas, sociales y ambientales negativas que conllevarían y que no compensarían los beneficios que podría traerles la explotación de recursos naturales no renovables (RNNR)⁵.



El repertorio de acciones fue variado: marchas de protesta, toma de establecimientos públicos, cierre de vías para impedir la entrada al territorio de funcionarios de las empresas con títulos de exploración y/o explotación, exigencia de realización de las consultas previas en territorios étnicos, litigio estratégico y realización de consultas populares⁶.

Este clamor ciudadano fue en un comienzo desoído por el gobierno y, en no pocas ocasiones, respondido mediante acciones represivas y la difusión de narrativas de estigmatización del movimiento y sus dirigentes. El sector empresarial se sumó a la reacción gubernamental señalando, especialmente en el caso de las consultas populares, que los municipios no tienen competencia para tomar ese tipo de decisiones y que la decisión de vetar proyectos extractivos constituía un acto de irresponsabilidad al negar una posibilidad de desarrollo para el país y para los territorios donde se llevarían a cabo los proyectos.

4 Dos razones llevaron a este esquema jerárquico de toma de decisiones: de un lado, la interpretación del artículo 332 de la Constitución que señala que los recursos del subsuelo son propiedad del Estado. El gobierno nacional entendió que, en consecuencia, las decisiones eran de su exclusiva competencia. De otro, la declaración de utilidad pública de la actividad de explotación de minas e hidrocarburos. Como se verá luego, estos dos factores, especialmente el primero, fueron objeto de consideración y análisis por parte de la Corte Constitucional.

5 En la segunda mitad de la década pasada, las movilizaciones tuvieron lugar en el sector de hidrocarburos, más que en el de minería: el 51,5 % de las luchas sobre las que se cuenta con información tuvieron que ver con la explotación de gas y petróleo, y el 36 % con minas (Velásquez, 2021).

6 Entre el 2013 y el 2018 se llevaron a cabo en diez municipios: Piedras, Tauramena, Cabrera, Cajamarca, Cu-maral, Pijao, Arbeláez, Jesús María, Sucre y Fusagasugá. Otros 54 estaban en lista, cuando la Corte Constitucional estableció que ese no era un mecanismo válido para negar la explotación de RNNR en los territorios.

Además –señalaban- un pequeño número de personas no puede tomar una decisión por todo el país, teniendo en cuenta que la explotación del subsuelo es una actividad de utilidad pública e interés social.

La respuesta de la ciudadanía a la represión y la estigmatización fue intensificar la movilización. Ni la represión estatal ni el discurso ampliamente difundido por el gobierno, los gremios empresariales y la mayor parte de los medios masivos de comunicación desalentaron a los promotores de las movilizaciones⁷. Por el contrario, en el entendido de que deberían ser de alguna manera escuchados por las autoridades nacionales, las organizaciones y los líderes en los territorios incrementaron su acción como forma de ser reconocidos como interlocutores válidos por el gobierno y las empresas, y como medio para negociar las condiciones de entrada de proyectos extractivos en su territorio o para rechazarlos en forma definitiva.

El aumento de la conflictividad y el ambiente enrarecido que se fue gestando alrededor de la actividad extractiva llevó al gobierno a modificar su estrategia, incorporando paulatinamente programas de diálogo con las comunidades y las autoridades locales en los territorios para buscar la “licencia social” de los proyectos. Fue ese el origen de los programas de relacionamiento con el territorio creados por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), en 2013, la Agencia Nacional de Minería (ANM), en 2015, y el Ministerio de Minas y Energía (MME), en 2017 y 2021.

Sin embargo, aunque la propuesta era dialogar con los sectores impactados por los proyectos extractivos, los programas tenían otra intención: asegurar la viabilidad social de dichos proyectos en los territorios y garantizar su ejecución. Una evaluación realizada por el PNUD sobre el programa de la ANH, aplicable a los otros programas de diálogo, concluyó que, según los actores locales, era un instrumento para resolver conflictos en el corto plazo y no para construir visiones compartidas de largo plazo sobre el territorio. Además, las metodologías fueron impuestas desde los organismos gubernamentales impidiendo a la ciudadanía tener injerencia en los procedimientos. La crítica más importante hecha a esos programas los señalaba como un medio para favorecer la industria y asegurar el desarrollo de los proyectos, antes que una manera de resolver conjuntamente los problemas ligados a la explotación de los recursos naturales.

El programa diseñado por el MME en 2021 intentó corregir esas fallas, pero terminó siendo un instrumento más para legitimar la industria y asegurar su presencia en los territorios⁸.

7 “La movilización es la única oportunidad para generar cambios”, afirmó un dirigente social de una región petrolera del país, entrevistado al respecto (Velásquez 2021).

8 Como lo señala Velásquez (2021), “el modelo en todos los casos es bastante vertical: el Gobierno Central diseña, ejecuta, valida y propone las soluciones. El diálogo es más que todo informativo y busca obtener datos que pueden servir como insumo para el diseño de estrategias de promoción y desarrollo de proyectos extractivos. Esa es la finalidad, que corresponde al rol promotor que ha asumido el Gobierno Nacional como su principal función con respecto al sector. Los gobiernos, las comunidades y otros actores locales son receptores pasivos de la acción gubernamental y tienen poco protagonismo en el diseño y la definición del proceso y de sus metodologías, con excepción de su participación en los escenarios de diálogo propuestos (p. 78)”.

No sobra señalar que el gobierno optó por una estrategia de diálogo, no de participación ciudadana, lo que, como se verá luego, contrasta con el énfasis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se refiere directamente a la necesidad de que existan uno o varios mecanismos de participación ciudadana para facilitar a las comunidades locales una mayor incidencia en las decisiones finales sobre la explotación de los RNNR en su territorio. Queda, entonces, flotando la idea de que se promueve el diálogo para evitar la participación ciudadana (Velásquez, 2021).

El escenario de conflictividad no ha sido resuelto. Aunque hubo una baja en las movilizaciones sociales en 2020 y 2021, debido principalmente a la pandemia, lo cierto es que los programas de diálogo no han resuelto las tensiones entre el gobierno nacional y las colectividades locales (autoridades locales + ciudadanía), lo que otorga enorme relevancia, entre otras cosas, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

■ El litigio estratégico: relaciones Nación-territorio y participación ciudadana

De manera paralela al desarrollo de las movilizaciones, varios sectores relacionados con la actividad extractiva, apoyados, en unos casos, por abogados afines a la causa de defensa de los territorios y del medio ambiente y, en otros, cercanos a los intereses de los productores, llevaron a cabo acciones de litigio estratégico, a través de las cuales demandaron normas que regulan el sector y exigieron a las Altas Cortes, especialmente a la Corte Constitucional, pronunciamientos que definieran jurisprudencia sobre temas críticos⁹.



Varias de las sentencias de la Corte Constitucional corresponden a esas acciones. Las sentencias C-123 de 2014 y la 073 de 2016 dieron respuesta a demandas de inexecutable del artículo 37 del Código de Minas¹⁰. La primera lo declaró executable, indicando sin embargo que el proceso de titulación minera debería ser acordado con los municipios para garantizar un ambiente sano y condiciones sociales y de salud, a la luz de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el Artículo 288 de la Constitución; la segunda lo declaró inconstitucional por vicios de forma y por desconocer la ley orgánica de ordenamiento territorial que

9 Nos referimos en este apartado únicamente a las sentencias de la Corte Constitucional, aunque el Consejo de Estado también emitió varios pronunciamientos relevantes al respecto.

10 Este artículo prohíbe a las autoridades territoriales intervenir en la aprobación o desaprobación de proyectos mineros en su territorio, ni siquiera a través de los Planes de Ordenamiento Territorial.

entregó a las entidades territoriales la competencia para regular los usos del suelo, sin hacer ninguna diferenciación con respecto a la explotación minera.

Otra demanda contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 del Código de Minas llevó a la Corte a expedir la sentencia C-389 de 2016, en la que declara constitucionales los artículos demandados, señalando que, en todo caso, la autoridad minera deberá verificar la idoneidad ambiental y laboral de los proponentes para que puedan ser habilitados como titulares mineros y establecer un procedimiento que garantice la participación ciudadana en la decisión final sobre titulación. Además, establece que “el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios”.

Las áreas estratégicas mineras también fueron objeto de demandas. La Sentencia T-766 de 2015 las revocó por no haberse surtido el proceso de consulta previa. Luego, la sentencia C-035 de 2016 respondió a la demanda sobre varios artículos de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (ley 1753 de 2015), cuyo artículo 20, sobre áreas estratégicas mineras, fue declarado exequible a condición de que el Gobierno Nacional llegue a acuerdos con las autoridades locales con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva, de modo que no se afecte la facultad de estas últimas de reglamentar los usos del suelo.

Una de las sentencias más polémicas fue la T-445 de 2016, sobre la consulta popular en Pijao (Tolima). En ella se concluye que “los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera” (p. 164). La Corte ordena la creación de una Mesa Interinstitucional que adelante “una investigación científica y sociológica en la cual se identifiquen y se precisen las conclusiones gubernamentales respecto a los impactos de la actividad minera en los ecosistemas del territorio Colombiano” (p. 165).

Por su parte, la sentencia SU-133 de 2017 suspendió la resolución de amparo administrativo que ordenó el cierre y desalojo de la Mina Villonza, en el municipio de Marmato, y ordenó llevar a cabo un proceso de participación de la población del municipio y los mineros tradicionales, amén de una consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes de la zona. Por último, la sentencia C-053 de 2019 declaró inexecutable el artículo 33 de la ley de Régimen Municipal (ley 136 de 1994), el cual ordenaba a los alcaldes realizar una consulta popular “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”.

A pesar de la diversidad de temas abordados, estas sentencias giran alrededor de dos asuntos principales: de un lado, la relación entre el gobierno central y las entidades territoriales para la toma de decisiones sobre titulación y sobre compensación por daños ambientales y a la salud generados por la explotación de los recursos del subsuelo; de otro, la necesidad de que la población disponga de algún dispositivo de participación ciudadana, de modo que su voz sea tomada en cuenta y juegue un rol incidente en las decisiones sobre el manejo de los recursos naturales en su territorio.

El primer asunto supone que los principios de estado unitario y autonomía territorial no son absolutos y que, en consecuencia, se requiere que el gobierno nacional y las entidades territoriales lleguen a acuerdos sobre el uso del subsuelo mediante procesos de concertación cuyo protocolo debe ser definido por la ley. El segundo pone de presente que tales decisiones no pueden ser tomadas sin la participación de los diferentes grupos de interés relacionados directa o indirectamente con la explotación de los recursos. Es una forma de recuperar el espíritu de la Constitución al reiterar que la participación es un derecho fundamental y que cualquier decisión que afecte la vida individual y colectiva de una comunidad debe contar con la participación de esta última a través de escenarios deliberativos creados para tal fin.



2. La Sentencia de Unificación 95 de 2018

Esta sentencia fue proferida por la Corte Constitucional en respuesta a una acción de tutela instaurada por la empresa Mansarovar Energy Colombia Ltda., en mayo de 2017, contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta. Según la empresa, el Tribunal violó los artículos 29, 228, 229 y 230 de la Constitución Política al declarar constitucional el texto de la pregunta que sería elevada a consulta popular en el municipio de Cumaral (Meta)¹¹. El Tribunal del Meta había argumentado que ese texto se avenía con la autonomía de las entidades territoriales, y solamente suprimió lo relativo a transporte y comercialización, pues, a su juicio, la regulación de tales actividades es competencia del gobierno nacional¹².

Mansarovar esgrimió varios argumentos para respaldar su acción de tutela: i) que la solicitud ciudadana de consulta popular no cumplió lo dispuesto en la ley 1757 de 2015 en cuanto a los procedimientos para convocar una consulta popular; ii) que había incongruencia entre los considerandos y la parte resolutive del Decreto 58 de 2016 que aprobó la consulta; iii) que el Tribunal no había acatado el régimen legal y constitucional de competencias que diferencia las de la Nación de las del ente territorial; y iv) que había de por medio un contrato (N° 009 de 2012), suscrito con la ANH, que ameritaba protección constitucional. Con tales argumentos, Mansarovar solicitó a la Corte dejar sin efectos la sentencia del Tribunal.

La Corte Constitucional registró las intervenciones ciudadanas (organizaciones sociales, personas, grupos de investigación), de gremios empresariales (ACM y ACP) y de entidades gubernamentales (Ministerio de Minas y Energía) sobre el caso, en las que expresaron su opinión sobre el uso del mecanismo de consulta popular para aprobar o negar proyectos de exploración y explotación de recursos del subsuelo y sobre la solicitud de Mansarovar. Hubo división de opiniones, como era de esperarse, y solicitudes para que se convocara a una audiencia pública y se expidiera una sentencia de unificación. La audiencia fue convocada para el 12 de abril de 2018. Intervinieron más de veinte personas a nombre de entidades públicas, gremios empresariales, ONG, Universidades, organizaciones sociales, centros de investigación y

11 La pregunta era la siguiente: “¿Está usted de acuerdo, ciudadano cumaraleño, que dentro de la jurisdicción del municipio de Cumaral se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria, producción, transporte y comercialización de hidrocarburos? Sí ___ No ___”

12 La consulta se llevó a cabo en junio de 2017, en medio del litigio iniciado por Mansarovar.

plataformas de diálogo. En la audiencia, las opiniones estuvieron, una vez más, divididas: hubo quienes consideraron procedente la solicitud de Mansarovar y solicitaron que se protegiera su derecho, mientras que otras intervenciones señalaron que la tutela era improcedente y que el uso de la consulta popular como mecanismo para que los habitantes de Cumaral se pronunciaran sobre la conveniencia de explotar los recursos del subsuelo era constitucionalmente válido.

En octubre de 2018 fue expedida la Sentencia de Unificación. Esta aborda tres líneas conceptuales en las que se basa el fallo final: i) los conceptos de Estado unitario y autonomía territorial; ii) La propiedad del subsuelo y la explotación de RNNR; y iii) los mecanismos de participación ciudadana: la consulta popular y los procesos de participación en el sector minero energético.

La relación entre Estado Unitario y autonomía territorial es probablemente el punto de mayor fondo de la sentencia. El concepto de Estado Unitario, incluido en el artículo 1 de la Constitución, implica centralización política, unidad en la legislación, parámetros uniformes del orden nacional, competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial, competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tienen vigencia para todo el territorio nacional y, en algunos casos, desplazamiento de las entidades territoriales frente a sus competencias cuando se trata de un asunto de interés nacional (Corte Constitucional, 2018, pp.53-54).

Por su parte, la autonomía territorial representa “la salvaguarda de un espacio de decisión propia a las autoridades territoriales” (Corte Constitucional, 2018, p. 54). El concepto de autonomía territorial debe ser distinguido del de descentralización. Este alude a una técnica de administración, mientras que la primera hace referencia a un poder de dirección política con sujeción a la Constitución y la ley. Implica autoridades propias, competencias propias, administración y establecimiento de tributos y participación en las rentas nacionales. A ese respecto, los municipios tienen autonomía para reglamentar los usos del suelo y defender el patrimonio ecológico.

Para la Corte, existe una tensión entre algunas competencias nacionales y territoriales en asuntos de interés general, como, por ejemplo, los relacionados con la explotación de los RNNR. El principio que debe resolver dicha tensión es que la autonomía territorial se ejerce en el marco de un Estado unitario, para lo cual la Constitución estableció los mecanismos de concurrencia y coordinación. El primero alude a que algunos objetivos requieren la acción de distintos niveles de la administración pública. El segundo, a la coordinación de competencias concurrentes de distintos niveles del Estado para el logro de objetivos comunes. Se trata, por tanto, de armonizar los dos principios (estado unitario y autonomía territorial), pues ninguno de los dos es absoluto, a través de la concertación entre las autoridades nacionales y las territoriales de las decisiones sobre la exploración/explotación del subsuelo.

La segunda línea conceptual se relaciona con la propiedad del subsuelo y la explotación de los RNNR. Este asunto también hace parte de la tensión Gobierno nacional – entidades territoriales, en tanto los

municipios tienen la competencia para ordenar los usos del suelo, los cuales pueden verse afectados por la explotación del subsuelo. ¿Quién decide entonces si se explotan o no los RNNR? La sentencia es tajante en afirmar, como lo señala explícitamente la Constitución, que el Estado es propietario del subsuelo y de los RNNR, y que es el titular de las regalías, entendidas como contraprestación recibida por el aprovechamiento de los recursos del subsuelo por parte de particulares.

El punto central es definir qué se entiende por Estado. Como lo señala la Corte en su sentencia C-221 de 1997, es el conjunto de las autoridades públicas y está conformado por el nivel nacional y las entidades territoriales, cuya acción debe siempre buscar el beneficio de la población colombiana. Así, las entidades territoriales también son Estado. En consecuencia, deben hacer parte de la decisión sobre exploración y explotación del subsuelo. Dicha decisión no puede ser competencia exclusiva del gobierno nacional.

Existe una normativa específica para la gestión de los recursos naturales que incluye el Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953), el Código de Minas (Ley 685 de 2001) y la ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018). Los dos primeros declaran la respectiva actividad como de utilidad pública. Sin embargo, estas normas no hacen referencia a los principios de coordinación y concurrencia. Por eso, la sentencia C-123 de 2014 estableció que la exploración y la explotación minera deben ser el fruto de un acuerdo entre las autoridades nacionales y las autoridades territoriales, así como las medidas para proteger el medio ambiente y la salud. Así, desde el 2014 la Corte fue clara en señalar que solamente la concertación entre las autoridades nacionales y las territoriales sobre las decisiones de titulación minera sería la forma idónea de traducir este concepto incluyente de Estado, para lo cual deben aplicar los mecanismos de coordinación y concurrencia en las decisiones que afectan al territorio.

Por último, en materia de participación, como lo señaló Foro Nacional por Colombia en la audiencia convocada por la Corte Constitucional, al igual que otras entidades participantes, las normas vigentes no hacen referencia a ella, ni existen dispositivos permanentes y ajustados a los requerimientos de la actividad extractiva que faciliten la participación de la ciudadanía en la gestión del subsuelo¹³. Por ello, la Corte Constitucional en varias ocasiones reiteró la importancia del principio de participación. Así lo señala la sentencia C-141 de 2010¹⁴ y, para el caso de la minería, la sentencia C-389 de 2016, la cual señala que la autoridad minera debería establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana en las etapas precontractuales y contractuales de los proyectos. Dicha participación, sin embargo, debe referirse a materias que son de competencia del nivel correspondiente¹⁵.

13 Ver al respecto Velásquez (2021). Existen dispositivos como las audiencias públicas, la socialización de los proyectos a las comunidades y la consulta previa, libre e informada a los pueblos y comunidades étnicas. También existen algunos procedimientos administrativos y judiciales, como el derecho de petición, las acciones populares y las acciones de cumplimiento. Pero, son dispositivos diseñados para ciertos momentos de la cadena de decisiones del sector que en la mayoría de los casos no permiten una real incidencia de la ciudadanía en las decisiones finales y, en consecuencia, son ineficaces.

14 "El principio democrático implica que los asociados se involucren directamente en las decisiones que los afectan".

15 Sentencia C-180 de 1994: Las consultas populares solo pueden referirse en el nivel territorial a competencias de ese nivel".

Con base en los anteriores lineamientos, la Corte examinó la acción de tutela de Mansarovar Energy Colombia y, después de un amplio análisis de la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, concluyó que este último vulneró el derecho al debido proceso de la parte accionante (SU, p. 134) al no tener en cuenta los límites competenciales de la autoridad municipal, dado que el manejo del subsuelo es de competencia nacional. Además, el Tribunal “desconoció el precedente judicial respecto a los principios de estado unitario y autonomía territorial, las competencias de la Nación sobre uso del subsuelo y su convergencia con las competencias de las entidades territoriales en la administración del suelo” (Corte Constitucional, 2018, p. 146).

El fundamento de esa conclusión es el principio según el cual “la autonomía territorial no puede ser entendida de manera omnímoda hasta el punto de hacer nugatorias las competencias constitucionales de las autoridades nacionales” (Ibid.). Sin embargo, en contrapartida, para explotar el subsuelo se requiere realizar actividades en el suelo. Esa es la razón por la cual la Constitución Política define una coexistencia de los dos principios (unitario y de autonomía territorial), sin que alguno de ellos deba aplicarse de manera absoluta sobre el otro. Es un sistema de limitaciones recíprocas, en el que aplican los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Debe haber, por tanto, una colaboración armónica entre las entidades del orden nacional y las del orden territorial, como lo señalan las sentencias de la Corte C-035 de 2016 y otras ya mencionadas.

La armonía debida entre el gobierno nacional y las autoridades territoriales no puede hacer caso omiso de la participación ciudadana. Las normas sobre titulación minera y concesiones de hidrocarburos no contienen ningún mecanismo específico de participación. El Ministerio y las Agencias desarrollaron –es cierto- programas de diálogo territorial, pero estos no cuentan con una base legal estatutaria. En materia ambiental, existen dispositivos como las audiencias públicas, los terceros intervinientes, el derecho de petición, la consulta previa libre e informada. Sin embargo, según la Corte, ninguno de ellos es incidente y, por el contrario, otorgan una gran discrecionalidad a las autoridades ambientales. Existe, en consecuencia, en materia de participación ciudadana, un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles (p. 162) que debe ser corregido por el Legislador: “La existencia de una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva, previa a la concesión de un título minero, es necesaria debido a que esta decisión no es inocua, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio, el entorno y el territorio” (Corte Constitucional, 2018, p. 152)¹⁶.

Pero, además, las entidades del sector deberán incluir en sus políticas de hidrocarburos y minería y en los contratos de concesión, como parte de un proceso de humanización de la explotación de los RNNR, “estrategias y cláusulas contractuales de participación ciudadana, información, coordinación de acciones sociales y de inversiones sociales con entidades públicas” (Ibid., p. 167), en una perspectiva de respeto a los Derechos Humanos, a fin de proteger socialmente a las comunidades. El Ministerio y sus Agencias deberán, además, hacer seguimiento al cumplimiento de dichas cláusulas por parte de las empresas.

16 Nótese que la Corte se aparta en este punto de lo señalado en la Sentencia T-445 de 2016, la cual reconoció a los entes territoriales la competencia para regular los usos del suelo y, en ejercicio de ella, la posibilidad de vetar la actividad minera.



Con base en estas consideraciones, la Corte decidió:

- Dejar sin fundamento la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta.
- Conceder el amparo a la empresa Mansarovar Energy Colombia.
- Prohibir el uso de las consultas populares como mecanismo de participación para vetar el desarrollo de proyectos extractivos en el territorio.
- Exhortar al Congreso para que en el *menor tiempo* expida la Ley de Coordinación y Concurrencia, la cual debe incluir un mecanismo permanente de participación ciudadana.
- La ANH deberá aplicar el mecanismo de coordinación y concurrencia para la definición y determinación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos.
- Por su parte, el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería deben mantener y fortalecer, “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” (p. 175).
- Las entidades del sector deben robustecer “en la política pública de los sectores de hidrocarburos y de minería, así como en los contratos de concesión las estrategias y cláusulas contractuales de participación ciudadana, información, coordinación de acciones sociales y de inversiones sociales con entidades públicas” y exigir 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” (Ibid.).
- Ordenar a las autoridades territoriales la incorporación de los principios de coordinación y concurrencia en el desarrollo de su competencia en materia de ordenamiento territorial.

La sentencia constituyó una buena noticia para el gobierno y para el sector empresarial, pues más de medio centenar de municipios habían anunciado su intención de realizar consultas populares para definir si aceptaban o no la explotación de los recursos del subsuelo en su territorio. La decisión de la Corte impidió la realización de esos eventos, los que con toda seguridad habrían arrojado un resultado en contra de la ejecución de proyectos extractivos. En el caso específico que dio lugar a la Sentencia de Unificación, la opinión de las entidades gubernamentales que intervinieron en diferentes momentos del proceso siempre estuvo a favor de Mansarovar, es decir, de reconocer que fue violado el debido proceso y desvirtuar las consultas populares como dispositivo para vetar proyectos extractivos en el territorio. Con la Sentencia de Unificación la política de estímulo al sector extractivo eliminaba así un importante obstáculo.

Para el sector empresarial, por su parte, la sentencia representaba eliminar un “palo en la rueda” que ya mostraba consecuencias negativas para el negocio en su conjunto y, en particular, para los proyectos de minería e hidrocarburos que contaban con licencia de exploración y estaban en camino de iniciar el trámite del licenciamiento ambiental o la explotación. Esa percepción se consolidó cuando la Corte posteriormente declaró inconstitucional el artículo 33 de la Ley de Régimen Municipal. Los empresarios sintieron que habían ganado la batalla.

Para los promotores de las consultas y un sector amplio de organizaciones ambientales, de defensa del territorio y de Derechos Humanos, que venían haciendo resistencia a proyectos extractivos en varias regiones del país, la decisión de la Corte significaba un paso atrás en la jurisprudencia sobre temas de minería e hidrocarburos, pues afectaba un mecanismo de participación ciudadana creado por la Constitución y con una base legal cierta (el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, Ley de Régimen Municipal).

En respuesta a la Corte, la Corporación Dejusticia interpuso en diciembre de 2018 una solicitud de nulidad de la sentencia, argumentando que la Corte había desconocido el precedente constitucional, al no tomar en cuenta lo señalado en la sentencia T-445 de 2016 y en el auto 057 de 2017¹⁷, de la Sala Plena, lo que, a su juicio, constituye un cambio de jurisprudencia. Además, la Corte –alega Dejusticia– omitió analizar un asunto de relevancia constitucional que era trascendental para la decisión final, a saber, el artículo 33 de la ley 136 de 1994 (aún vigente en ese momento). En este caso, “se trataba de un asunto de relevancia constitucional que debió ser objeto de análisis en el momento de estudiar la procedibilidad de la acción de tutela” (Dejusticia, 2018, p.2).

La Corte desestimó la solicitud de nulidad porque, en su criterio, Dejusticia no era sujeto procesal, esto es, no tenía la condición de “accionantes o accionados en el proceso”, ni fue vinculada al mismo; además, tampoco “se le dieron órdenes en la sentencia SU- 095 de 2018”, por lo que no tenía un interés directo en el proceso¹⁸. Esta decisión quedó consignada en el Auto 281 de 2019.

Lo positivo de la Sentencia de Unificación fue haber reafirmado la aplicación de los principios de coordinación y concurrencia en la relación Nación – Territorio para la decisión sobre la explotación de los RNNR, así como reiterar la importancia de crear un mecanismo de participación ciudadana para que las comunidades puedan expresar sus puntos de vista e intervenir en los acuerdos entre el gobierno nacional y las autoridades territoriales sobre la explotación del subsuelo. Sin embargo, sigue en pie el debate sobre la validez de las consultas populares para decidir sobre la implantación de proyectos extractivos en un territorio específico. Existen, como lo demuestra Dejusticia, argumentos suficientes para reconsiderar la decisión de la Corte¹⁹.

17 En este Auto la Corte niega las solicitudes de nulidad de la Sentencia T-445 de 2016, bajo la consideración de que “la sentencia T-445 de 2016 no constituía un cambio de precedente sino una ampliación de una línea jurisprudencial consolidada a un caso específico” (Dejusticia, 2018, p. 10).

18 Comunicación personal de la Directora de Dejusticia, Vivian Newman.

19 No sobra señalar que la consulta popular se realizó en Cumaral en junio de 2018, cuatro meses antes de que fuera expedida la Sentencia. Su resultado fue un rechazo al proyecto de explotación de hidrocarburos en esa localidad, lo que expresa dos elementos de gran importancia: de un lado, que la gente consideró que la consulta popular es un mecanismo válido para pronunciarse sobre proyectos extractivos; de otro, que la decisión de explotar los RNNR debe ser producto de un proceso en el que las colectividades locales deben tener voz y voto.



3. Los proyectos de ley

La propuesta del Ministerio de Minas y Energía

Expedida la sentencia, el Ministerio de Minas y Energía se dio a la tarea de elaborar el proyecto de ley ordenado por la Corte Constitucional. Para ese efecto, conformó un grupo interdisciplinario, en el que participaron profesionales de diversas entidades relacionadas con el sector. El grupo recibió una capacitación del Grupo de Diálogo sobre Minería en Colombia (GDIAM) y de Foro Nacional por Colombia, cuyo propósito fue alimentar la discusión sobre el significado y alcance de varios conceptos: descentralización y autonomía territorial, coordinación y concurrencia, y participación ciudadana. Además, la capacitación permitiría nivelar conocimientos y sentar unas bases conceptuales comunes para la formulación del proyecto de ley.

En septiembre de 2019, la Viceministra de Minas presentó al GDIAM un primer esbozo del proyecto de ley, que incluía el diseño previsto de los dispositivos de participación ciudadana y de coordinación y concurrencia ordenados por la Corte (Ministerio de Minas y Energía, 2019). El enfoque que orienta la propuesta tiene tres elementos básicos: i) una visión integral del sector extractivo (minería e hidrocarburos) en perspectiva territorial; ii) la identificación de asuntos prioritarios para el desarrollo territorial que deben ser considerados en la gestión social del sector; y iii) la necesidad de un mecanismo para dirimir diferencias en caso de que ese sea el resultado del proceso. Los dos primeros puntos son claves en la definición del proyecto de ley: el ordenamiento territorial es definido como el escenario principal para la concertación en torno a la asignación de áreas para los proyectos extractivos. Además, estos últimos deberán incorporar en su ejecución las acciones e inversiones necesarias para satisfacer demandas sociales que seguramente surgirán en el proceso de participación ciudadana.

El tercer elemento del enfoque no deja, sin embargo, de ser relevante: ante la resistencia de actores locales (ciudadanía y, en algunos casos, autoridades públicas) a la implantación de proyectos extractivos en su territorio, es altamente probable que haya diferencias de criterio para la asignación de áreas a proyectos mineros o de hidrocarburos, lo que obliga a definir un mecanismo para dirimir las diferencias. Dependiendo de cuál sea ese mecanismo, se podrá ver qué tanto el procedimiento propuesto acoge –o no– la idea de concertación entre las autoridades nacionales (ANH y ANM) y las entidades territoriales según lo establecido en la sentencia de la Corte Constitucional.

La propuesta del Ministerio contempla los dos elementos señalados en la sentencia de la Corte: la coordinación y concurrencia, de un lado, y la participación ciudadana, de otro. El primero de ellos busca la inclusión de la variable minera y de hidrocarburos en el ordenamiento territorial municipal mediante acuerdos entre las entidades del sector extractivo y las entidades territoriales. El segundo, “garantizar la participación ciudadana con incidencia en las diferentes etapas de la actividad minera y de hidrocarburos” (destacado nuestro) (Ibidem). El documento no define la noción de incidencia, pero se supone que alude a una participación efectiva de las comunidades locales en la decisión final sobre la asignación de áreas para proyectos extractivos. Además, atendiendo seguramente a la letra de la sentencia, el mecanismo debe ser permanente y operar en los distintos momentos de la ejecución de los proyectos.

El mecanismo propuesto para la coordinación y la concurrencia tiene tres componentes: i) la creación de una instancia departamental de coordinación y concurrencia; ii) la unificación de los instrumentos existentes de coordinación y concurrencia de la ANM y la ANH; y iii) el mecanismo para dirimir diferencias.

La Instancia Departamental de Coordinación y Concurrencia es una instancia permanente que se reúne un mínimo de dos veces por año y puede ser convocada por alguno de sus integrantes. Estaría conformada por representantes del sector (Minenergía/ANH/ANM) y alcaldes, quienes tendrían voz y voto; por el Gobernador y la autoridad ambiental (con voz, pero sin voto); y por el Ministerio Público, en calidad de garante. Es la instancia encargada de aplicar el mecanismo de coordinación y concurrencia; de definir y hacer seguimiento a asuntos prioritarios de acuerdo con planes de desarrollo, para que sean incluidos como líneas estratégicas en Planes de Gestión Social y Programas en Beneficio de las Comunidades, así como en inversiones con recursos de regalías que hagan las entidades territoriales. Una tercera función de la Instancia es tramitar tensiones y conflictos.

En cuanto a la unificación de los instrumentos de coordinación y concurrencia de las Agencias, la propuesta define el siguiente procedimiento: las Agencias activan sus instrumentos de coordinación y concurrencia y realizan una caracterización previa; luego, convocan la Instancia Departamental, cuyos acuerdos deben quedar con signados en un acta, en dos sentidos: definir las áreas donde se podrá asignar títulos mineros o bloques de hidrocarburos; y definir los asuntos prioritarios del desarrollo de los territorios. Tales acuerdos deberán ser insumo para la definición de líneas estratégicas de los Planes de Gestión Social (PGS) y los Programas de Beneficio Comunitario (PBC) a cargo de las empresas. Igualmente, serán guía para las inversiones de las entidades territoriales financiadas con recursos de regalías, alimentarán los Planes de Ordenamiento Territorial (POT), y serán objeto de seguimiento por parte de la Instancia Departamental. La firma de estos acuerdos dará luz verde a las Agencias de Minería y de Hidrocarburos para proceder a otorgar títulos o a firmar contratos de explotación de hidrocarburos.

Hasta aquí, la propuesta se atiene a lo señalado en la sentencia. Sin embargo, se aparta del espíritu de esta última en dos aspectos que están en el corazón del proceso: las decisiones sobre ordenamiento territorial y el mecanismo para dirimir las diferencias. En el primer caso, la premisa del Ministerio es que los

municipios no pueden vetar la actividad minera o de hidrocarburos. En otras palabras, se parte de la idea de que la autorización para la explotación de los recursos naturales está asegurada. Lo que deben hacer los alcaldes, encargados de reglamentar los usos del suelo, es incluir la variable minera y de hidrocarburos en el contenido del componente general y rural del POT y notificar de manera obligatoria al sector minero energético cualquier revisión o actualización de dicho Plan.

Así, la concertación deja de ser concertación, pues el acuerdo no contempla la posibilidad de no ejecutar el proyecto extractivo. Este siempre tendría luz verde para su implementación y, en consecuencia, es el Ministerio en últimas el que toma la decisión. Las autoridades territoriales no tienen ninguna posibilidad de controvertirla; solamente podrían coordinar con el gobierno nacional la ejecución del proyecto y concurrir en su realización. En esas circunstancias, la propuesta viola el principio de autonomía territorial de los alcaldes para ejercer su competencia de ordenamiento territorial, sobre todo cuando obliga a las autoridades a informar cualquier cambio en el POT, lo que no está contemplado en la ley 388 de 1997, que lo reglamenta. No se trata de una concertación entre iguales, sino de un proceso asimétrico en el que el Ministerio impone las reglas y las decisiones, mientras las autoridades territoriales no tienen otra opción que acogerse a ellas.

Esta idea se confirma cuando se examina el mecanismo que propone el Ministerio para dirimir las diferencias. En efecto, cuando ello ocurre, el acta de la reunión de la Instancia Departamental debe certificar que no hubo acuerdo. En ese momento entraría a operar una instancia de cierre, la cual debería tomar la decisión final, en un plazo de 30 días, con base en conceptos técnicos. El Ministerio propone cinco opciones de instancia de cierre, en su orden: el Ministerio de Minas y Energía; el Departamento Nacional de Planeación (DNP) con un delegado del gobierno nacional y otro de la entidad territorial; el DNP, sin la participación de ningún agente externo; la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME), junto con el Ministerio de Hacienda y el de Vivienda; y, por último, el Concejo Municipal con concepto del sector y de acuerdo con los lineamientos establecidos en la ley. De las cinco opciones, las cuatro primeras están lideradas por entidades del gobierno nacional. La quinta da un cierto margen al Concejo Municipal, pero este tiene que atenerse a las recomendaciones del sector y a lo establecido en la ley. En suma, serían principalmente entidades del gobierno nacional las que tomarían la decisión final en caso de que existan desacuerdos. Una vez más, la relación Nación – Territorio se desarrollaría en medio de evidentes asimetrías en contra de las autoridades territoriales.

En lo que respecta al mecanismo de participación ciudadana, la propuesta contempla la creación de un organismo asesor multiactor nacional, integrado por representantes de la Academia, las empresas, los departamentos y los municipios, los Concejos Municipales, las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) y la sociedad civil. Dicho organismo sería el encargado de definir aspectos específicos de la política pública y de la planeación del sector minero y de hidrocarburos, con una mirada de carácter estratégico. Para los procesos previos a la asignación de áreas, el Ministerio propone la realización de Audiencias Públicas por demanda de los interesados en el momento en que es convocada la Instancia Departamental de Coordinación y Concurrencia para la determinación de áreas con potencial y previo a

la suscripción del acta de acuerdos. En la audiencia se discutiría solamente sobre prioridades de desarrollo territorial, no sobre la entrega de títulos mineros o la firma de contratos de hidrocarburos. El resultado de las audiencias debería tener algún grado de incidencia en el acta de acuerdos de la Instancia Departamental y sería incorporado como línea estratégica en los PGS y en los PBC, así como en la inversión de los recursos de regalías que realizan las autoridades territoriales. Por último, el Ministerio propone la realización de audiencias públicas al inicio de los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos para discutir los PGS y los PBC.

Estos tres dispositivos (organismo asesor nacional, audiencias públicas en el momento de la convocatoria de la Instancia Departamental y audiencias públicas al inicio del proceso de explotación) no encajan en la intención inicial de que la participación tenga incidencia en las decisiones finales y opere en todas las etapas del proyecto. El organismo nacional es un ente asesor, de carácter consultivo que no interviene en las decisiones relacionadas con la formulación de políticas y planes. Estas quedan en manos del Ministerio. Por su parte, las audiencias públicas, tal y como están reglamentadas en Colombia, son espacios de información y consulta en los que los asistentes formulan opiniones y presentan propuestas, sin que estas tengan carácter vinculante. Además, las audiencias no son obligatorias y son convocadas únicamente por los interesados. Según el Ministerio, las audiencias que se llevan a cabo en el momento de la convocatoria de la Instancia Departamental deben incidir en los acuerdos finales. Sin embargo, no se señala en el documento cómo sería ello posible. Sería, además, necesario modificar la norma que rige actualmente las audiencias para que ello fuera posible.

Hay, pues, una distancia en esta propuesta del Ministerio entre el propósito anunciado de lograr una participación incidente y los mecanismos creados para ese fin. Estos no responden realmente al propósito de garantizar la incidencia de las comunidades locales en el acuerdo final de la Instancia Departamental, entre otras cosas porque en esta última no hay ninguna representación de las comunidades locales y sus organizaciones. La participación ciudadana queda así limitada a unos escenarios informativos y consultivos, cuyos resultados no tienen carácter vinculante.

Como puede observarse, la propuesta del Ministerio no logra reflejar el alcance de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Incluso, puede decirse que va en contravía de esta última, tanto en materia del mecanismo de coordinación y concurrencia, como de la participación ciudadana. La premisa de que las entidades territoriales no pueden vetar proyectos minero-energéticos y de que los POT deben incorporar la variable minera y de hidrocarburos rompe con los principios básicos de la concertación y es abiertamente inconstitucional, en el sentido de que viola la autonomía de las autoridades municipales en el ejercicio de su competencia para definir y reglamentar los usos del suelo.

Lo mismo ocurre con los mecanismos de participación. No responden, como se ha mostrado, a la intención de asegurar una participación incidente que permita a la ciudadanía hacer parte de la decisión final de asignación de áreas para la explotación de los RNNR. A las comunidades se les considera principalmente como beneficiarias de los PGS y los PBC, no como actores que intervienen de manera activa y efectiva en la decisión sobre la implantación de proyectos extractivos en su territorio.

El Ministerio nunca elaboró el proyecto de articulado de la ley. La razón aducida por una de sus funcionarias fue la situación creada por la pandemia. Esta definió otras prioridades para el gobierno y, en particular, para el Ministerio, por lo que la formulación del proyecto de ley dejó de ser una tarea en el corto plazo. Nunca más se supo de él.

Proyecto de ley de iniciativa parlamentaria



En 2020, fue radicado en la Cámara de Representantes el proyecto de ley 418C, por medio del cual se fortalece la planeación estratégica, se crean los mecanismos de coordinación y concurrencia entre las autoridades nacionales y territoriales, y de participación ciudadana para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables y se dictan otras disposiciones. El proyecto fue iniciativa de los congresistas Héctor Vergara Sierra y Jaime Rodríguez Contreras, del Partido Cambio Radical, Oscar Darío Pérez y Edwin Ballesteros Archila, del Centro Democrático, Alfredo Deluque Pineda, del Partido de la Unidad Nacional, David Calle Aguas, del Partido Liberal, y Wadith Alberto Manzur Imbett, del Partido Conservador, todos ellos de la coalición de gobierno del Presidente Duque.

El proyecto acogía un enfoque muy similar al que había inspirado el trabajo abortado del Ministerio de Minas y Energía. Partía, en efecto, de la premisa de que los municipios no podrían vetar la actividad extractiva en el territorio de su jurisdicción a través de ningún instrumento de ordenamiento territorial y de participación ciudadana²⁰, a lo que se sumaba la declaración de inconstitucionalidad del artículo 33 de la ley de Régimen Municipal, que daba curso legal a la realización de las consultas populares locales cuando alguna actividad económica pudiera transformar significativamente los usos del suelo (Sentencia 096 de 2020).

El proyecto expresa una postura pro-extractivista, al señalar que “Colombia cuenta con una ubicación privilegiada desde el punto de vista metalogénico, debido al marco geológico que la caracteriza, con presencia de dos grandes provincias geotectónicas: el Cinturón Andino y el Escudo Amazónico, ambas

²⁰ Esta premisa queda plasmada en el artículo 4 del proyecto de ley.

propicias para la exploración de recursos naturales y con probabilidad de generar proyectos de gran importancia económica que generen desarrollo en las regiones, principalmente en aquellas donde se desarrollen” (PL 418/2020C, p. 33).

Reconoce el proyecto que no existe una regulación específica que dé cuenta de la implementación de los principios de la democracia participativa, ni de los de coordinación y concurrencia, lo que explica la resistencia social a los proyectos extractivos, pues los costos económicos, sociales y ambientales de estos últimos no se compensan con la reducción de los niveles de pobreza en las regiones ricas en recursos naturales. Además, son cada vez más evidentes las tensiones entre el gobierno nacional y las autoridades locales. Las consultas populares han puesto en entredicho las competencias de las autoridades nacionales, al igual que los Acuerdos municipales que vetan la actividad extractiva.

Esta situación configura, según los autores del proyecto, una violación a la seguridad jurídica para las empresas y los inversionistas nacionales y extranjeros, lo que tiene un impacto negativo para la economía y las finanzas nacionales, teniendo en cuenta el rol relevante del sector en el conjunto de la economía nacional. En tal sentido, lo que pretende el proyecto es garantizar que el aprovechamiento de los recursos naturales “sea una actividad incluyente, basada en una planificación que involucre insumos de todos los actores interesados” (Ibid., p. 40).

La Mesa trabaja cuatro temas: i) rendición de cuentas de las sesiones y consensos de las Mesas Particulares de Coordinación y Concurrencia; ii) el seguimiento a asuntos prioritarios de desarrollo territorial (APDT) acordados en el año inmediatamente anterior; iii) los instrumentos de gestión social de las empresas para beneficio de las comunidades; y iv) otros asuntos del desarrollo territorial asociados a la exploración y explotación del subsuelo y los RNNR.

Las Mesas Particulares de Coordinación y Concurrencia, cuyo territorio de referencia son las áreas de influencia de los proyectos específicos de minas o de hidrocarburos, se ocupan de tres temas estratégicos: i) la presentación de las áreas con potencial minero o de hidrocarburos y la definición de APDT, con base en la información previamente entregada por la respectiva Agencia Nacional; ii) el manejo de la conflictividad y el diálogo asociados a la exploración y explotación del subsuelo y los RNNR; y iii) el ordenamiento territorial de las áreas de influencia de los proyectos, en particular la formulación, adopción, adecuación o reforma de los planes de ordenamiento territorial. Las Mesas Particulares están integradas por el Gobernador del Departamento, los alcaldes de los municipios del área de influencia de los proyectos, el Ministerio de Minas y Energía, las Agencias Nacionales de Minería e Hidrocarburos y la autoridad ambiental.

Estas Mesas son los escenarios claves para la construcción de Acuerdos sobre la explotación de los RNNR en territorios específicos. El proyecto de ley define las condiciones, los procedimientos y los tiempos para el funcionamiento de las Mesas, así como el rol de los distintos integrantes y el mecanismo para dirimir desacuerdos en el tratamiento de los tres temas a su cargo. Y es en esas definiciones donde el proyecto

muestra su orientación centralista y la subordinación de las autoridades locales a las decisiones de los organismos nacionales.

En efecto, en lo que respecta a las áreas con potencial minero o de hidrocarburos, las Agencias Nacionales (ANH y ANM, según el caso) brindan la información al respecto basada en estudios técnicos. Esa información no es objeto de discusión. En otras palabras, las autoridades locales no tienen la posibilidad de definir ni de concertar si esos recursos van a ser explotados o no, ni si se otorgan títulos o se firman contratos para dicha explotación. Esa es una decisión nacional. Lo único que pueden hacer los alcaldes (y el Gobernador, si las áreas afectan el POT departamental) es presentar las variables técnicas en el marco de sus competencias y una propuesta de APDT, según su plan de ordenamiento territorial (POT). Los demás integrantes presentarán su respectiva información técnica. En la Mesa, además, se conocerá el resultado de las Audiencias Públicas Regionales²¹, las cuales podrán sugerir propuestas de APDT que servirán de insumo para la toma de decisiones a ese respecto en la Mesa.

Así, el resultado final de la discusión en las Mesas Particulares, que deberá quedar consignado en un acta, es la definición de APDT²² que deberán ser tenidos en cuenta en los instrumentos de gestión social y en las cláusulas de los títulos mineros y los contratos de hidrocarburos. En ninguna parte del articulado se establece que las Mesas Particulares deban llegar a un acuerdo entre sus integrantes sobre la entrega de títulos mineros o de contratos de hidrocarburos. Esa sigue siendo una atribución del gobierno central, no el fruto de una concertación entre este y las autoridades locales.

En lo que respecta al tema de ordenamiento territorial, el mecanismo dispuesto en el articulado es aún más centralista en el sentido de que las autoridades locales deben someterse al criterio de las autoridades nacionales cuando la aprobación, adecuación o reforma de los planes de ordenamiento territorial pretenda incidir, restringir o limitar la exploración y la explotación de los RNNR en el respectivo territorio. En efecto, el Alcalde o el Gobernador, según el caso, deberán comunicar a la Secretaría Técnica de la Mesa General la intención de incluir en los POT algún tipo de restricción o limitación para la exploración y explotación de los recursos del subsuelo. Esto deberá hacerlo previo al paso de concertación del POT con la autoridad ambiental correspondiente. La autoridad municipal o departamental deberá incluir en su comunicación el informe técnico con los soportes del POT. La Mesa Particular será convocada para tomar la decisión técnica, la cual fundamentará la entrega de títulos mineros o la firma de contratos de hidrocarburos.

Hasta tanto no sea convocada y sesione la Mesa, el Alcalde o el Gobernador no podrán presentar el proyecto de POT al Concejo Municipal o a la Asamblea Departamental. En un lapso determinado por la ley, los demás integrantes de la Mesa Particular deben remitir la información técnica pertinente, que justifique la compatibilidad de la exploración y la explotación del subsuelo con los demás usos del suelo.

21 Ver más adelante el carácter de las audiencias como mecanismo de participación ciudadana.

22 Según el articulado, los APDT “serán proporcionales y acordes a las características de los proyectos y sus ciclos, a la dimensión del proyecto minero o de hidrocarburos, a las características del territorio, a la viabilidad técnica, operativa y económica de los proyectos y al respeto de la sostenibilidad fiscal” (Artículo 10).

La Mesa Particular examina toda la información (la proporcionada por las autoridades locales y por los demás integrantes de la Mesa) y analiza la viabilidad técnica y jurídica del proyecto de plan. Una vez que se llegue a un acuerdo, se suscribirá el acta de coordinación y concurrencia.



Si no hay un consenso técnico, el alcalde o el gobernador deberán presentar una actualización del informe técnico, con la debida justificación de las restricciones de exploración y explotación del subsuelo. Con base en esa información, será el Ministerio de Minas y Energía el encargado de pronunciarse en última instancia mediante acto administrativo. La decisión del Ministerio será vinculante para la formulación de los POT. Si el Concejo Municipal o la Asamblea Departamental pretenden modificar el proyecto de POT, deberá comunicarlo a la Secretaría Técnica de la Mesa Particular con el correspondiente soporte técnico y deberá invitar al Ministerio de Minas y Energía a la sesión del Concejo o de la Asamblea para discutir las modificaciones. Si no hay acuerdo, será el Ministerio quien tome, con base en criterios técnicos, la decisión final, la cual es vinculante para el estudio y aprobación del respectivo POT.

En otras palabras, son las entidades del gobierno nacional las que determinan los criterios técnicos con base en los cuales debe orientarse la formulación o modificación de los POT y, si no hay acuerdo con las autoridades locales, será el propio Ministerio quien tome la decisión final, la cual deberá ser acogida por las autoridades municipales o departamentales, sin derecho a ningún recurso.

Como puede verse, la palabra acuerdo aparece en varios pasajes del articulado, pero el proceso de concertación no aparece por ningún lado. Esta propuesta cierra toda posibilidad de deliberación en torno a la aprobación de los proyectos extractivos (otorgamiento de títulos mineros o firma de contratos de hidrocarburos) y solamente admite intercambio de propuestas y acuerdos en torno a los APDT. El proyecto de ley, en lo que respecta a la coordinación y concurrencia, se aparta claramente de las sentencias de la Corte Constitucional, en particular de la SU95 de 2018 e, incluso, es inconstitucional pues viola la autonomía de las autoridades municipales y departamentales para reglamentar los usos del suelo a través de los POT, en los términos señalados por la ley 388 de 1997. Difícilmente este proyecto pasaría un examen de constitucionalidad.

La segunda parte del proyecto se refiere a los mecanismos de participación ciudadana, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en su sentencia de unificación. Propone la creación de las Audiencias Públicas Regionales de Asuntos Prioritarios de Desarrollo Territorial. Son audiencias de obligatoria convocatoria por parte de la ANM o la ANH, y su propósito es identificar asuntos prioritarios de desarrollo que deberán ser tenidos en cuenta en la toma de decisiones por parte de las Mesas de Coordinación y Concurrencia. Es decir, los resultados de las audiencias son insumos no vinculantes para la deliberación de las Mesas.

En las audiencias pueden participar la ciudadanía en general y sus representantes legítimos (sic), organizaciones sin ánimo de lucro, la academia, representantes de los Concejos Municipales y las

Asambleas Departamentales. Los gobernadores y alcaldes, o sus delegados, están obligados a participar. Igualmente, lo podrán hacer el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio Público. Estas audiencias pueden ser virtuales y su funcionamiento será reglamentado por el Ministerio de Minas y Energía (artículo 16).

Un segundo mecanismo, también de carácter obligatorio, es el de las audiencias públicas en etapa de explotación y producción de proyectos de gran minería e hidrocarburos, cuyos resultados servirán de insumo para el diseño de instrumentos de gestión social que acuerden las Mesas Particulares de Coordinación y Concurrencia. La redacción sobre el momento en que deberán ser realizadas estas audiencias es ambigua. Se transcribe a continuación ese aparte del proyecto:

“La ANM o la ANH, o quien haga sus veces, celebrará la Audiencia dentro de los primeros ciento ochenta (180) días calendario antes de finalizar la fase de explotación en el caso de los proyectos mineros y de producción para los proyectos de hidrocarburos. La Audiencia en la etapa de explotación y producción, según corresponda, se convocará con una antelación mínima de treinta (30) días calendario a la fecha de su celebración.

“La ANM o la ANH, o quien haga sus veces, celebrará la Audiencia dentro de los primeros ciento ochenta (180) días calendario antes de finalizar la fase de exploración. La Audiencia en la etapa de explotación y producción, según corresponda, se convocará con una antelación mínima de treinta (30) días calendario a la fecha de su celebración” (artículo 17, destacado nuestro).

Como se sabe, las audiencias públicas, tal y como se conocen hasta ahora, son informativas y de consulta de opiniones. En ellas no se pretende llegar a acuerdos, sino recoger iniciativas de los asistentes. Habría que ver cómo las reglamenta el Ministerio de Minas y Energía, aunque es de suponer que no cambiaría ese alcance. Pero, además, estos dos mecanismos de participación solo versan sobre los APDT, no sobre los títulos o los contratos para la explotación de los RNNR. Esto significa que la ciudadanía no tendría ni voz ni voto en las decisiones sobre asignación de áreas para la exploración y explotación. De otra parte, la Corte habla de un mecanismo permanente, es decir, que opera de manera continua para que la ciudadanía pueda intervenir en cualquier momento los procesos relacionados con la explotación de los RNNR en su territorio. Las audiencias no lo son. De nuevo, el proyecto se coloca en contravía de lo establecido por la Corte Constitucional.

En suma, el proyecto propone unos mecanismos de participación y de coordinación y concurrencia que para nada cambian el esquema actual de toma de decisiones, pues mantiene la preeminencia del gobierno central en la decisión sobre asignación de áreas para la exploración y la explotación, y margina a las autoridades locales y a la ciudadanía de participar siquiera en la discusión sobre el tema. A cambio –y en forma de compensación– otorga a las autoridades municipales y departamentales y a las comunidades locales la posibilidad de sugerir proyectos prioritarios de desarrollo territorial que los proyectos extractivos –cuya ejecución jamás puede ser puesta en duda– deben incluir en beneficio de las comunidades afectadas.

Este proyecto tuvo un primer debate, luego de una audiencia pública realizada en noviembre de 2020, y fue archivado por solicitud de los ponentes, pues, en su opinión, los mecanismos de coordinación y concurrencia propuestos violan principios constitucionales relacionados con la descentralización y la autonomía territorial. Como se indica en la ponencia, “la visión que propone el proyecto de ley en relación con un mecanismo de coordinación y concurrencia vulnera los principios de descentralización y autonomía territorial, y desconoce que los problemas que suscitan las actividades extractivas están íntimamente relacionados con el ordenamiento territorial. Por lo tanto, es un proyecto que, además de ser inconstitucional, puede profundizar los problemas en los territorios en torno a los proyectos mineros y de hidrocarburos” (Gaceta del Congreso N° 1462, del 10 de diciembre de 2020, página 10).

En lo que respecta a la participación ciudadana, afirman los ponentes que “este proyecto desconoce los estándares de la participación ambiental efectiva, dispuestos por la Corte Constitucional, en Sentencia T-361 de 2017. Dicha sentencia, dispone como parámetros para garantizar la participación ciudadana, que esta sea libre, eficaz, informada y sin exclusión alguna”. En suma, concluyen los ponentes, “el proyecto puesto a consideración no soluciona los conflictos generados por la explotación minera y de hidrocarburos, aporta a la centralización, pone en segundo plano la gestión comunitaria, el acceso debido a la información y la autonomía de los municipios, olvidando la naturaleza del principio de subsidiariedad que busca dejar mayor capacidad instalada en el territorio y sus comunidades” (Ibid., página 11). Por esa razón, solicitan a la Comisión Primera de la Cámara de Representantes archivar el proyecto, lo que finalmente ocurrió.

■ Proyecto sobre mecanismos de participación



El Representante a la Cámara Gabriel Ernesto Parrado Durán, de la coalición Pacto Histórico, movimiento que llevó a Gustavo Petro a la Presidencia de la República, presentó el proyecto de ley 026 de 2022²³ sobre mecanismos de participación ciudadana en la explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables. El proyecto no contempla procedimientos de coordinación y concurrencia entre el Gobierno central y las entidades territoriales para la toma de decisiones sobre la asignación de áreas para la explotación de RNNR; solo propone dispositivos y procedimientos de participación para el manejo de decisiones en el sector extractivo (minerales e hidrocarburos), lo que no deja de ser relevante para el propósito de este informe.

23 Ver Gaceta del Congreso N° 856, del 26 de julio de 2022.

El proyecto parte de tres supuestos, que contrastan abiertamente con las propuestas antes examinadas en este apartado:

- a.** La participación ciudadana en los procesos de exploración y explotación de RNNR debe ser eficaz y vinculante, es decir, obliga a las autoridades públicas a acogerse a las decisiones de la ciudadanía, tomadas en los escenarios creados por la ley.
- b.** La participación debe tener lugar en todas las etapas del proyecto, incluida la exploración. La relación entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales debe desarrollarse en igualdad de
- c.** condiciones o, en su defecto, en favor de los intereses de las colectividades territoriales.

El proyecto propone tres dispositivos de participación: las audiencias públicas ambientales, los cabildos abiertos socioambientales y los comités de seguimiento y acreditación de los acuerdos suscritos. Este último opera solamente en la fase de cierre de proyectos.

Las audiencias públicas socioambientales son escenarios informativos y de intercambio de opiniones entre las autoridades públicas, las empresas que piensan desarrollar o desarrollan proyectos y los diferentes sectores de la ciudadanía, organizada o no. Deben ser convocadas por la autoridad competente cuando existe una solicitud de exploración de los recursos en un territorio determinado. En ellas, las autoridades públicas y las empresas, previa entrega de la correspondiente información, exponen las características de los proyectos, sus impactos y los planes para enfrentarlos. Por su parte, los demás participantes formulan sus puntos de vista e intercambian opiniones sobre la conveniencia o inconveniencia del proyecto, sin que se llegue a una decisión al respecto. Los resultados de la audiencia deben quedar recogidos en un acta que debe ser notificada a la comunidad por la autoridad minera o de hidrocarburos en un plazo determinado. La autoridad competente deberá también notificar a los Concejos Municipales o a la Asamblea Departamental, según la cobertura del proyecto, para que convoquen el respectivo Cabildo Abierto Socioambiental.

La realización de los cabildos abiertos es de obligatorio cumplimiento. Estos se desarrollan en tres sesiones: una informativa, una deliberativa y una decisoria. El proyecto detalla el orden de intervención de los participantes y señala que la decisión debe tomarse mediante consenso mayoritario (65%, como mínimo, de los asistentes). Las Agencias de Minería o de Hidrocarburos, según el caso, deben expedir un acto administrativo sobre la decisión tomada acerca de la conveniencia o inconveniencia del proyecto. En este último caso, la decisión tiene una vigencia de cinco años. La autoridad nacional deberá acogerse a esta decisión para otorgar títulos mineros o firmar contratos de hidrocarburos, en caso afirmativo, o para negarlos, en caso de que la comunidad se haya pronunciado en contra del proyecto.

Las audiencias públicas en la fase de explotación son dispositivos de rendición de cuentas y de seguimiento. Deben ser realizadas con anterioridad al inicio de cada fase de la explotación o cada tres años. Como las otras, son escenarios abiertos a la ciudadanía y deben estar basadas en la entrega previa de información para que los asistentes cuenten con los elementos necesarios para intervenir en ellas y realizar sus respectivas sugerencias. No son vinculantes. Las actas deben ser notificadas a los asistentes

mediante acto administrativo de la Agencia Respectiva. En la fase de cierre, debe ser realizado un Cabildo Abierto, preparatorio de esa fase, con el fin de revisar los impactos ambientales, asegurar que los responsables den cumplimiento a las medidas de corrección, compensación o reparación ambiental y llegar a acuerdos tripartitos sobre la ejecución de esas medidas. La realización de este cabildo es requisito para el cierre del proyecto.

El tercer dispositivo es el Comité de Seguimiento y Acreditación de los acuerdos suscritos entre la población afectada, el Estado y las empresas responsables del proyecto de explotación. Es un Comité conformado por representantes de los tres sectores (Estado, empresas y ciudadanía), cuya función es dar seguimiento a las medidas ambientales, deliberar sobre su cumplimiento, negociar la correcta implementación y acreditar el cumplimiento de su ejecución. Este comité deberá suscribir un acuerdo participativo sobre la satisfacción con el cumplimiento de las medidas ambientales y la conveniencia del cierre del proyecto.

Este proyecto invierte por completo la carga de la decisión, la cual queda en manos de las comunidades locales. Las autoridades nacionales simplemente deben notificar las decisiones tomadas y tenerlas como criterio para la aprobación de los proyectos en el territorio. Teniendo en cuenta que las decisiones sobre exploración y explotación del subsuelo surgen de los cabildos abiertos mediante consensos mayoritarios, este proyecto tampoco se acoge a la idea de construcción de acuerdos como mecanismo para dar vía libre o para rechazar los proyectos. Es la comunidad la que toma la decisión a través de los dispositivos creados. Los únicos acuerdos a los que se hace referencia tienen que ver con la fase de cierre de proyectos, a través de las decisiones del Comité tripartito de seguimiento y acreditación.

El proyecto fue retirado a los pocos días de haber sido radicado en el Congreso, a la espera de que el gobierno perfilara con mayor claridad su postura frente al sector extractivo.



Nota Final

Una lectura de conjunto de las propuestas analizadas permite concluir que ninguna se aproxima a lo establecido por la Corte Constitucional en su Sentencia de Unificación. En lo que respecta a la aplicación de los principios de coordinación y concurrencia, ni la propuesta del gobierno ni el proyecto de ley presentado por los parlamentarios de la coalición de gobierno se acerca a la idea de construcción de acuerdos, que es la esencia de la jurisprudencia de la Corte. En ninguna de ellas es explícita la intención de que haya concertación entre el gobierno nacional y las entidades territoriales. Por el contrario, todo apunta a que sea el gobierno nacional quien siga controlando las decisiones, relegando a las autoridades territoriales a una condición de subordinación en la decisión final. Esa premisa es mucho más evidente en el proyecto de ley de los parlamentarios, hasta el punto de que los ponentes a primer debate sugirieron archivarla por contener evidentes vicios de inconstitucionalidad.

En lo que respecta a la participación ciudadana, es claro el contraste entre la idea que manejaban la propuesta del Ministerio de Minas y el proyecto de ley de los parlamentarios de la coalición, y la que inspiraba el proyecto de ley del Representante a la Cámara por el Pacto Histórico. En el primer caso, la participación se limitaba a procesos consultivos en audiencias públicas, que además nada tenían que ver con la aprobación o no del proyecto extractivo, sino con los beneficios que la comunidad debería recibir por su ejecución (los "asuntos prioritarios de desarrollo territorial). En otras palabras, esas fórmulas proponían más de lo mismo.

Por su parte, el proyecto del Representante Parrado Durán invertía los papeles: sería la comunidad la que decidiría si se podrían adelantar las actividades de exploración y explotación del subsuelo o no, mientras a las autoridades nacionales se les asigna la función de notificar la decisión tomada por los actores locales y tenerla como criterio determinante para conceder los títulos y contratos de explotación de los RNNR.

Aunque este último proyecto entrega a las comunidades locales el poder de decisión (entendido como un consenso mayoritario del 65% de los asistentes a un cabildo abierto), lo que de alguna manera pretende interpretar el espíritu de la Sentencia de la Corte, deja sin embargo por fuera la idea de construcción de acuerdos a partir de procesos de diálogo multiactor. El proyecto solamente habla de acuerdos tripartitos en el seno del Comité de Seguimiento y Acreditación, creado para el seguimiento a los compromisos ambientales a cargo de la empresa, requisito previo a la autorización de cierre del proyecto.

Ninguna de las propuestas hace referencia, por ejemplo, a la figura de las “Alianzas para la Prosperidad”, creadas por la ley 1757 de 2015, ley estatutaria de participación ciudadana. Según el artículo 105 de dicha ley, “en los municipios donde se desarrollen proyectos de gran impacto social y ambiental producto de actividades de explotación minero energética, se podrán crear a nivel municipal Alianzas para la Prosperidad como instancias de dialogo entre la ciudadanía, especialmente las comunidades de áreas de influencia, la administración municipal, el Gobierno Nacional y las empresas que desarrollen proyectos con el fin de concertar y hacer seguimiento al manejo de dichos impactos”.

Las Alianzas –mecanismo que aún no ha sido reglamentado- operan en municipios donde se desarrollan proyectos extractivos, y esa es su limitación, pues no fueron concebidas para asegurar la construcción de acuerdos sobre el otorgamiento de títulos o contratos de exploración y explotación, ni para la toma de decisiones en otros momentos de la ejecución de los proyectos. Pero recogen el espíritu de la Sentencia de la Corte, sobre todo en materia de participación ciudadana. Este puede ser un buen punto de partida para la formulación de una ley de coordinación y concurrencia que parta de una premisa de equilibrio entre los actores y evite las asimetrías que dejan entrever las propuestas analizadas. La idea-fuerza debe ser la de construcción de acuerdos sobre asignación de áreas, en los que participen no solo las autoridades públicas, sino también la población y sus líderes y organizaciones. La tarea sigue pendiente, pero debe ser realizada en el corto plazo.

¿Qué elementos mínimos debería contener la Ley de Coordinación y Concurrencia? Aunque tales elementos deben surgir de un ejercicio de diálogo multiactor, cabe sugerir algunas ideas iniciales para animar la discusión. La ley debe, en primer lugar, tener como referentes por lo menos tres insumos, del todo indispensables para su diseño: de un lado, el Acuerdo de Escazú, especialmente en lo relacionado con la dimensión ambiental en la asignación de áreas para la explotación de RNNR. De otro, la ley 1757 de 2015, de participación ciudadana, que establece los parámetros sociales e institucionales para el ejercicio de ese derecho fundamental. Por último, la política pública de transición energética, en este momento en elaboración por parte del gobierno nacional. Esa política debe orientar la definición de los énfasis en materia de explotación minera y de hidrocarburos y las directrices relacionadas con la extracción de minerales para la transición.

Un segundo componente de la ley tiene que ver con el enunciado de definiciones y principios que la orientan, especialmente en lo que respecta al ejercicio de una participación ciudadana incluyente y efectiva, a la promoción del diálogo multiactor y la construcción de acuerdos mediante protocolos de concertación entre las partes.

Una parte fundamental de la ley hace relación con la concertación entre autoridades nacionales y territoriales, en aplicación de los principios de coordinación y concurrencia. Este es uno de los temas que las iniciativas analizadas no lograron entender. El gobierno nacional debe aceptar que se trata de construir acuerdos y no de imponer decisiones. Y la ley debe reflejar ese principio de concertación entre pares, no entre niveles de gobierno jerarquizados. El protocolo de concertación debe ser claro, preciso y dotado de altos niveles de transparencia. En consecuencia, la concertación debe basarse en información pertinente

y compartida por las partes, incluida la ciudadanía. Esta debe tener un lugar para expresar sus propuestas y argumentos y una voz para la toma final de las decisiones. De otra parte, la concertación debe incluir la posibilidad de no explotar los recursos naturales del subsuelo y dejarlos enterrados, si ello contribuye a reducir los impactos sociales y ambientales derivados de su explotación. Por último, en caso de no existir acuerdo entre las partes, será un tercero neutral el que dirima las diferencias y tome la decisión final o funja como amigable componedor para llegar al acuerdo. En ningún caso, el gobierno nacional o las autoridades territoriales podrán tomar la decisión unilateralmente.

En lo que respecta a la participación ciudadana, esta debe ser efectiva, es decir, debe ser diseñada de tal forma que permita a las comunidades interesadas incidir de modo real en la decisión final. Esto quiere decir que sus propuestas sean consideradas por las autoridades públicas, sea para acogerlas o para rechazarlas. En ambos casos, deberán quedar claras razones por las cuales dichas autoridades las tuvieron en cuenta o no. En todo caso, la participación no puede ser simplemente una socialización de decisiones o una consulta sin efectos. De otra parte, dicha participación debe basarse en información oportuna, pertinente, confiable y accesible, como lo señalan el Acuerdo de Escazú y la Ley de transparencia y acceso a la información pública. El dispositivo de participación debe incluir mecanismos de diálogo social incluyente y formas de llegar a acuerdos que influyan en la decisión final.

Un último aspecto que debe contemplar la Ley de Coordinación y Concurrencia se refiere a las condiciones y garantías para que la ley sea conocida, apropiada por todos los actores y aplicada con rigor. La norma debe definir las condiciones institucionales para su ejecución adecuada (recursos económicos, oferta de información, capacidad de convocatoria, facilitación del diálogo y la participación, creación de un clima social y político favorable), así como los procedimientos para la habilitación de todos los actores para el diálogo, la concertación y la participación ciudadana. Y debe establecer los dispositivos de pedagogía ciudadana para socializar sus contenidos y asegurar una amplia participación de la ciudadanía.

A estos elementos básicos pueden sumarse otros que sean considerados como necesarios para contar con una Ley de Concurrencia y Coordinación robusta y al servicio de los intereses colectivos. En cualquier caso, el actual gobierno debe trabajar arduamente para recoger la sugerencia de la Corte Constitucional de tener aprobada la norma en el lapso más breve posible.

Referencias bibliográficas

- Corte Constitucional (2018). Sentencia de Unificación SU95 de 2018. Bogotá.
- Dejusticia (2018). Solicitud de nulidad interpuesta contra la sentencia SU-095 de 2018. Bogotá.
- Martínez, Mario, Puertas, Angélica y Velásquez, Fabio (2022). Diversificación productiva, Cambio climático y Gobernanza del sector extractivo. 75 propuestas para una agenda de transición en Colombia. Bogotá: Foro Nacional por Colombia y Foro Capítulo Región Central.
- Congreso de la República (2020). Gaceta del Congreso. N° 1482. Bogotá.
- Congreso de la República (2022). Gaceta del Congreso. N° 856. Bogotá.
- Ministerio de Minas y Energía (2019). Marco Conceptual PL – Sentencia SU 95 de 2018. Bogotá (ppt).
- Velásquez, F. (2018). "Colombia: participación de las colectividades territoriales en la gestión del sector extractivo". Ponencia presentada en el Congreso de LASA. Barcelona, España.
- Velásquez, Fabio (2021). La participación ciudadana en el sector extractivo en Colombia. Bogotá: Dejusticia y Foro Nacional por Colombia. Documentos 64.

Este documento ha sido elaborado por Foro Nacional por Colombia, Capítulo Región Central, en el marco del proyecto: Plataforma Perú-Colombia para una Reactivación Sostenible - PLARS

Con el apoyo de:

