



Aproximación a los principios constitucionales de Estado unitario y participación democrática respecto a la realización de consultas populares referidas a la exploración y explotación de recursos naturales

Estudiante

Daniela Naranjo Alzate

Especialista en derecho administrativo

Director

Enán Arrieta Burgos

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Magíster en Derecho

Maestría en Derecho. Modalidad en Profundización

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2021

Declaración de originalidad**Fecha:5 de febrero de 2021****Nombre del estudiante: Daniela Naranjo Alzate**

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante

Aproximación a los principios constitucionales de Estado unitario y participación democrática respecto a la realización de consultas populares referidas a la exploración y explotación de recursos naturales

Resumen. En el marco de los procesos de extracción minera, los conflictos sociales son una constante. Hasta la Sentencia SU-095 de 2018, algunas entidades territoriales realizaban consultas populares para tomar decisiones que tuviesen en cuenta los intereses comunitarios. No obstante, con esta providencia, la Corte Constitucional prohibió la realización de este mecanismo de participación democrática. Dicho lo anterior, el objetivo de este trabajo es, abordar desde una óptica crítica la Sentencia SU-095 de 2018, revisar e interpretar el principio de participación y el principio de Estado unitario a partir del paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo y la técnica de revisión documental; para establecer, a la luz de la teoría de los principios, su ámbito de aplicación efectiva.

Palabras claves: consulta popular, entidad territorial, participación, recursos naturales, Estado unitario.

Contenido

Introducción	5
1. Principio de participación y principio de Estado unitario	6
2. Los principios de participación y Estado unitario en el marco de la actividad minera	12
3. Consideraciones críticas en torno a la Sentencia SU-095 de 2018 a partir de la teoría de los principios	20
Conclusiones	31
Referencias	33

Introducción

La consulta popular es un mecanismo de participación democrática que desarrolla una variedad de derechos fundamentales. En la extracción minera, funciona para conocer la percepción de la ciudadanía frente a esta actividad. Esta consulta se concreta con los entes territoriales, en aras de respetar la decisión del pueblo.

La competencia para que las entidades territoriales realicen la consulta popular depende del ordenamiento territorial vigente, esto es, de políticas públicas territoriales que contribuyen a perfeccionarla. En este sentido, las sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016 y T-445 de 2016 de la Corte Constitucional, así como los planes de ordenamiento territorial (POT), ayudan a tener comprensión en materia de exploración o explotación minera, tal y como se constata en el artículo 311 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

No obstante, a partir de la sentencia SU-095 de 2018 de la Corte Constitucional, el panorama cambió radicalmente. El Tribunal Constitucional, con base en el artículo 332 de la Constitución, explica que las entidades territoriales están imposibilitadas para gestionar la consulta popular en temas de exploración o explotación minera. Las consideraciones de esta sentencia denotan la ausencia real de regulación normativa que garantice el derecho fundamental de la participación y también presentan, a juicio personal, una deficiencia en la ponderación de los principios constitucionales relevantes.

Dicho lo anterior, la pertinencia y novedad de este trabajo de investigación radican en indicar la viabilidad de conservar la participación mediante las decisiones de entes territoriales, en pro de la conservación del medio ambiente como derecho fundamental. Por tanto, se busca resaltar la importancia y el respeto de estos entes por la toma de decisiones que, en principio, les competen.

En este orden de ideas, el acercamiento a los principios de participación democrática y de Estado unitario posibilita realizar un ejercicio de ponderación e interpretar la asertividad o no de la prohibición que, con la sentencia SU-095 de 2018, impide a los entes territoriales desarrollar un proceso de consulta popular con referencia a la exploración y explotación minera. Por consiguiente, la pregunta que guía esta investigación es la siguiente: ¿cómo deben interpretarse y ponderarse, a la luz de la teoría de los principios, los principios de participación democrática y Estado unitario frente a la competencia de los entes territoriales para desarrollar consultas populares sobre la exploración y explotación minera en sus territorios?

Para resolver este interrogante, primero, se identificó la naturaleza y características de cada principio; segundo, se describió el alcance de la prohibición a los entes territoriales establecida en el marco de la Sentencia SU-095 de 2018 y, por último, se propuso una evaluación crítica de esta providencia a partir de la teoría de los principios.

En términos metodológicos, se asumió el paradigma interpretativo y se empleó el método hermenéutico, como principales referentes de la investigación. Al asumir las relaciones entre la hermenéutica y los estudios jurídicos (Grondin, 2006), este artículo pretende determinar los límites de sentido de las fuentes normativas relevantes para resolver el problema de investigación. También se utilizó la técnica de investigación documental para rastrear los pronunciamientos judiciales y la literatura jurídica especializada de interés. En consecuencia, este ejercicio se concreta en una propuesta analítica de dogmática constitucional (Cortis, 2006; Guastini, 1999).

1. Principio de participación y principio de Estado unitario

La noción de *principio* fue incluida en el artículo 230 de la Constitución Política, entendido como un criterio auxiliar, ante lo cual los jueces en sus providencias no

tenían la obligatoriedad de acatarlo. Con el neoconstitucionalismo del mundo jurídico, el significado y aplicabilidad del concepto de *principio* han tenido una metamorfosis.

En la actualidad, la Corte Constitucional define los principios como aquellos parámetros normativos que representan prescripciones jurídicas que definen el campo de aplicación axiológico y político, con lo cual son normas de aplicación inmediata (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992). El Tribunal Constitucional también ha señalado que, en nuestro modelo de Estado, es posible que algunos contenidos deónticos asuman una triple dimensión (valores, derechos y principios), y, en el caso de los principios, estos imponen límites a las potestades, de configuración normativa (Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2019).

Hasta la fecha, si bien no hay una definición unívoca del concepto de *principio*, su mayor fundamento parte del pospositivismo, con base en las teorías antiformalistas, que consideraban que el sistema de fuentes basado en reglas resulta insuficiente (Dworkin, 2013). En este sentido, los principios son mandatos fundamentales de carácter general, con espacio jurídico protegido y definido, y asociados con los valores que sirven de base al momento de resolver conflictos jurídicos, así como fuentes primarias de las normas y garantías en favor de los derechos (Navarro, 1998).

Entre las definiciones teóricas más prácticas del concepto se encuentra la de Alexy (1993), para quien los principios son mandatos de optimización, caracterizados por su cumplimiento en variados grados, y dependientes de las posibilidades fácticas y jurídicas. De acuerdo con lo planteado por Alexy (1993), los principios se conciben como disputas antinómicas, es decir, solo son visibles cuando se aplican en oposición de otros principios o reglas a las que le subyacen principios.

Ahora bien, en cuanto al principio de participación, sus orígenes se vislumbran en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en sus artículos 21.1 y 21.3 (Naciones Unidas, 2015). En el primer artículo en mención se observa un principio participativo delegado, y, en el segundo, una participación social de manera propia. En tal sentido, el principio de participación se desarrolla ampliamente en los pactos internacionales de derechos, que son de obligatorio acatamiento, y que indican, en síntesis, que “Todas las personas tienen derecho a la libre determinación como parte de la dignidad humana básica” (FAO, 2016, p. 14).

Dicho lo anterior, el principio de participación presenta variadas definiciones, y se entiende como un derecho fundamental que permite la deliberación social de manera consciente y responsable en los asuntos públicos y privados. Además, busca mantener cargas igualitarias, al tiempo que hace visible el pluralismo y el desarrollo primordial de los fines del Estado. En tal sentido, la participación en los canales institucionales se da solo en dos vías: directa (accionar del ciudadano; por ejemplo, protesta social) e indirecta (sufragio) (Molina y Pérez, 1995).

Sumado a esto, al principio de participación le corresponde una naturaleza de universalidad y de expansión. Por un lado, con referencia a la universalidad, los mecanismos de participación no se reducen a los señalados en las leyes estatutarias, sino que propenden a considerar otros aspectos que involucren a la ciudadanía y que puedan desarrollar el principio en sentido estricto. Precisamente, la Corte Constitucional añadió que este principio es universal porque está comprometido con varios escenarios, procesos y lugares, públicos o privados. Asimismo, resalta que está centrado en la persona, comunidad y Estado. Por otro lado, también es expansivo porque no ignora el conflicto social, sino que lo encamina por la vía del respeto y reivindicación de la democracia política y social en el marco de un Estado pluralista (Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994).

Concretamente, según la Sentencia C-150 de 2015 del Tribunal Constitucional, el principio de participación se desarrolla, entre otras formas, mediante los diferentes mecanismos de participación. Por lo tanto, el Estado tiene el deber de promoverlos para un verdadero desarrollo del principio a partir de la representación y las decisiones que afecten a los ciudadanos. Así, en el ámbito práctico de este principio, la Ley 134 de 1994 consagra algunos mecanismos, entre los que se encuentra la consulta popular, que se desarrollan dentro de un Estado Social de Derecho y convalidan el “(...) fortalecimiento y la profundización de la democracia participativa como designio inequívoco de la Asamblea Nacional Constituyente” (Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, p. 51).

En cuanto a la extracción minera y proyectos de minería que afectan los recursos naturales no renovables, existen mandatos para garantizar la participación democrática, solo en el caso de comunidades indígenas y tribales. Uno de ellos es la consulta previa, que tiene fundamento en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de 1989 de la OIT y en el Decreto 1320 de 1998. Por lo tanto, obviar este mecanismo vulnera los derechos fundamentales y no descarta la posibilidad de que las comunidades afectadas puedan acudir a la acción de tutela (Ortiz, 2014).

Pasando ahora al principio de Estado unitario, su naturaleza reside en dar soporte en su totalidad a los elementos indispensables del Estado, de modo que todas las autoridades se sometan a este en cuanto a las leyes, la Constitución y demás normas vigentes. En tal sentido, el artículo 1 de la Constitución Política señala que Colombia se organiza como república unitaria, el cual es uno de los elementos que la Corte Constitucional ha considerado como una cláusula pétrea, es decir, que no puede ser sustituida por el Congreso de la República a través de un acto legislativo (Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2013).

Desde el punto de vista semántico, como es evidente, la palabra “Estado” es pletórica de poder. Por tanto, se habla de soberanía, que a su vez confirma la

supremacía del Estado sobre la existencia de otras instituciones. Esta facultad que se les atribuye a las Constituciones es la misma que se otorga a lo que Sieyès (1945) denominó “poder superior”, el cual es el poder constituyente que radica en la nación. Así, los discursos en relación con la palabra “Estado” son consecuencia directa de aceptar su existencia gracias a la voluntad común y, por tanto, su límite está dado por “normas, razón y no por hombres” (Zuluaga, 2016, p. 16).

El papel del Estado conserva variedad de conexidades (desde la teoría liberal clásica), que indican que el poder constituyente no solo se observa en la nación-pueblo, sino también como persona designada (presidente). Así que su única particularidad es el transpersonalismo político que resume la hipertrofia del Estado totalitario: “Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, todo para el Estado” (Ortega y Gasset, 1987, p. 225).

Ahora bien, no debe perderse de vista la concepción teleológica del Estado, que en Colombia denota tanto la centralización como la concepción de entes territoriales. Por ello, es menester sostener que las manifestaciones de una u otra estructura orgánica del Estado conforman decisiones válidas y respetables en la Constitución. Así lo estableció la radicación 11001-03-15-000-2017-02389-01 del Consejo de Estado (2018), al expresar que en la palabra “Estado”, en lo ontológico, se incluyen todas las autoridades públicas, los ciudadanos y entidades territoriales, con lo cual uno de los propósitos del constituyente con esta palabra era evitar la centralización nacional de los recursos que provienen de la explotación del subsuelo (Consejo de Estado, Radicación 11001-03-15-000-2017-02389-01 de 2018). En el ámbito constitucional, en la jurisprudencia sobre el principio de Estado unitario, la sentencia C-837 de 2001 describe que “La naturaleza del Estado unitario presume la centralización política y la administración de justicia común” (p. 67).

Por otra parte, es preciso enunciar que el Estado unitario —en desarrollo de los presupuestos del artículo 1 de la Constitución Política, y en aras de cumplir los fines

que lo determinan— requiere de un sistema de descentralización y de desconcentración, que siempre deben estar en consideración de la unidad y de interés general.

Por un lado, la *descentralización* de entes territoriales se considera como “el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2001, p. 1).

Bajo este propósito, el Estado unitario, si bien les atribuye autonomía, esta puede ser limitada, como se ha reiterado en variedad de ocasiones por la Corte, pero siempre en consideración de la proporcionalidad, utilidad y necesidad, máxime cuando existe un interés nacional de superior entidad (Corte Constitucional, Sentencia C-402 de 2003).

Por otro lado, la *desconcentración* se define como el otorgar funciones a sedes externas que, a su vez, están subordinadas a la entidad que les entrega la gestión, y que, por regla general, es de carácter transitorio (Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2001). Esta tiene como consecuencia restringir toda autonomía de quienes desarrollan la función, lo que conlleva estar siempre bajo el poder central.

Cabe mencionar que la consideración estatal netamente centralista fue abolida. Sin embargo, existen sesgos bajo prerrogativas estatales que la reviven. El centralismo moldea una conformación única de poder, sin distinciones ni preocupación por su disolución, y, según Máxima (2020), se circunscribe bajo modelos de poder más autoritarios y menos justos, que deciden a larga distancia lo que debería ser beneficioso para los ciudadanos de un lugar específico. Esto desconecta al poder de lo que viven cotidianamente las personas.

Lo anterior especifica que implementar un ordenamiento territorial enfocado en presupuestos unitarios y al mismo tiempo descentralizados arguye que el municipio, como entidad fundamental, posea atribuciones que permitan su pleno desarrollo, dado que la normatividad y las decisiones centrales no pueden reducir la participación del ente territorial a simplemente ser nominal o formal. Además, la entidad central, como fundamento y sostenimiento del mismo ordenamiento territorial en aras de no restringir funciones y competencias, puede acceder a la subsidiariedad, concurrencia y coordinación, que son principios estatuidos constitucionalmente en el artículo 288. No obstante, tales principios suponen un desarrollo complejo en la práctica.

En consideración de lo anterior, es necesario establecer que la autonomía de las entidades territoriales descentralizadas y el Estado unitario constituyen *per se* límites uno del otro, puesto que no fue considerable que el Congreso excediera su competencia para reformar la Constitución, y que, a través de un acto legislativo, subvirtiera el régimen de autonomía de las entidades territoriales, al punto de que modificó la mencionada conformación institucional. Ello se orienta hacia el resquebrajamiento del grado de autonomía, conformándose un Estado unitario de carácter netamente centralista, o bien hacia una sustitución constitucional que elimine el principio de Estado unitario y prefiera una fórmula federal (Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2013).

2. Los principios de participación y Estado unitario en el marco de la actividad minera

El desarrollo minero tomó partida en la época colonial. A partir de allí, en Colombia se ha producido una cantidad de normas para formalizar la actividad y evitar que se realice de manera ilegal. Desde la formalización minera, la realidad colombiana ha presentado diversos tipos como la pequeña minería, la tradicional, la de subsistencia y la formal, que solo se reconocieron con el Decreto 1666 de 2016. No

obstante, la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) no dio lugar a tal clasificación, y en su funcionamiento solo la minería formal ha sido la operante y aceptada en su práctica.

Con respecto a lo anterior, en Colombia, para explotar recursos naturales —renovables o no— se necesita, entre otros requisitos, contar con un título minero, entre los cuales se encuentran algunas licencias que expone el Decreto 2655 de 1988 en su artículo 7. Aunque en el actual Código de Minas se redujeron los títulos mineros al contrato de concesión y a las autorizaciones temporales, lo cual posibilita solo el aval a inversiones extranjeras.

Dicho lo anterior, se parte entonces de la necesidad primaria de contar con la licencia de exploración que, según las áreas a estudiar, se otorga desde uno hasta cinco años (prorrogables). Entre las variadas obligaciones para obtener dicha licencia se encuentran tener clara la existencia de yacimientos de minerales, contar con un informe de exploración y tener un plan de trabajo (Ortiz, 2014).

A partir de los requisitos expuestos someramente, para la adquisición de títulos mineros surge la necesidad de otorgar de forma obligatoria una licencia ambiental. La expedición de estas licencias requiere un procedimiento que involucra a la sociedad mediante la audiencia pública ambiental (Decreto 330, 2007), con la cual se da a conocer a la comunidad el proyecto minero. Esta audiencia suele considerarse un mecanismo participativo, pese a que allí no se pueden tomar decisiones.

Ahora bien, ante la urgencia de proteger el medio ambiente, es menester resaltar que, en la actualidad, es evidente en la práctica —incluso en el ámbito económico— que “los proyectos mineros generalmente imponen sus condiciones por sobre las regulaciones ambientales y de ordenamiento territorial municipal” (Henao y González, 2016, p. 79). Esto se da teniendo presente que el beneficio en la

normativa nacional predica el resaltar la extracción de las agencias multinacionales, y les impone menos cargas tributarias como, por ejemplo, la exención de pago del tributo de industria y comercio, lo cual genera detrimento de las finanzas municipales y la sustitución de las regalías por esos tributos que se han anulado en su carga. Así pues, el supuesto aumento per cápita que otorga la extracción minera solo produce desarrollo a primera mano, pero no crecimiento (Rudas y Espitia, 2013). Esta problemática se consolida a partir de la perspectiva de que el derecho minero no debe propender a analizarse desde un margen regulatorio estricto, sino fundamentarse, entre otros, en principios como el de participación.

Así pues, en la Constitución Política de 1991 se le ha dado una importante relevancia a la protección de recursos naturales, renovables o no, lo cual es producto de la evolución de este tema durante periodos históricos en los que el subsuelo a explotar pertenecía a la Corona, luego a los Estados soberanos hasta recalar en la República (Ortiz, 2014). Ahora bien, con la expedición de la Carta Magna de 1991, se declara que “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (...)” (Const., 1991, art. 332). Esta disposición debe concordar con otros presupuestos constitucionales, que refieren las competencias del concejo municipal y a las atribuciones directas de los alcaldes de las diferentes entidades territoriales (arts. 311 y 313). Lo anterior se materializa en el POT, entendido como un mecanismo de coordinación entre entidades territoriales y nacionales, puesto que allí convergen las consideraciones del uso del suelo (Consejo de Estado, Radicación 11001-03-15-000-2018-01946-01(AC) 2018-02067-01 de 2019).

El entendimiento aislado de la regulación minera y del concepto de *Estado unitario*, al margen del principio de participación y de la protección constitucional del medio ambiente, reproduce interpretaciones y conceptualizaciones desacertadas sobre la extracción de los recursos naturales.

De otra parte, el impulso de la participación democrática en el marco de la actividad minera se constata en la consulta directa a las entidades que se verán afectadas. En este sentido, el mecanismo desplegado en Colombia a lo largo del tiempo había sido la consulta popular a las comunidades involucradas y la consulta previa a comunidades étnicas. Si bien ya se ha evidenciado el carácter fundamental de este mecanismo a partir de presupuestos participativos, su desarrollo como indispensable se atañe a la sentencia C-180 de 1994 de la Corte Constitucional, la cual estatuyó que, mediante la consulta popular, el gobernante puede acudir ante el pueblo para tomar una decisión luego de conocer y percibir sus expectativas¹.

De hecho, en su versión original, el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 ampliaba el ámbito perentorio de las consultas populares, y dispuso que era necesario realizar una consulta popular cuando el desarrollo de proyectos turísticos, mineros, entre otros, diera pie a cambios significativos en el uso del suelo que tuviesen incidencia en la transformación de las actividades típicas de un municipio. En este sentido, el responsable era cada ente territorial. No obstante, el mismo artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-053 de 2019².

¹ En el plano internacional, actualmente, existe el Acuerdo de Escazú, que tiene preponderancia en cuanto a fundamentar métodos de participación pública ambiental, acceso a la información ambiental y a la justicia en asuntos de esta índole (CEPAL, 2018). Hasta la fecha, solo veintitrés países están suscritos, algunos de Latinoamérica, incluida Colombia. En el país, este acuerdo transita por el Congreso de la República para su ratificación. Así, aunque el Proyecto legislativo 057 Senado de 2020 (“por medio de la cual se aprueba el *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, adoptado en Escazú, Costa Rica”) es de iniciativa gubernamental, parece que resulta desfavorable en el legislativo. Habiéndose presentado en julio de 2020, el Acuerdo de Escazú no ha sido sometido a debate y cuenta con concepto negativo para el primer debate. Cabe destacar que países como Bolivia y Uruguay ratificaron dicho acuerdo con sus cuerpos legislativos, y ya han desarrollado métodos de participación y acceso, basados en la realización de consultas, en conexidad con la práctica de audiencias ambientales.

² El Alto Tribunal estimó que dicha disposición, consagrada en una ley ordinaria, debía ser establecida en una ley orgánica. Adicionalmente, a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 desconocía el principio de autonomía territorial, en tanto que, de conformidad con el literal c) del artículo 31 de la Ley 1757 de 2015, la consulta popular en el ámbito territorial es de carácter optativo para los entes territoriales.

Precisamente, con el aval constitucional y normativo base en el principio de participación, en el año 2013 inició la primera consulta popular en el municipio de Piedras (Tolima), denominada “Dejemos el petróleo y el gas en tierra”. Con ella se pretendía establecer si procedía o no la extracción minera en este territorio. Luego, en el 2014, 2017 y 2018 se realizaron más consultas populares en algunos departamentos del país. En total, han sido realizadas diez consultas populares (Muñoz y Peña, 2019), evidenciándose un declive de este mecanismo a partir de la sentencia SU-095 de 2018 de la Corte Constitucional, que frena de manera irrevocable su desarrollo de cara a los proyectos de extracción minera.

Ahora bien, la sentencia SU-095 de 2018 surgió con ocasión de una tutela interpuesta por la Mansarovar Energy Colombia Ltda. contra la decisión del 7 de marzo de 2017 del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, que ratificó, con base en el artículo 288 de la Constitución y la autonomía de las entidades territoriales, que la pregunta objeto de consulta popular era constitucional. Por lo tanto, los argumentos de la tutela por parte del accionante fundamentaron que el tribunal incurrió en vía de hecho y violación del debido proceso, con lo cual era inconstitucional la realización de la consulta popular por falta de competencia del ente territorial para decidir sobre la extracción de recursos del subsuelo, con respecto a las competencias designadas constitucional y legalmente a la nación.

Además, en sede del proceso de tutela, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante decisión del 30 de mayo de 2017, indicó que el Tribunal Administrativo del Meta no había incurrido en un defecto sustantivo, porque, según los artículos 1, 105 y 287 de la Constitución Política, los municipios estaban facultados para adelantar la consulta popular (Consejo de Estado, Radicación 11001-03-15-000-2017-02516-00 de 2017). El Consejo de Estado consideró que era obligación del alcalde propiciar un escenario democrático en el que informara íntegramente las ventajas y desventajas del desarrollo de actividades de hidrocarburos, para que luego la población realizara una votación consciente e informada.

El accionante y entidades como el Ministerio de Minas y Energía impugnaron la sentencia, y reiteraron los siguientes argumentos: ausencia de aplicabilidad del principio de coordinación y concertación entre Nación y entidad territorial; ausencia de estudio de incidencia de análisis fiscal, e incumplimiento de requisitos censales. Esta impugnación fue resuelta por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que confirmó la decisión y estimó no vulnerados los derechos fundamentales alegados por el accionante.

La sentencia de tutela fue objeto de revisión de la Sala Plena del Alto Tribunal Constitucional, que consideró, en esencia, que los recursos naturales pertenecen y están en cabeza del Estado. Por tanto, según este postulado, se propende a la defensa del interés general y la utilidad pública. Además, se aduce que las decisiones del Consejo de Estado y del Tribunal contenían yerros en cuanto a no considerar la normativa constitucional sobre el uso del subsuelo, como son los principios constitucionales en relación con el ordenamiento territorial.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-095 de 2018³, dilucidó los siguientes puntos álgidos a manera de conclusión, en relación con la realización de la consulta popular:

Primero, esta es focalizada y limitada, porque no permite discusiones amplias, sistemáticas e integrales sobre un tema complejo, en este caso, la exploración y explotación de minerales e hidrocarburos. A juicio del Tribunal Constitucional, el problema radica en el tipo de respuesta, “sí” y “no”. En este sentido, la decisión alrededor de la actividad minera no es binaria.

³ La sentencia SU-095 de 2018 fue emitida con aclaración de voto y salvamento de voto por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Alberto Rojas Ríos, quienes enfocaron sus argumentos en los límites y retrocesos de la participación democrática. Este último especificó que, con esta providencia, la Corte Constitucional “establece espacios vedados de control ciudadano en la gestión de los recursos naturales y cercena drásticamente la autonomía territorial mientras robustece el Estado central” (Corte Constitucional, Expediente T 6298958 de 2018, p. 4).

Segundo, la competencia en estos temas no es exclusiva de los entes territoriales, por cuanto se involucran competencias de la Nación respecto del subsuelo. En tal sentido, en el ámbito territorial, la consulta popular “solo puede referirse a materias que se encuentran comprendidas por las competencias del respectivo nivel territorial” (Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 2018, p. 156). Además, en esta orientación, “en el territorio convergen actividades, por una parte, de uso del suelo y por otra la explotación del subsuelo, razón por la que en el concurren competencias tanto del nivel nacional como de las entidades territoriales” (Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 2018, p. 156).

En consecuencia, la Corte ordenó revocar las providencias expedidas por el Consejo de Estado y, a su vez, reconociendo los déficits de participación comunitaria en el ámbito minero, exhortó al Congreso de la República para que defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia de nación y territorio sobre este particular.

La Sentencia SU-095 de 2018 no fue, sin embargo, una decisión unánime del Tribunal Constitucional. De los nueve magistrados, dos se declararon impedidos, uno se ausentó en comisión administrativa, otro presentó un voto particular de salvamento y otro aclaró su posición. Esta mayoría precaria de cuatro votos a los que se suma un voto aclarado dejan serios interrogantes. Por ejemplo, en la aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, se ratificó la necesidad de implementar mecanismos idóneos, pues es latente la inexistencia de una fórmula precisa del principio de participación, por ser indispensable que los efectos de cada participación deben estar prescritos en la ley, y sin ello no habría posibilidad de aplicación concreta y precisa del principio participativo.

Por su parte, en su salvamento de voto, el magistrado Alberto Rojas Ríos expresó que, a su juicio, era claro que la consulta popular no debía entenderse como un

mecanismo binario, porque su trascendencia radica en valoraciones concretas de la realidad de un territorio. A juicio del magistrado disidente, la posición mayoritaria de la Corte implicaba el desconocimiento de la naturaleza de la consulta popular, dado que este mecanismo no necesariamente y de manera constante implica poder de veto. Así, se recordó la posición del Consejo de Estado que, al evaluar las competencias de los entes territoriales, ratificó las consultas populares y refirió que el mecanismo de coordinación ya se encuentra estipulado, y son los POT.

Por otra parte, la Sentencia SU-095 de 2018 fue objeto de diferentes solicitudes de nulidad a instancias de la Alcaldía de Cumaral y otros intervinientes. Los principales cuestionamientos en contra de esta sentencia giraron en torno a los siguientes puntos: (i) violación al precedente judicial, (ii) omisión de un asunto constitucional relevante, (iii) desconocimiento de la cosa juzgada constitucional e (iv) incongruencia en la parte considerativa y resolutive (Auto 281, 2019). A juicio de los peticionarios, antes de la sentencia en mención, la misma Corte Constitucional defendía la participación efectiva y eficaz para prohibir la minería, por su grado de afectación a la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2014). De igual forma, el Tribunal Constitucional había reconocido que no era factible extraer recursos mineros sin afectar la superficie (Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016). Incluso, en sede de tutela, la Corte Constitucional había referido la competencia de los entes territoriales para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente (Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 2016).

Adicionalmente, los peticionarios de la nulidad hicieron notar que la Sentencia SU-095 de 2018 se apartaba de los pronunciamientos reiterativos del Consejo de Estado, en especial de las sentencias emitidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en los procesos con radicados 2017-02389 y 2017-02516. Ambas providencias indican que (i) “el mecanismo de la consulta popular materializa el derecho de participación de los ciudadanos, quienes podrían verse afectados con la ejecución de proyectos y actividades mineras en su ámbito local” (Consejo de

Estado, Radicación 11001-03-15-000-2017-02389-01 de 2018, p. 25), y que (ii) “no es obligatorio o indispensable que entre la Nación y los entes territoriales se surta un proceso de concertación previo a la realización de una consulta popular en materia minero-energética” (Consejo de Estado, Radicación 11001-03-15-000-2017-02389-01 de 2018, p. 27).

Sin embargo, todas las solicitudes de nulidad fueron denegadas por la Corte Constitucional mediante el Auto 281 de 2019, que mantuvo en firme la sentencia SU-095 de 2018.

3. Consideraciones críticas en torno a la Sentencia SU-095 de 2018 a partir de la teoría de los principios

La sentencia SU-095 de 2018 puede ser cuestionada desde múltiples perspectivas, algunas de las cuales fueron esbozadas en las respectivas solicitudes de nulidad y votos particulares disidente o aclaratorio. No se trata de reiterar aquí estas críticas ni de añadir otras que, desde luego, pueden ser pertinentes⁴; sino de enfocarnos en el tratamiento que esta providencia le da a los principios de participación y Estado unitario como presupuestos materiales del *decisum*.

Así, aunque en la jurisprudencia constitucional es más común encontrar ejercicios de ponderación entre el principio de Estado unitario y el principio de autonomía territorial, para el caso que nos ocupa, por su especificidad, resulta más interesante analizar, desde la teoría de la ponderación, las tensiones que se presentan entre el principio de Estado unitario y el principio de participación democrática, de conformidad con la Sentencia SU-095 de 2018.

⁴ Por ejemplo, la Sentencia SU-095 de 2018 omite la consideración de que el artículo 18 de la Ley Estatutaria 1757 de 2015, al abordar las materias que no pueden ser objeto de consulta popular, no incluyó dentro de estas los asuntos mineros y de explotación de recursos naturales. En tal sentido, la ausencia de exclusión expresa puede interpretarse, *contrario sensu*, como una habilitación implícita de este mecanismo de participación ciudadana en relación con estas materias.

Ello, naturalmente, reconociendo que en asuntos tan complejos como este entran en juego múltiples principios que, en tensión con otros, convendría considerar. Por ejemplo, el principio de Estado unitario estaría acompañado de otros principios como lo son, entre otros, la prevalencia del interés general sobre el particular, el desarrollo económico, la libertad de empresa y la sostenibilidad fiscal, mientras que del lado del principio de participación democrática se encuentran, entre otros, los principios de autonomía territorial, protección del medio ambiente y autodeterminación.

A partir del objetivo planteado en el presente trabajo, solo se analizará la relación de oposición entre el principio de Estado unitario y el principio de participación, de cara a los mecanismos de toma de decisión en asuntos mineros. Esto porque, a juicio personal, mientras que la tensión entre los principios de Estado unitario y de autonomía territorial fue abordada explícitamente en la citada providencia, se considera que el Tribunal Constitucional soslayó valorar la colisión que se presenta específicamente con el principio de participación. Además, omitió el hecho de que el fundamento de la autonomía territorial es la participación ciudadana. Así, se considera que la etiología y esencia del conflicto en asuntos medioambientales radica hoy más en un ejercicio de ponderación de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales, y no tanto en el desarrollo orgánico del poder público.

En primer lugar, es preciso anotar que, en la Sentencia SU-095 de 2018, la Corte Constitucional le da al principio de Estado unitario el tratamiento de norma-regla. Cabe recordar que, de acuerdo con Alexy (2017), la diferencia entre una norma-regla y una norma-principio consiste en que:

Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones (...) Por el contrario, los principios son normas que

ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario (p. 350).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional asume a partir del “principio” de Estado unitario una prelación *a priori* e incondicionada del poder central. En tal sentido, la Sentencia SU-095 de 2018 no es coherente desde el punto de vista nomoárquico con el entendimiento del Estado unitario como principio, aunque use esta expresión. Más bien en esta providencia el Estado unitario implica un mandato absoluto o perentorio, que debe ser cumplido por todas las autoridades, sin que haya lugar a gradación alguna, como es connatural a los principios entendidos como mandatos de optimización (Alexy, 2017). Ello incluso a pesar de que en términos formales el Tribunal Constitucional reconoce las tensiones que existen entre el principio Estado unitario y el principio de autonomía territorial.

A juicio del Tribunal Constitucional, estas tensiones deben resolverse haciendo uso de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política, lo que, para el caso de la Sentencia SU-095 de 2018, se tradujo en la prohibición de consultas populares en el ámbito territorial en materia de explotación del subsuelo. Haciendo uso de esta tríada de conceptos (coordinación, concurrencia y subsidiariedad), el Tribunal Constitucional omitió ponderar el principio de participación y prefirió centrar la discusión en el problema del ordenamiento territorial.

Por otro lado, a partir de esta tríada conceptual, que más bien se usa como un principio de exclusión competencial, la Corte Constitucional impuso un veto a los

mecanismos de participación en el territorio, lo cual se compadece con el entendimiento del Estado unitario como regla. Además, la Corte olvidó lo que había señalado la radicación 11001-03-15-000-2017-02516-00 del Consejo de Estado (2017), acerca de que no era obligatorio que entre la Nación y los entes territoriales se surtiese un proceso de concertación previo a la realización de una consulta popular en materia minero-energética.

En segundo lugar, como consecuencia de asumir el Estado unitario como regla y no como principio, el tratamiento del principio de participación en la Sentencia SU-095 de 2018 es prácticamente nulo, al desproveer de contenido a la consulta popular. Prueba de ello es que la Corte Constitucional no intenta ni siquiera un ejercicio de ponderación entre los principios de Estado unitario y participación, que supuestamente identifica en tensión, sino que, por el contrario, asume que el primero anula por completo la validez del segundo con respecto a los asuntos mineros y ambientales.

En consecuencia, la Corte Constitucional optó por restringir el principio democrático, prohibiendo la consulta popular en las materias objeto de estudio, aun cuando reconoce déficits democráticos en los procesos de toma de decisiones relacionados con la minería. Su exhortación al Congreso de la República para que este adoptara una legislación al respecto no solo pone en suspenso los ejercicios democráticos, sino que también vacía de contenido el principio de supremacía constitucional en virtud del cual la Carta Política debe y puede aplicarse de forma directa e inmediata, incluso si no existe una ley que desarrolle una prerrogativa de carácter constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 2012).

Adicionalmente, la Sentencia SU-095 de 2018 vacía de contenido las competencias de los entes territoriales en estas materias. Si bien es cierto que los asuntos que corresponden a las entidades territoriales tienden al orden de su propio territorio (Const., 1991, art. 311), su desenvolvimiento se da mediante los POT, de los cuales

se aduce la posibilidad de “Propiciar escenarios de consulta o concertación con los actores involucrados en el ordenamiento territorial” (Ley 1454, 2011, art. 6).

Por consiguiente, surge la siguiente pregunta: verdaderamente, ¿cuáles son los asuntos que le corresponden a las entidades territoriales y cuáles pueden ser sometidos a consulta popular? Más aún porque, a diferencia de la Ley 136 de 1994 y de la Ley 1757 de 2015 —que no exigen ningún tipo de exclusividad competencial—, la Sentencia SU-095 de 2018 deja a entrever que solo pueden ser objeto de consulta popular en el ámbito territorial los asuntos de interés “exclusivo” de los entes territoriales.

Una lectura maximalista del Estado unitario, entendido como regla, conduce entonces a que, en la práctica, ningún asunto sea de competencia exclusiva de los entes territoriales. En este sentido, es evidente que, en sociedades complejas y globalizadas como las contemporáneas, todas las facetas de la vida se encuentran temáticamente interrelacionadas y territorialmente conectadas, de modo que en ellas siempre podrá existir un interés en conflicto entre lo territorial y lo nacional.

En este orden de ideas, es indispensable, en primera instancia, destacar la importancia del principio o juicio integrado de proporcionalidad, entendido como un instrumento metodológico para resolver colisiones de principios y de derechos fundamentales que se encuentran confrontados (Alexy, 2003; Bernal, 2006). De conformidad con la metodología trazada por la Corte Constitucional en algunas sentencias como las C-093 de 2001 y C-115 de 2017, la utilización del principio integrado de proporcionalidad supone, por un lado, definir el nivel de escrutinio bajo el cual se realiza el análisis y, por otro lado, dependiendo de lo anterior, aplicar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

A nuestro juicio, en casos como el decidido en la sentencia SU-095 de 2018, debe efectuarse un análisis de proporcionalidad bajo un nivel estricto de intensidad.

Además, al ser la participación un derecho político de carácter fundamental (Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 2016), y al imponerse una prohibición absoluta de realización de consultas populares en asuntos minero-energéticos, se estima que se reúne un presupuesto necesario para que el nivel de escrutinio sea estricto, el cual es la afectación grave que recae sobre un derecho fundamental. En tal sentido, se puede apreciar que una decisión como la adoptada en la Sentencia SU-095 de 2018 afectó de manera grave, *prima facie*, entre otros, el derecho fundamental a la participación.

Ahora bien, es claro que la restricción del principio de participación no resulta caprichosa y, por el contrario, puede juzgarse idónea. Al respecto, la interpretación contenida en la Sentencia SU-095 de 2018 se orienta a posibilitar la satisfacción de finalidades imperiosas de rango constitucional, como lo son el principio de Estado unitario y los principios conexos. Así que es claro que, en los casos en que se presentan tensiones entre la participación y el Estado unitario, tanto la satisfacción como la restricción de uno u otro derecho en nombre del opuesto pueden ser adecuadas, al tiempo que constituyen medios aptos para alcanzar las finalidades que se pretenden. Por tanto, sostener el carácter de prevalencia de competencias al Estado convalida la función y la ideología orgánica plasmada en la constitución. De ahí que se pueda concluir que la decisión adoptada en la Sentencia SU-095 de 2018 persigue fines idóneos.

Desde el punto de vista del subjuicio de necesidad, la pregunta que debió plantearse el Tribunal Constitucional de cara al principio de participación podría formularse de la siguiente manera: ¿era posible satisfacer el principio de Estado unitario sin afectar de forma tan gravosa el principio de participación? En tal sentido, vale la pena cuestionarse si la restricción del derecho a la participación —hasta el punto de prohibir la consulta popular en materia minero-energética— era estrictamente indispensable, en aras de amparar el principio de Estado unitario o, si, por el

contrario, existían otras alternativas que, sin restringir de forma tan lesiva este presupuesto democrático, consiguiesen garantizar este último principio.

La respuesta a esta pregunta, a nuestro juicio, es que sí era posible sustentar el principio de Estado unitario sin afectar de forma tajante el principio participativo, porque era posible pensar en la posibilidad de seguir realizando las consultas populares, pero condicionadas al trámite de una poscoordinación. En otras palabras, una vez realizada la consulta popular, la misma se pone a disposición de la Nación la decisión tomada popularmente, y así decidir en conjunto atender o no la extracción o exploración, ampliándose, en esta instancia, el proceso democrático. Ahora, esta decisión debe soportarse en análisis como los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), porque esta debe fundamentarse en costo-beneficio, es decir, en determinar si los beneficios valen la pena en relación con los grandes sacrificios medioambientales. De otro lado, y como se evidencia a continuación, se trata de propender por un EIA cívico y participativo.

Las alternativas posibles en relación con mecanismos laxos deben propender a tomar en cuenta la negociación. En otras palabras, el rol del poder central no debería restringirse a imponer una decisión vertical de carácter excluyente. En concreto, es responsabilidad del Estado en su conjunto analizar la viabilidad de incluir los EIA desde una perspectiva cívica para influenciar decisiones con una visión pragmática de la ciencia y con fines deliberativos e inclusivos. Este paradigma incluye tres submodelos: el modelo de provisión de información, el participativo y el de gobernanza ambiental, la cual reconoce la importancia de la participación como fin en sí mismo (Valencia, 2018).

Así las cosas, desde el punto de vista del subjucio de necesidad, es preciso mencionar que la sentencia estudiada no busca la medida menos gravosa, sino la más beneficiosa económicamente para el país, cuya efectividad se enfoca no en salvaguardar a las comunidades locales (indígenas, afrodescendientes,

campesinos, etc.), sino en desplegar medios que atentan contra el medio ambiente y privilegian el recaudo de regalías.

Así, según Arrieta-Burgos (2019), la Corte Constitucional ha establecido que la ponderación es el instrumento argumentativo que permite dotar de sentido el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, porque presupone reconocer que los conflictos emanados de principios en pugna “deben resolverse a partir del balance de sus mutuas implicaciones” (Sentencia C-154 de 2007, p. 31). En tal sentido, Alexy (2017) sostiene que la ley de la ponderación puede plantearse en los siguientes términos: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor tiene que ser el grado de satisfacción del otro” (p. 351).

La jurisdicción constitucional ha dejado por sentado que la ponderación se realizará por medio de

(i) el peso abstracto *prima facie* de los bienes en conflicto; (ii) la evaluación de la gravedad de la intervención en cada uno de ellos, y (iii) la certeza de que se verán lesionados a partir de la información empírica disponible en este trámite (Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 2020, p. 3).

Dicho lo anterior, para el caso concreto de los bienes jurídicos coimplicados en la Sentencia SU-095 de 2018, es necesario estudiar cada uno de los subcriterios de (i) peso abstracto de los principios de Estado unitario y participación; (ii) el grado de intervención (afectación/satisfacción) de cada uno de estos principios con la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, y (iii) el grado de certidumbre sobre las premisas empíricas relacionadas con la afectación del principio de participación y la satisfacción correlativa del principio de Estado unitario.

A juicio personal, y haciendo la salvedad de que siempre debe atenderse a lo probado en cada caso concreto, la ponderación en estos eventos debería, a primera

vista, resolverse en favor del principio de participación. Esto es así por las siguientes razones.

En primer lugar, en cuanto al peso abstracto de los principios en pugna, si se reconoce que en el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho colombiano “ningún derecho [tiene], un peso abstracto absoluto” (Sentencia T-673 de 2016, p. 27). En línea con anterior, desde los principios a tratar, se observa que el peso en abstracto del principio de Estado unitario es alto o grave por la manera en que se trató en la Sentencia SU-095 de 2018, al igual que por la manera cómo se ha considerado una cláusula pétrea no susceptible de ser modificada por el Congreso de la República (Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2013). Además, desde la interpretación, intentar anular el Estado unitario acarrea una sustitución directa de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003). Así, se recalca su importancia al denotar la necesidad de sostener una organización política y un ordenamiento único y, sobre todo, coherente (Naujoël, 2019).

De otro lado, el peso abstracto del principio de participación democrática es alto o grave, puesto que tiene carácter prevalente en el ordenamiento jurídico, es prioridad dentro de los fines del Estado y orientador del desarrollo económico y social del país (Sentencia T-348 de 2012). Al ser el presupuesto político del Estado Democrático de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994; Sentencia C-150 de 2015), las restricciones sobre la participación resultan problemáticas pues inclinan la orientación política de un país hacia tendencias totalitarias.

En segundo lugar, en cuanto al grado de intervención (afectación/satisfacción) de los principios en tensión, este debe entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como “la intensidad de la restricción en uno de los derechos y la importancia que tiene la satisfacción del otro” (Sentencia SU-626 de 2015, p. 55).

Al igual que en el caso del peso abstracto, esta intensidad se mide en una escala triádica de grave, medio y leve (Alexy, 2017).

De manera somera y bajo el anterior presupuesto, consideramos que el no salvaguardar el principio de participación deriva no solo en la ausencia de inclusión de la población en asuntos medioambientales, sino, además, en la restricción inmediata del acceso a la información sobre el medio ambiente, entre otras múltiples afectaciones. Entre los impactos señalados, se encuentran: (i) la alteración de las agendas culturales y los elementos de la religiosidad local; (ii) la perturbación de referentes etnoculturales y patrimoniales; (iii) el desconocimiento del liderazgo local e irrespeto por los reglamentos internos, acuerdos de gobernanza y ordenamiento del territorio, entre otros; (iv) el rompimiento del tejido social y etnocultural; (v) la fuerte erosión y permeación cultural por entrada y permanencia inmigrantes; (vi) la afectación de la infraestructura, y (vii) el irrespeto de los derechos, étnicos, culturales y ambientales (IPBES, 2019).

A su turno, podría pensarse que la alternativa que ofrece la Corte Constitucional, exhortando al Congreso de la República, morigera el grado de afectación del principio de participación. En nuestra opinión, la alternativa de audiencias públicas ambientales, sin la relevancia y efecto de la decisión de la comunidad, dista de la efectividad de un espacio completamente incluyente. En este sentido, las audiencias públicas ambientales han sido espacios hostiles para el ciudadano, cerrados al diálogo y tendientes a la confrontación por falta de un involucramiento estratégico previo (Bernales, 2016). De esta suerte, las audiencias públicas ambientales desarrollan el principio democrático de manera insuficiente y, por tanto, violan el contenido esencial del derecho a la participación.

Por otra parte, cabe preguntarse por el grado de satisfacción del principio de Estado unitario. En concreto: ¿qué tanto se afecta el principio de Estado unitario, si se

permiten las consultas populares? Consideramos que la satisfacción al Estado unitario es moderada, por varias razones.

De un lado, si se entiende el principio de Estado unitario no como la prevalencia absoluta del poder central, sino como una tendencia policéntrica que reconoce la descentralización administrativa y política en una organización funcionalmente diferenciada y orgánicamente jerarquizada (Corte Constitucional, C-937 de 2010); es posible inferir que la prohibición absoluta de la consulta popular no satisface plenamente este principio, por cuanto la decisión del Tribunal Constitucional en la Sentencia SU-095 de 2018 solo parece contemplar una dimensión unicéntrica del mismo. Si bien la Corte manifiesta la obligatoriedad de coordinar nación-entidad territorial, no arguye el medio efectivo para la consolidación del principio participativo, sino que, por el contrario, apoya el uso de “espacios participativos para legitimar decisiones ya tomadas, y como tales se convierten en institucionesseudodemocráticas con reducido potencial transformador” (Valencia, 2018, p. 8).

Igualmente, de cara a la satisfacción del principio de Estado unitario, consideramos que, en todo caso, el operador jurídico debería estar facultado para valorar en qué medida, en un caso concreto, se satisface dicho principio. En otras palabras, más que una prohibición absoluta que recaiga en contra de la consulta popular, la Corte Constitucional ha podido crear un derrotero que le permita a las autoridades valorar, si en un determinado caso en concreto, por ejemplo, las ventajas que se obtienen para la economía con un proyecto minero-energético justifican o no los sacrificios medioambientales y sociales que derivan de la práctica.

En tercer lugar, en cuanto al componente fáctico y probatorio de los casos que implican la realización de un ejercicio de ponderación, para casos como el estudiado en la Sentencia SU-095 de 2018, tenemos, por un lado, que los hechos y el material probatorio permiten acreditar que, mientras que el principio de participación fue objeto de una restricción cierta (pues no cabe duda de que prohibirse de manera

contundente la consulta popular trae como consecuencia la vulneración del principio de participación), correlativamente, la satisfacción del principio de Estado unitario que se desprende de tales restricciones es probable.

En este último punto cabe indicar que no siempre existen beneficios para el Estado unitario que compensen la prohibición de realiza la consulta popular, por lo que la satisfacción de este principio no solo es moderada, sino, apenas, probable. Más aún, en relación con la satisfacción del principio de Estado unitario siempre habrá incertidumbre, porque ante una consulta popular puede darse el caso de que las comunidades, al ser consultadas, juzguen favorablemente el proyecto minero-energético, caso en el cual la satisfacción del principio democrático coincidiría con la satisfacción del principio de Estado unitario.

En suma, al observar el resultado de la aplicación en abstracto del juicio integrado de proporcionalidad, se concluye, al menos de forma tendencial y preliminar —pues siempre el resultado dependerá del caso en concreto—, que prohibir en términos absolutos la consulta popular territorial respecto de proyectos minero-energéticos es una medida innecesaria y desproporcionada en sentido estricto.

Conclusiones

Las tensiones generadas alrededor de la actividad minera han estado marcadas por interpretaciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el afán del ejecutivo de propender a explotar al máximo recursos del Estado colombiano. Sin embargo, a lo largo del tiempo las repercusiones medioambientales no son regresivas y, por tanto, depende de la racionalización adecuada que se les otorgue a los recursos, sean naturales renovables o no renovables.

La jurisprudencia constitucional sobre la explotación y exploración minera a partir del año 2018, con la Sentencia SU-095, trazó una gran ruptura, porque convalidó la

capacidad de seguir generando beneficios a costa de sacrificios de los territorios en su dignidad, salud, desarrollo, estabilidad, medioambiente, entre otras múltiples afectaciones multidimensionales.

Esto, debido a la imposibilidad de desplegar acciones sociales tendientes a la intervención y decisión mediante las consultas populares, lo cual dejó a la deriva el principio de participación como presupuesto esencial del Estado Democrático en la Carta Magna. Si bien a partir de principios como la coordinación, concurrencia y subsidiariedad se busca la armonización de competencias entre la nación y los entes territoriales; estos, en realidad, no ofrecen una alternativa distinta a la imposición del poder central, mientras que son los municipios y sus habitantes quienes sufren consecuencias negativas directas.

La Sentencia SU-095 de 2018 de la Corte Constitucional ha sido objeto de múltiples críticas. Con este trabajo quisimos poner de presente los principales cuestionamientos que, a la luz de los principios de Estado unitario y participación, es posible dirigir en su contra desde el punto de vista de la teoría de los principios.

En síntesis, la Sentencia SU-095 de 2018: (i.) le da al principio de Estado unitario el tratamiento de norma-regla y no de principio; (ii.) vacía de contenido las competencias de los entes territoriales, puesto que, en sociedades complejas, ningún asunto será de su competencia exclusiva; (III.) introduce una prohibición absoluta referida a la consulta popular que, si bien es idónea, no es necesaria ni proporcional en estricto sentido.

No es necesaria porque existen otras alternativas, menos lesivas del principio de participación. Tampoco es proporcional en estricto sentido porque la afectación del principio de participación es grave, mientras que la satisfacción del principio de Estado unitario es moderada. En adición, mientras que la afectación del principio de participación es cierta, la satisfacción del principio de Estado unitario es apenas

probable. Todo ello, desde luego, supeditado a las circunstancias especiales de los casos concretos.

La concepción de participación democrática debe primar, y es efectiva en primera instancia a través de mecanismos constituidos y concertados por el constituyente, debido a que están a primera mano y, por tanto, brindan una protección constitucional sin lugar a cuestionamientos.

No se trata, simplemente, de ver la participación democrática como un fin en sí mismo, sino, también, de evaluar cómo ella puede servir de instrumento para incluir soportes técnicos de estudio de inviabilidad o viabilidad de la explotación o exploración minera para mostrar a la Nación si los beneficios económicos son o no mínimos, en consideración del daño medioambiental o viceversa.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449. <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (3.ª ed.). Palestra Editores.
- Arrieta-Burgos, E. (2019). Derechos sociales y proporcionalidad: aproximaciones conceptuales y metodológicas a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana. En. E. Gabardo y A. Sánchez, *Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso* (pp. 135-162). Sevilla: Punto Rojo
- Bernal, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48220/29676>

- Bernales, M. (2016). *Sistematización de propuestas para mejorar el proceso de certificación ambiental (EIA) minero*. Grupo de Diálogo, Minería y Desarrollo Sostenible. <http://www.grupodedialogo.org.pe/wp-content/uploads/2016/10/PropuestaEIA-1.pdf>
- CEPAL. (2018). *Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (1994, 31 de mayo). *Ley 134 de 1994*. Diario Oficial N.º 41.373. https://www.mintic.gov.co/portal/604/articulos-3659_documento.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (1994, 2 de junio). *Ley 136 de 1994*. Diario Oficial N.º 41.377. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994.html
- Congreso de la República de Colombia. (2001, 15 de agosto). *Ley 685 de 2001*. Diario Oficial N.º 44.545. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0685_2001.html
- Congreso de la República de Colombia. (2011, 28 de junio). *Ley 1454 de 2011*. Diario Oficial N.º 48.115. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1454_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. (2015, 6 de julio). *Ley 1757 de 2015*. Diario Oficial N.º 49.565. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1757_2015.html
- Consejo de Estado. (2017, 25 de octubre). *Radicalización 11001-03-15-000-2017-02516-00*. (Stella Jeannette Carvajal Basto, C. P.). <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/sent-11001031500020170251600-17.pdf>
- Consejo de Estado. (2018, 5 de abril). *Radicalización 1001-03-15-000-2017-02389-01*. (Jorge Octavio Ramírez Ramírez M. P.).

<http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/04/11001031500020170238901.pdf>

Consejo de Estado. (2019, 14 de agosto). *Radicación* 11001-03-15-000-2018-01946-01(AC) 2018-02067-01. (Jorge Octavio Ramírez Ramírez M. P.). <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/224/11001-03-15-000-2018-01946-01.pdf>

Constitución Política de Colombia. (1991). 2ª ed. Legis.

Corte Constitucional. (1992, 17 de junio). *Sentencia T-406 de 92* (Ciro Angarita Barón, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

Corte Constitucional. (1994, 3 de marzo). *Sentencia C-089 de 94* (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-089-94.htm>

Corte Constitucional. (1994, 14 de abril). *Sentencia C-180 de 94* (Hernando Herrera Vergara, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-180-94.htm>

Corte Constitucional. (1995, 7 de diciembre). *Sentencia C-585 de 1995* (Hernando Herrera Vergara, M. P.). <https://bit.ly/3470jRw>

Corte Constitucional. (2001, 31 de enero). *Sentencia C-093 de 2001* (Alejandro Martínez Caballero, M. P.). <https://bit.ly/3aaNNTb>

Corte Constitucional. (2001, 9 de agosto). *Sentencia C-837 de 2001* (Jaime Araujo Rentería, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-837-01.htm>

Corte Constitucional. (2001, 4 de octubre). *Sentencia C-1051 de 2001* (Jaime Araujo Rentería, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1051-01.htm>

Corte Constitucional. (2003, 22 de mayo). *Sentencia C-402 de 2003* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-402-03.htm>

- Corte Constitucional. (2003, 9 de julio). *Sentencia C-551 de 2003* (Eduardo Montealegre Lynett, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>
- Corte Constitucional. (2007, 7 de marzo). *Sentencia C-154 de 2007* (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-154-07.htm>
- Corte Constitucional. (2010, 23 de noviembre). *Sentencia C-937 de 2010* (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-937-10.htm>
- Corte Constitucional. (2012, 15 de mayo). *Sentencia T 348 de 2012* (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-348-12.htm>
- Corte Constitucional. (2012, 12 de julio). *Sentencia C-535 de 2012* (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-535-12.htm>
- Corte Constitucional. (2013, 23 de enero). *Sentencia C-010 de 2013* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.). <https://bit.ly/3aiWk6S>
- Corte Constitucional. (2014, 5 de marzo). *Sentencia C-123 de 2014* (Alberto Rojas Ríos, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-123-14.htm>
- Corte Constitucional. (2015, 8 de abril). *Sentencia C-150 de 2015* (Mauricio González Cuervo, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm>
- Corte Constitucional. (2015, 1 de octubre). *Sentencia SU-626 de 2015* (Mauricio González Cuervo, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU626-15.htm>
- Corte Constitucional. (2016, 8 de febrero). *Sentencia C-035 de 2016* (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

- Corte Constitucional. (2016, 19 de agosto). *Sentencia T-445 de 2016* (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-445-16.htm>
- Corte Constitucional. (2016, 21 de septiembre). *Sentencia C-520 de 2016* (María Victoria Calle Correa, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-520-16.htm>
- Corte Constitucional. (2016, 1 de diciembre). *Sentencia T-673 de 2016* (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-673-16.htm>
- Corte Constitucional. (2017, 22 de febrero). *Sentencia C-115 de 2017* (Alejandro Linares Cantillo, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-115-17.htm>
- Corte Constitucional. (2018, 11 de octubre). *Sentencia SU-095 de 2018* (Cristina Pardo Schlesinger, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU095-18.htm>
- Corte Constitucional. (2018, 11 de octubre). *Expediente T 6298958- Sentencia SU-095 de 2018* (Cristina Pardo Schlesinger, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2040%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202018.pdf>
- Corte Constitucional. (2019, 13 de febrero). *Sentencia C-053 de 2019* (Cristina Pardo Schlesinger, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-053-19.htm>
- Corte Constitucional. (2019, 15 de mayo). *Sentencia C-200 de 2019* (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-200-19.htm>
- Corte Constitucional. (2019, 29 de mayo) *Auto 281 de 2019* (Cristina Pardo Schlesinger, M. P.).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a281-19.htm>

- Corte Constitucional. (2020, 29 de enero). *Sentencia C-022 de 2020* (Alberto Rojas Ríos, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-022-20.htm>
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (Eds.), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Trotta.
- Dworkin, R. (2013). *Taking rights seriously*. Bloomsbury Academic.
- FAO. (2016). *Manual del consentimiento libre, previo e informado*. FAO. <http://www.fao.org/3/a-i6190s.pdf>
- Grondin, J. (2006). *L'herméneutique*. Presses Universitaires de France.
- Guastini, R. (1999). *Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa.
- Henao, J., y González, A. (2016). *La seguridad jurídica en los proyectos mineros en Colombia. Un estudio sobre las competencias de las autoridades minero ambientales desde el principio de colaboración armónica* [Tesis de grado, Universidad Eafit]. Repositorio Eafit. http://repository.eafit.edu.co/bitstream/10784/12702/2/LuisaMar%C3%ADa_CorreaParra_2018.pdf
- IPBES. (2019). *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país. Sentencia T 445 de agosto de 2016*. Instituto Humboldt. <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/3-identificacin-de-impactos-expertos.pdf>
- Máxima., J. (14 de octubre de 2020). 10 características del centralismo y federalismo. *Caracteristicas.co*. <https://www.caracteristicas.co/centralismo-federalismo/>
- Molina, J. E., y Pérez, C. (1995). Participación política y derechos humanos. *Revista IIDH*, (1), 15-77. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1622/revista-iidh34-35.pdf>
- Muñoz, M. T. y Peña, J. (2019). *Estudio de caso: Auge y decadencia de las consultas populares como mecanismo de participación y refrendación de la voz ciudadana en el sector extractivo en Colombia*. Fundación Foro Nacional

- por Colombia. <https://foro.org.co/wp-content/uploads/2020/07/Casos-Consultas-Populares.pdf>
- Naciones Unidas. (2015). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Naujoël. (2019, 19 de junio). Estado unitario y Estados compuestos. *Derecho UNED*. <https://derechouned.com/libro/constitucional-i/2521-estado-unitario-y-estados-compuestos>
- Navarro, R. (1998). Los principios jurídicos. Estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense. *Ivstitia*, 12(138), 1-21. <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-03/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-2/lecturas/2.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo - OIT. (1989). *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169
- Ortega y Gasset, J. (1987). *La rebelión de las masas*. Alianza Editorial.
- Ortiz, A. (2014). El título minero. En A. C. Rodríguez (Eds.), *Manual de derecho minero*. (pp. 319-338). Universidad Externado de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (1988, 23 de diciembre). *Decreto 2655 de 1988*. Diario Oficial N.º 38.626. https://www.anm.gov.co/sites/default/files/decreto_2655_de_1988.pdf
- Presidencia de la República de Colombia. (1998, 13 de julio). *Decreto 1320 de 1998*. Diario Oficial N.º 43.340. https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/co-decreto-1320-98-consulta-previa-indigenas-_2.pdf
- Presidencia de la República de Colombia. (2007, 8 de febrero). *Decreto 330 de 2007*. Diario Oficial N.º 46536. www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp%3Ffruta%3DDecretos/1848783+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

- Presidencia de la República de Colombia. (2016, 21 de octubre). *Decreto 1666 de 2016*. Diario Oficial N.º 50033. https://www.anm.gov.co/sites/default/files/decreto_1666_de_2016.pdf
- Rudas, G. y Espitia, J. E. (2013). La paradoja de la minería y el desarrollo. Análisis departamental y municipal para el caso de Colombia. En *Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos* (pp. 27-84). Contraloría General de la República.
- Sieyès, E. (1945). *¿Que es el tercer Estado?* (F. Ayala, Trad.) Americalee.
- Valencia, A. (2018). *Participación ciudadana en la evaluación ambiental del sector minero en el Perú: Análisis de las dinámicas participativas e incorporación del enfoque de género*. Universidad Católica del Perú. <https://escuela.pucp.edu.pe/gobierno/wp-content/uploads/2018/06/cuaderno-investigacion-EG-8-1.pdf>
- Zuluaga, S. (2016). El poder constituyente: algunas implicaciones desde la pragmática [Tesis de maestría, Universidad de Antioquia]. Repositorio Institucional Universidad de Antioquia. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3913/1/ZuluagaDS_2016_PoderConstituyenteImplicaciones.pdf