



425

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 11001-03-15-000-2017-02516-01

Accionante: NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Accionados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Asunto: Acción de tutela – Fallo de segunda instancia

La Sala se pronuncia sobre la impugnación interpuesta por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado en contra de la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta el 25 de octubre de 2017 por medio de la cual se negó la solicitud de amparo constitucional.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El Ministerio de Minas y Energía, actuando mediante apoderado especial y con escrito presentado el 25 de septiembre de 2017, presentó acción de tutela en contra del Tribunal Santander con fin de reclamar el amparo de su derecho fundamental al debido proceso.

La mencionada garantía constitucional la considera vulnerada como consecuencia de la expedición de la sentencia de 16 de agosto de 2017 que declaró constitucional la pregunta que se sometería a consulta popular a los habitantes de El Peñón – Santander el 5 de noviembre de 2017 *“¿Está usted de acuerdo sí o no con que en la jurisdicción del municipio de El Peñón – Santander, se realicen actividades de exploración y explotación minera y petrolera?”*.

1.2. Hechos

La solicitud de amparo¹ se sustenta en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- El 25 de mayo de 2017² el alcalde del municipio de El Peñón -

¹ Folios 1 al 36 del expediente de tutela.



Santander, el señor Francisco Jesús Cruz Guiza, solicitó ante el Concejo municipal emitir concepto favorable para la realización de una consulta popular respecto de la siguiente pregunta: *“¿Está usted de acuerdo sí o no con que en la jurisdicción del municipio de El Peñón – Santander, se realicen actividades de exploración y explotación minera y petrolera?”*.

En el documento en mención se señaló *“... todo lo bello y majestuoso de la actual naturaleza se puede perder si no actuamos con prontitud para frenar las iniciativas de exploración minera que se encuentran en trámite ante las autoridades competentes (...) La necesidad de presentar una consulta popular a la comunidad de El Peñón Santander, se funda en la comunicación radicada en la Secretaría de Gobierno donde se informa la aprobación de cuatro (4) títulos mineros vigentes en nuestro territorio y otros están en trámite de lograr lo mismo, entre ellos: Título Vigentes Expediente HGR-14171, GAI-102, GDS-08201x, GDS-081; Solicitudes OG2-10394; OG2-038118, OG2-08324; PCH-10061; ICQ-0800188X; OG2-10052; PIQ-08121; IE8-14001; OIO-09211: OG2-038611: OKP-10361; OHM-10551”*.

- En sesión de 30 de mayo de 2017³ al Concejo Municipal de El Peñón – Santander, se emitió concepto favorable para la realización del mecanismo de participación ciudadana, según consta en Acta 42.
- Mediante Oficio No. Of-de-C-M-084 de 30 de mayo de 2017⁴ los concejales del municipio remitieron al Tribunal Administrativo de Santander el concepto de conveniencia para la realización de la consulta.
- El 5 de julio de 2017⁵ la Asociación Frutipeñon presentó solicitud de coadyuvancia *“... para la conveniencia de la consulta popular del municipio de El Peñón Santander”*. En la misma fecha⁶ fue presentado un escrito de coadyuvancia por parte de *“los usuarios del acueducto comunitario”*, los transportadores, el gremio *“ganadero y de productores de leche y sus derivados cármicos”*, la Asociación del Cultivadores de Cacao y la Junta de Acción Comunal y demás integrantes de la Vereda del municipio de Jesús María.

² Folios 2 a 27 del cuaderno de copias.

³ Folios 28 a 33 del cuaderno de copias.

⁴ Folios 34 y 37 del cuaderno de copias.

⁵ Folios 40 a 70 del cuaderno de copias.

⁶ Folios 71 a 79 del cuaderno de copias.



- Con auto de 17 de julio de 2017⁷ el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Santander avocó conocimiento del control previo de constitucionalidad de la consulta popular, dispuso la fijación en lista del asunto por el término de 10 días para los efectos previstos en el inciso final del artículo 21 de la Ley 1757 de 2015⁸ y se ordenó la notificación del Ministerio Público.

Durante este término conceptuó el Ministerio Público.

- En sentencia de 16 de agosto de 2017⁹, el Tribunal Administrativo de Santander declaró la constitucionalidad del texto a elevar a consulta popular en el municipio de El Peñón – Santander.

Como punto de partida del análisis indicó que en el caso se cumplen todos los requisitos formales establecidos en las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015 porque parte de la iniciativa del alcalde y se contó con el concepto de conveniencia por parte del Concejo Municipal.

Superado lo anterior, expuso que era necesario analizar la: (i) competencia del señor alcalde del municipio de El Peñón para promover la iniciativa de la consulta popular; (ii) viabilidad jurídica de la consulta popular y; (iii) legalidad de la pregunta.

Consideró que el alcalde tiene competencia para promover la iniciativa de consulta popular, toda vez que *“... entendiendo el contexto en que se analizó la constitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas en la sentencia C-123 de 2014, no puede considerarse que los mandatarios locales de los municipios y departamentos en que se realice minería, estén privados para formular consultas sobre esos asuntos a los habitantes, toda vez que en su momento se ordenó que las decisiones relativas a la ejecución de proyectos mineros fueron concertados entre las entidades del orden nacional y territorial en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política; de tal forma que atendidos los mecanismos de participación ciudadana es perfectamente claro y viable que antes de realizar ese diálogo se permita a los ciudadanos manifestarse”*.

⁷ Folio 80 del cuaderno de copias.

⁸ Ley 1757 de 2015. Artículo 21. REVISIÓN PREVIA DE CONSTITUCIONALIDAD. No se podrán promover mecanismos de participación democrática sobre iniciativas inconstitucionales. Para tal efecto:

(...)

b) Los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo competentes se pronunciarán sobre la constitucionalidad del mecanismo de participación democrática a realizarse.

Todo proceso de revisión previa de constitucionalidad de convocatorias a mecanismos de participación democrática deberá permitir un periodo de fijación en lista de diez días, para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la propuesta y el Ministerio Público rinda su concepto.

⁹⁹ Folios 90 a 95 del cuaderno de copias.



Agregó que mediante la consulta popular podían tomarse decisiones en relación con actividades mineras porque, indefectiblemente, tienen la potencialidad de afectar el medio ambiente, el suelo y subsuelo de los territorios, otras industrias productivas, el orden público y las condiciones de vida y seguridad de sus habitantes.

Finalmente destacó, que la redacción de la pregunta cumple con los requisitos dispuestos por el artículo 8 de la Ley 134 de 1994, pues *“... no conlleva a equívocos de ninguna naturaleza, pues no sugiere una respuesta de la ciudadanía del municipio, sino que interroga de manera general si está de acuerdo o no con que se adelanten en el municipio de El Peñón proyectos o actividades mineras de explotación o exploración petrolera”*.

Esta decisión fue notificada mediante correos electrónicos enviados el 17 de agosto de 2017¹⁰.

1.3. Fundamento de la solicitud

A juicio de la parte actora, el Tribunal Administrativo de Santander al proferir la sentencia de 16 de agosto de 2017 que declaró constitucional el texto que se elevaría a consulta popular en el municipio de El Peñón – Santander, vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

1.3.1. Como punto de partida de sus argumentos, indicó que le asiste **legitimación en la causa** para interponer la solicitud de amparo constitucional porque de conformidad con el Decreto 1073 de 2015 la cartera ministerial es el organismo rector de las políticas generales del sector energético, específicamente está encargado de *“formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas, planes y programas del sector de Minas y Energía”*.

1.3.2. Expuesto lo anterior, aseveró que la autoridad acusada incurrió en una serie de causales específicas que, para efectos metodológicos, la Sala expone así:

1.3.2.1. Desconocimiento del precedente

1.3.2.1.1. De la Corte Constitucional, contenido en las sentencias C-889 de 2012, C-123 de 2017, C-145 de 2015, C-150 de 2015, C-035

¹⁰ Folios 96 a 98 del cuaderno de copias.



de 2016, C-273 de 2016, C-389 de 2016 y T-121 de 2017 de las cuales se extrae que: (i) Colombia es una República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, (ii) los asuntos que pueden elevarse a consulta popular dependen de la competencia de cada nivel de gobierno (Nacional, departamental o municipal); (iii) para armonizar la tensión existente entre los principios de Estado Unitario y autonomía territorial, en los casos en los que se encuentra controversia el uso del suelo y la explotación y aprovechamiento del subsuelo, es necesario acudir a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; (iv) es necesario que exista un escenario de concertación entre el ámbito local y central en la adopción del mencionado tipo de decisiones.

Adujo que parte de la argumentación del Tribunal acusado se sustentó en la providencia T-445 de 2016 que es de carácter inter partes, esto, en desprecio del criterio de la Sala Plena de la Corte Constitucional decantado en las sentencias de constitucionalidad.

Destacó que frente a la sentencia T-445 de 2016, en la que sustentó la autoridad judicial acusada para declarar la constitucionalidad del mecanismo de participación ciudadana, fue presentada una solicitud de nulidad resuelta a través del auto A-053 de 2017, frente al que se presentaron 3 salvamentos de voto de los que se puede extraer lo siguiente:

“[En el auto 053 de 2017] la Sala de Tutelas señaló que la Corte, en anterior oportunidad, había fijado un precedente según el cual al momento de adelantar explotaciones mineras en un municipio se debe garantizar la participación efectiva y eficaz de sus autoridades en los procesos asociados a dicha actividad. En ese sentido, advirtió que del caso se desprendía una sub-regla constitucional que determina que ante el fracaso de las negociaciones entre la Nación y los municipios, los habitantes de éstos últimos pueden, mediante el uso de una consulta popular, regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso prohibiendo la minería. Con base en lo anterior, la Sala, aunque ratificó los fallos de tutela que no aceptaron la petición de amparo al concluir que la pregunta formulada desconocía la libertad del elector, introdujo en la parte resolutive de la providencia dos precisiones para advertir que las entidades territoriales pueden prohibir la explotación minera al ejercer sus competencias de regulación del suelo y protección del ambiente”

Por ello, a juicio del Ministerio de Minas resulta lógico afirmar que “... un requisito de procedibilidad para adelantar las consultas populares donde se decida sobre los cambios del uso del suelo por actividades minero energéticas, es cumplir con la obligación previa de concertación entre las autoridades nacionales y territoriales, requisito de procedibilidad validado por el artículo 288 de la



Constitución Política y por la referida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional”.

1.3.2.1.2. Del máximo tribunal constitucional -C-938 de 2010– de acuerdo con el cual, en interpretación de los artículos 80, 332, 334, 360 de la Carta, el Estado es el propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables y por ello cuando lo estime necesario, por ejemplo por la necesidad de preservar el ambiente puede restringir la actividad minera.

1.3.2.1.3. De la Corte Constitucional -C-619 de 2015- que señala que los conceptos de *“utilidad pública e interés general”* son conceptos jurídicos indeterminados. Adujo que las actividades minero energéticas pueden ser consideradas como de *“utilidad pública e interés social”* por ello debe ser el Congreso el que regule su ejercicio, sin que esto vulnere o implique una usurpación de funciones de los municipios

1.3.2.1.4. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo fijado en las sentencias:

- De tutela de 30 de mayo de 2017, del Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia de la doctora Stella Jeannette Carvajal Basto. Rad. No. 11001-03-15-000-2017-01198-01 en la que estudiar la tutela en contra de la providencia que declaró la constitucionalidad de la pregunta que se sometería a consulta popular en el municipio Cumural se concluyó que *“... inevitablemente las competencias de la Nación y de la Autoridades Territoriales confluyen, concurren y por lo tanto deben ejercerse de manera coordinada y armónica, mediante acuerdos y consensos”*.
- Ordinaria de 17 de agosto de 2017, del Tribunal Administrativo del Huila. Rad. No. 41000-23-33-000-2017-00308-00 por medio de la cual se acogieron las objeciones que se propusieron por el alcalde municipal de El Pital al proyecto de acuerdo No. 009 de 2017 mediante el cual *“POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTAN ACCIONES PARA PROTEGER EL AMBIENTE, EL PAISAJE Y LOS RECURSOS NATURALES DEL MUNICIPIO DE EL PITAL, ANTE PROYECTOS HIDROELECTRICOS, EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS Y MINEROS A GRAN ESCALA”*.
- De 17 de agosto de 2017, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Rad. No. 25000-23-41-000-2017-00887 que al



estudio la constitucionalidad de la consulta popular que se llevaría a cabo en el municipio de Cogua, la declaró inconstitucional.

1.3.2.2. Defecto sustantivo, en la medida en que la autoridad judicial acusada desconoció:

1.3.2.2.1. El artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, por no realizar un estudio concienzudo de las consecuencias de la actividad minera.

Consideró que la revisión de constitucionalidad de la pregunta que contiene la consulta popular del municipio de El Peñón, solo se realizó desde el punto de vista formal, cuando en realidad correspondía efectuar un estudio de fondo o material. Además, destacó que no se estudió la concordancia que debe existir entre el fin (exposición de motivos) y el medio (la pregunta) porque la exposición de motivos indica *“....sin equívocos que la explotación de minerales e hidrocarburos va a acabar con el municipio de El Peñón – Santander y esta declaración no fue considerada por el fallo en sus argumentos, dejó sin protección el derecho a la libertad del potencial votante en cuanto a equilibrio, transparencia y ponderación del proceso electoral”*.

1.3.2.2.2. El artículo 33 de la Ley 136 de 1994, en la medida en que la realización de consultas populares debe atender a parámetros de proporcionalidad y racionalidad. Sobre el particular concluyó que *“... el resultado de una consulta popular en los términos planteados para el presente, además de los problemas logísticos explicados, generaría grandes dificultades éticas para las entidades territoriales y más específicamente para los votantes, pues no se entiende cómo una población se niega rotundamente a que se adelanten actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables en su territorio, pero sí estaría dispuesta a disfrutar de los bienes derivados de estos productos en los centros de consumo ubicados en su jurisdicción”*.

1.3.2.2.3. El artículo 167 del Código General del Proceso, por cuanto el municipio de El Peñón tenía la carga de probar que agotó el requisito de concertación como parte del trámite del mecanismo de participación ciudadana y la autoridad judicial demandada no lo exigió.

1.3.2.3. Violación directa de la constitución, porque se desconoció el **artículo 288 de la Constitución Política** de acuerdo con su interpretación presentada por el Máximo Tribunal Constitucional expuesta en las sentencia de constitucionalidad referenciadas anteriormente (1.3.2.1.).

Asimismo, aseguró que con la aprobación de constitucionalidad de la consulta popular se vulneró el derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión y oficio, consagrados en los **(1.3.2.3.2.) artículos 25 y 26 de la Constitución**, con lo que, de paso, ignoró que *“....en caso de tensión entre [los derechos mencionados] y la protección del medio ambiente se resuelve a favor de los primeros cuando la actividad extractiva es compatible con el desarrollo sostenible”*.

Indicó que de conformidad con la sentencia T-438 de 2015, deben garantizarse los derechos de los mineros, artesanales tradicionales e informales, a través de la formalización de su actividad y la vinculación a empresas que puedan ofrecerles seguridad social.

Destacó que de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, la libre de determinación de los pueblos incluye la posibilidad de disponer de sus riquezas y recursos naturales y que, con *“.. lo dispuesto en la Consulta Popular no solo se prohibirá el desarrollo de unas actividades extractivas en el municipio de El Peñón, con ello se impide que trabajadores de todos los niveles tanto técnicos como tecnólogos, profesionales y mano de obra no calificada, puedan desempeñar labores productivas en dicho Municipio y por tanto, vulnerando derechos fundamentales y conexos de trabajadores, debido a que no podrán beneficiarse de desempeñar su actividad en dicho Municipio, ello por causa de una consulta popular basado en situaciones hipotéticas y temores infundados, tal y como se desprende de la parte motiva del acto administrativo que aprueba la pregunta, debido a la interpretación de apartes normativos y estudios generales sobre los cuales no hay certeza científica aplicable al caso en concreto del Municipio”*.

Expuso que con la consulta popular se puede generar una afectación en la prestación de los servicios públicos, función inherente a la finalidad del Estado de acuerdo con el **(1.3.2.3.3.) artículo 365 de la Constitución Política**. Para exhibir su argumento propuso el siguiente interrogante *¿Cómo se puede garantizar el servicio público domiciliario de gas, si como resultado de las consultas populares no se podrá hacer su exploración y posterior extracción, transporte y distribución?*.

Sobre el particular concluyó:

“... lo decidido en el fallo del Tribunal Administrativo de Santander, desconoce la importancia de la industria minero energética para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y por tanto, limita la capacidad de la Nación para poder satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de los ciudadanos que habitan todo el territorio nacional, tal decisión, desconoce que las transiciones hacia nuevas formas de energía deben concordarse con



el marco internacional de los Derechos Humanos, lo que quiere decir que los cambios que se requieren a nivel ambiental, también deben armonizarse con lo previsto en el artículo 6 del PIDESC que reconoce el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, para lo cual los estados deberán tomar medidas adecuadas en orden a garantizar este derecho”.

Finalmente destacó que con la consulta popular se puede afectar el derecho a la vivienda digna reconocido en el **(1.3.2.3.4) artículo 51 de la Carta**, en la medida en que las construcciones de las casas se realizan con insumos mineros como cemento, arcilla, arena, sílice, piedra, acero, carbón, hierro y caliza.

1.3.2.4. Otros argumentos expuestos por la parte actora

(i) El vaciamiento de las competencias de las entidades ambientales. Asegura la parte actora que constituir la consulta popular como único mecanismo para definir la ejecución de proyectos del sector minero energético en el territorio, resulta ser inconstitucional, porque vacía las competencias de entidades del orden nacional, según la normatividad expuesta y afecta la autonomía de las entidades ambientales regionales, como rasgo fundamental que la Constitución Política reconoce a estas últimas.

(ii) La existencia de otros mecanismos de participación por parte de las personas que se puedan ver afectadas por decisiones con impacto ambiental, que permiten que se tomen decisiones con juicios de proporcionalidad caso por caso y no atrapan al elector entre un sí y un no. El Ministerio hizo referencia a la figura del tercero interviniente previsto en la Ley 99 de 1993 artículos 69 y 70 y, de las audiencias públicas ambientales de las que trata la misma ley en el artículo 72.

Sobre el punto, señaló que las consultas populares no pueden reemplazar las evaluaciones de impacto ambiental que realizan las autoridades competentes al momento de otorgar una licencia ambiental, pues este último resulta ser el más adecuado para adoptar decisiones relativas a la viabilidad de un proyecto minero energético. (T-121 de 2017).

(iii) La autosuficiencia energética y democracia. Expuso que una prohibición de las actividades en minería e hidrocarburos puede afectar la producción y las proyecciones futuras, impactando directamente los ingresos corrientes del gobierno central y

paralizando las regalías que se distribuyen a lo largo del país. En términos de autosuficiencia, el país perdería su capacidad de abastecerse y en consecuencia, se convertiría en un importador neto de energéticos lo cual no sólo pondría en entredicho los ingresos por refinación, sino que podría aumentar las tarifas de energía por los costos incrementales en las centrales de generación térmica.

(iv) Cadena de la industria hidrocarburífica y la proliferación de consultas. Sostuvo que la proliferación indiscriminada de consultas populares a lo largo y ancho del país, puede poner en riesgo de abastecimiento de combustible el territorio nacional y que, en cierta forma, puede afectar en un futuro la prestación de servicios públicos domiciliarios de carácter esencial, como el gas natural, pues mediante dicho mecanismo de participación ciudadana se frenan la exploración, extracción, transporte y distribución del mencionado recurso.

Destacó que el gas natural como recurso energético es de vital importancia para los hogares de estratos bajos, los vehículos que funcionan con GNV y permite una diversificación de la canasta energética del país.

Y, además apuntó que se prevé un desabastecimiento de petróleo para el 2022 y de gas para el 2020 cuestión que generaría una disminución en los ingresos por este concepto y aumentar las tarifas de energía.

(v) La imposibilidad de aplicar las políticas de prevención de daño antijurídico, respecto de las eventuales reclamaciones jurídicas relacionadas con los derechos adquiridos por parte de los usuarios de servicios públicos y de las empresas mineras, energéticas, petroleras nacionales y extranjeras que han obtenido sus títulos habilitantes con arreglo a las leyes.

1.4. Pretensiones

A título de amparo se presentó la siguiente:

“(...) solicitamos al Honorable Consejo de Estado declarar la inconstitucionalidad de la consulta popular convocada en El Peñón (Santander), toda vez que el Tribunal Administrativo de Santander violó el derecho fundamental al debido proceso contenido en la Carta Constitucional teniendo en cuenta que dicha corporación omitió la revisión de los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia de las altas Cortes y las competencias legales que cada autoridad del orden nacional y territorial



*tienen asignadas, así como los requisitos que deben observarse para que proceda la consulta popular que nos ocupa*¹¹.

En el mismo escrito se solicitó:

*“Decretar la suspensión provisional del fallo atacado y, en consecuencia, de la consulta popular que ese fallo viabiliza, hasta tanto no se profiera un pronunciamiento de fondo respecto de la acción de tutela y sus correspondientes peticiones”*¹²

1.5. Trámite de la acción de tutela

Con auto de 3 de octubre de 2017¹³, se admitió la acción, se ordenó notificar al accionante y a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander en calidad de autoridades demandadas.

Asimismo, se vinculó al alcalde del municipio de El Peñón - Santander, y al Concejo Municipal de la misma entidad territorial, en calidad de terceros interesados en las resultas del proceso. Igualmente, se ordenó notificar a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso y, publicar el auto en la página web del Consejo de Estado.

Finalmente, se negó la solicitud de medida provisional por encontrar que si bien en la solicitud de amparo no se indicó la fecha en la que se va a realizar la consulta popular sobre la realización de actividades de exploración y explotación minera y petrolera, verificada la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil se pudo constatar que el alcalde del municipio de El Peñón (Santander) por Decreto No. 099 de 24 de agosto de 2017, convocó a votaciones para la consulta popular el próximo 5 de noviembre de 2017.

Por ello, concluyó que aun cuando existía proximidad en la realización de los comicios municipales, esa circunstancia per se no era suficiente para que se accediera a la medida provisional solicitada, porque el fallo de fondo que resuelva la solicitud de amparo debía ser emitido antes de que la ciudadanía del municipio acuda a las urnas, de acuerdo con el término previsto en el Decreto 2591 de 1991.

1.6. Contestaciones

¹¹ Anverso folio 20 del expediente de tutela.

¹² Anverso folio 3 del expediente de tutela.

¹³ Folio 39 a 41 del expediente de tutela.



1.6.1.Alcalde del municipio de El Peñón

El 6 de octubre de 2017¹⁴ el Alcalde del municipio pidió que rechazaran lo argumentos de la acción de tutela. Al efecto, argumentó que el Tribunal Administrativo de Santander realizó una revisión previa de constitucionalidad con total apego al debido proceso.

Afirmó que en el trámite de control previo de constitucionalidad de la consulta popular, la autoridad judicial accionada evidenció que el Concejo Municipal de El Peñón cumplió con lo establecido en los artículos 21 y 32 de la Ley 1757 de 2015, así como el artículo 52 de la Ley 134 de 1994, frente a la elaboración del texto que se iba a someter a votación.

1.6.2.Concejo Municipal de El Peñón

Mediante correo enviado el 6 de octubre de 2017¹⁵, el presidente corporación pública señaló que la decisión de dar concepto de favorabilidad a la consulta popular se sustentó en el estudio técnico presentado por el alcalde de la entidad territorial sobre las zonas agropecuarias, zonas de reserva forestal, características generales de la vegetación, la flora y la fauna, protección absoluta al turismo potencial, en razón a la localización de las cuevas, la hidrología y demás bosques forestales, así como la postura relativa a la inconveniencia de adelantar labores de minería en esa localidad.

De otro lado, hizo alusión al marco normativo de las consultas populares contenido en los artículos 31 y 32 de la Ley 1757 de 2015, 33 y 53 de la Ley 134 de 1994, para concluir que *"bajo nuestras facultades como Concejales del Municipio se evidencia la viabilidad de la consulta teniendo en cuenta que es mecanismo de participación ciudadana y el tema de la minería involucra nuestras facultades en pro de la comunidad"*.

1.6.3.Asociación Colombiana de Ingenieros

Con escrito de 6 de octubre de 2017, el representante legal de la asociación solicitó que se acceda al amparo solicitado por la entidad accionante y, que en consecuencia, se deje sin efectos la sentencia

¹⁴ Folios 51 a 59 del expediente de tutela.

¹⁵ Folios 69 a 90 del expediente de tutela.



dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, por incurrir en defecto sustantivo.

Indicó que el interés de la asociación en el asunto de la referencia se configura en la medida en que se pretende restringir el desarrollo de las actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el municipio, circunstancia que genera importantes consecuencias no solo en el departamento de Santander, lo que establece un precedente preocupante para el desarrollo del sector hidrocarburífero y afecta de manera grave el desarrollo social y económico del país.

Asimismo, manifestó que el Alcalde y el Concejo Municipal de El Peñón desconocen las limitaciones y restricciones establecidas en los artículos 8º y 51 de la Ley 134 de 1994, 18 de la Ley 1757 de 2015, en el sentido que las entidades territoriales no pueden convocar una consulta popular para decidir sobre asuntos de trascendencia nacional, como es el caso de la exploración, explotación, transporte y comercialización de los recursos del subsuelo, los cuales son propiedad exclusiva del Estado.

1.6.4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-ANDJE-

Con memorial presentado el 6 de octubre de 2017¹⁶ coadyuvó a las pretensiones de la acción de tutela. Expuso que le asiste legitimación para intervenir en el trámite constitucional con sustento en la Ley 1444 de 2011 y el artículo 610 del CGP.

Expuso que la explotación de los recursos naturales son competencia de la Nación y por esa razón las facultades de las entidades territoriales al respecto debe ser limitadas. Tuvo como fundamento las sentencias C-395 de 2012, C-123 de 2014, C-389 de 2014, C-237 de 2016 y que, a su juicio, establecen una línea de interpretación relativa a la posibilidad de restringir, en esas materias, las competencias de los municipios y departamentos.

Aseguró que una interpretación contraria la expuesta por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad implicaría desconocer la propiedad de la Nación sobre los recursos naturales no renovables y el subsuelo (artículo 332 C.P), las competencias de entidades como el Ministerio de Minas y Energía y las Agencias

¹⁶ Folios 136 a 159 del expediente de tutela.



Nacionales de Minería y de Hidrocarburos y, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad de los niveles central y territorial en la materia.

Resaltó la importancia del análisis sobre el impacto de la consulta popular en el desarrollo del Municipio, lo que obliga a las autoridades locales que deciden impulsar estos mecanismos de participación, advertir los efectos de las decisiones que resulten de la aplicación de los mismos.

1.6.4.1. Aseguró que la sentencia acusada incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional establecido en las sentencias:

(i) C-123 de 2014, en la que *"nunca se avaló que las consultas populares fueran el mecanismo de aprobación o de prohibición minera en el ámbito territorial"*, sino que llamó la atención respecto de la necesidad de concertar con la entidades territoriales las medidas de protección que ameriten ser acordadas entre las autoridades territoriales y nacionales, lo anterior como una forma de armonizar los principios de autonomía territorial y Estado Unitario, mediante la observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Transcribió los siguientes apartes de la sentencia: *"...los contenidos que integran el principio de autonomía territorial no pueden ser entendidos de forma aislada o descontextualizada, por lo que se hace preceptivo que su concreción en casos particulares atienda otros contenidos del sistema constitucional colombiano. Por esta razón, la interpretación de las posibilidades o ámbitos en que se desarrolla la autonomía territorial no puede desconocer que las instituciones, procedimientos y las competencias que la concretan existen y se desarrollan en un Estado que, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, ha adoptado una forma de organización territorial unitaria, es decir, no puede olvidarse que el colombiano es un Estado unitario en lo relativo al principio de organización territorial"*.

Destacó que en el marco del proceso de contratación minera, es donde deben tenerse en cuenta a las autoridades territoriales para que, de una forma armónica y coordinada, la autoridad nacional responsable de los procesos de titulación involucre a la autoridad territorial para alcanzar acuerdos que permitan la protección de los intereses de las autoridades territoriales (y de la colectividad) como lo es el ambiente sano, el desarrollo económico, social, cultural de la comunidad y la salubridad de la población y que permitan, al mismo



tiempo, el desarrollo responsable y sostenible de la actividad minera. Lo propio debe suceder, sin duda alguna, en los procesos de licenciamiento ambiental presentes en cada proyecto minero.

Agregó que no es posible que se tomen decisiones unilaterales por parte de las autoridades nacionales frente a la ejecución de actividades mineras, ni la existencia de un veto por parte de las autoridades territoriales.

(ii) C-389 de 2014, C-273 de 2016 y C-035 de 2016, en la que se reiteró la línea interpretativa establecida en la sentencia C-123 de 2014, esto, al estudiar de manera minuciosa las competencias tanto de la Nación como de las entidades territoriales respecto de la actividad Minera, las cuales deben ser armonizadas mediante los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Aseguró que aunque la sentencia T-445 de 2016 dio un alcance al principio de concertación *“...que solo puede ser aplicado en el caso concreto por tratarse de un sentencia inter partes – otorgando un poder casi de veto a la decisión popular del municipio de Pijao (Quindío), esta no constituye una regla de derecho que deba ser observada en la materia”* y, agregó que ni siquiera en esta sentencia al Corte Constitucional *“... ha vaciado de contenido o hecho nugatorias las facultades que como autoridad minera tiene la Agencia Nacional de Minería ni las competencias que en materia de formulación de política pública minera tiene el Ministerio de Minas y Energía”*.

1.6.4.2. De otra parte, señaló que no resulta claro como el Consejo de Estado, Sección Cuarta puede en primera medida afirmar que la decisión es definitiva pero susceptible de ser revisada con posterioridad por medio de una concertación *ex post*, para luego concluir que la misma es obligatoria porque debe ser incorporada al ordenamiento jurídico.

1.6.4.3. Asimismo, argumentó que la minería no es un asunto de resorte local, por ello la importancia de contar con un régimen de explotación de recursos naturales sustentado en el marco del respeto del principio de Estado Unitario y la autonomía territorial, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-395 de 2012.

Aseguró que una interpretación contraria la expuesta por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad implicaría desconocer la propiedad de la Nación sobre los recursos naturales no renovables y el subsuelo (artículo 332 C.P), las competencias de



entidades como el Ministerio de Minas y Energía y las Agencias Nacionales de Minería y de Hidrocarburos y, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad de los niveles central y territorial en la materia.

Indicó que cuando el alcalde El Peñón convocó la consulta popular transgredió la Ley 134 de 1994, artículo 51, que dispone que los gobernadores y alcaldes pueden convocar consultas para que el pueblo decida exclusivamente sobre asuntos departamentales, municipales, distritales y locales.

1.6.4.4. Finalmente, argumentó que el Tribunal Administrativo de Antioquia ha anulado 5 acuerdos municipales por medio de los cuales se prohibía la minería en los territorios, por considerar que este aspecto no es de competencia de los consejos municipales.

1.6.5.Ecopetrol

Mediante escrito radicado en la Secretaría General el 6 de octubre de 2017¹⁷, la apoderada general de la entidad pidió que se tenga como tercero con interés, sustentando para tal efecto que el municipio de El Peñón se encuentra atravesado por el poliducto Sebastopol – Bogotá, que evacua productos refinados como gasolina, diesel y gasolina Yet para el centro del país, y por el poliducto de Oriente que es utilizado para diluir los crudos pesados que se extraen en la zona de la Orinoquía, y poderlos transportar a las refinerías de Barrancabermeja y Reficar.

Solicitó que se acceda a las pretensiones de la acción de tutela, en razón a que las limitaciones que se impongan a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, incidirán en el desarrollo de la actividad de transporte, pues se desdibuja la necesidad de la existencia de oleoductos y poliductos a lo largo del país, si a través de consultas populares se prohíbe la realización de estas actividades.

Anotó que la realización del mencionado mecanismo de participación ciudadana en El Peñón generará impactos colaterales para el desarrollo de las actividades que se realizan en las áreas colindantes al municipio, especialmente, en la provisión de mano de obra y bienes y servicios, e incluso efectos migratorios de personas que, buscando

¹⁷ Folios 162 a 198 del expediente de tutela.



empleo se movilicen a otros municipios, principalmente en esta zona del país donde la población ha soportado sus principales fuentes de ingresos en la actividad petrolera.

Sostuvo que el contenido de la pregunta no garantiza que en el proceso de votación, los habitantes del municipio de El Peñón comprendan el fondo de lo que se cuestiona en la consulta popular.

Finalmente, aseguró que la autoridad judicial accionada desconoció lo establecido en las Leyes 1454 y 1551, ambas de 2011, que establecen que a las autoridades municipales al momento de ejercer sus competencias sobre asuntos del orden nacional, como la ejecución de proyectos mineros o de hidrocarburos, les corresponde concertar sus decisiones con las entidades estatales de los diferentes niveles.

1.6.6. Tribunal Administrativo de Santander

En escrito de 12 de octubre de 2017¹⁸, el magistrado ponente pidió que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que no se evidencia la existencia de alguna actuación de la que se pueda derivar la vulneración de los derechos fundamentales aducidos por la entidad demandante.

Afirmó que la providencia atacada cumplió a cabalidad con las etapas propias del proceso, adoptándose el criterio que consideró ajustado a la legalidad, en virtud de la autonomía interpretativa de los jueces.

Sostuvo que durante el trámite del control previo de constitucionalidad de la consulta popular, se realizó un estudio sobre el cumplimiento de los requisitos formales de este mecanismo de participación y, luego se determinó que el texto sometido a consulta se ajustaba a la Carta Política y la ley.

Resaltó que en varios acápites de la decisión censurada se estudió la jurisprudencia constitucional que rige la materia, como las sentencias C-180 de 1994, C-795 de 2000, C-006 de 2002, C-123 de 2014 y T-445 de 2016, sin que se hubiese efectuado una interpretación errónea de las mismas.

1.7. Sentencia de tutela de primera instancia

¹⁸ Folios 201 y 202 del expediente de tutela.



El Consejo de Estado, Sección Cuarta con sentencia de 25 de octubre de 2017¹⁹ negó la acción de tutela.

Como punto de partida del análisis expuso que el Ministerio de Minas y Energía, aun cuando no intervino en el trámite de revisión de constitucionalidad del mecanismo de participación ciudadana, tiene legitimación en la causa por activa en el presente trámite de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del Decreto 381 de 2012, le corresponde a ese organismo, entre otras funciones, formular, adoptar, dirigir y coordinar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales, hidrocarburos y combustibles.

Superado lo anterior, verificó que en el sub judice se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial. Luego, delimitó los problemas jurídicos a resolver y los respondió en el siguiente sentido:

1.7.1. ¿La autoridad judicial accionada incurrió en un defecto sustantivo al pasar por alto las sentencias C-123 de 2014²⁰, C-035 de 2016²¹ y C-273 de 2016²², en las que supuestamente se estableció el requisito de la concertación previa para adelantar una consulta popular a nivel territorial, lo que llevó a que se desconociera el artículo 288 de la Constitución Política? De igual manera, ¿se desconoció el artículo 167 del CGP por cuanto la entidad territorial no demostró la realización de la concertación previa?;

Al respecto la Sección Cuarta concluyó que el Tribunal Administrativo de Santander no desconoció el precedente invocado por el Ministerio en lo relativo a la competencia del alcalde municipal de Córdoba, porque aun cuando no mencionó las sentencias C- 035 de 2016 y C-276 de 2016, sí hizo precisa referencia a la sentencia C- 123 de 2014.

Señaló que del estudio de los parámetros de la Corte Constitucional, podía concluirse que:

(i) Con base en el contexto en el que se dictó la sentencia C-123 de

¹⁹ Folios 203 a 221 del expediente de tutela.

²⁰ M.P. Alberto Rojas Ríos.

²¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²² *Ibid.*

2014, los mandatarios municipales o departamentales no están privados de formular consultas populares sobre asuntos que hagan relación con la actividad minera, pues ello cercenaría el principio de autonomía territorial previsto en el artículo 287 de la Constitución.

- (ii) La convocatoria a consultas populares no está supeditada a la realización de una concertación previa entre las entidades del orden nacional y territorial.
- (iii) En cualquier caso, las decisiones relativas a la ejecución de proyectos mineros deben ser concertadas en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución.

Con sustento en lo anterior, el *juez a quo* de tutela encontró que no se desconocieron las reglas de derecho precisadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-123 de 2014, C- 035 de 2016 y C-273 de 2016, que aluden al deber del Estado y las entidades territoriales de acordar las medidas necesarias para la protección del ambiente sano cuando se trate de la realización de actividades de exploración y explotación minera, teniendo como parámetro los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, condición que, se reitera, esa Corporación Judicial no ha establecido que se deba realizar de manera previa, pues ello llevaría a desconocer el principio de autonomía territorial contenido en el artículo 287 de la Constitución.

Y, respecto del presunto desconocimiento del artículo 167 del CGP relacionado con el deber de probar la realización de la concertación de manera previa, la Sección Cuarta se relevó del su estudio por sustracción de materia pues *"como quedó indicado en precedencia, no requiere que se lleve a cabo de manera previa"*.

1.7.2. ¿El Tribunal Administrativo de Santander desconoció el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015, en tanto pasó por alto, presuntamente, realizar control de constitucionalidad material a la pregunta que se va a poner en consideración de la ciudadanía Peñonera, estudio que únicamente delimitó a la actividad minera cuando también se está consultando sobre cuestiones de hidrocarburos?

Con relación al punto, consideró que de conformidad con lo dicho por

la autoridad judicial demandada se podía colegir que la pregunta aprobada por el Concejo Municipal de El Peñón, no desconoce la exigencia constitucional (C-551 de 2003) de lealtad y claridad, en tanto no fue redactada con la intención de manipular o de direccionar la voluntad de ciudadano.

Agregó que como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016 , que en el control de constitucionalidad de las consultas populares *“los tribunales administrativos deben en la medida de lo posible limitarse a ejercer el control constitucional de la manera más garantista posible al derecho de participación ciudadana (formal-participativo)”*, pues respecto de la norma jurídica que resulte proceden los medios judiciales de control previstos en el ordenamiento jurídico contra los actos administrativos o las leyes de la República.

Finalmente, expuso que en lo que se refiere al cargo relativo a que el fallo objeto de tutela no dijo nada sobre la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos en algunos apartes, debía aclararse que la lectura de la providencia no puede realizarse de manera aislada, puesto que del análisis sistemático de la misma se desprende que el estudio recayó sobre la totalidad de la pregunta de la consulta popular, lo que sugiere que están incluidas las actividades minera y la de hidrocarburos.

1.7.3. ¿El Tribunal demandado incurrió en desconocimiento del precedente judicial contenido en la sentencia de tutela de 30 de mayo de 2017²³, emanada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el marco de la consulta popular de hidrocarburos de Cumaral, Meta?

Precisó que aun cuando la parte actora no fue clara en señalar porqué esta decisión fue desconocida, a analizar la providencia de 30 de mayo de 2017 distan del que ahora se debe decidir, pues en aquella ocasión se cuestionó: (i) si fue irregular el trámite de la consulta popular por haber mutado de consulta popular a consulta de origen gubernamental, iniciativa que no contó con el respectivo análisis de financiación y de impacto fiscal previsto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003; (ii) si la entidad territorial tenía competencia para convocar a la consulta popular sobre el desarrollo de actividades de la industria de hidrocarburos y (iii) si el estudio de constitucionalidad de la pregunta atendió los parámetros fijados en los artículos 52 de la Ley 134 de 1994 y 38 literal b) de la Ley 1757 de 2015, cuestiones que en nada

²³ M. P. (E) Stella Jeannette Carvajal Basto. Exp. 11001-03-15-000-2017-01198-00.



coinciden con el estudio efectuado en esta oportunidad.

1.7.4. Destacó que la decisión que adopta el pueblo como consecuencia de la realización de una consulta popular es definitiva, lo que no supone la imposibilidad de que las autoridades nacionales y territoriales puedan realizar un ejercicio de concertación *ex post* que permita la construcción de una política minera, conforme a los principios que consagra el artículo 288 superior. Además, es obligatoria, porque exige al gobernante incorporarla al ordenamiento jurídico, mediante una ley, reglamento o acto administrativo de contenido particular y concreto, si es del caso y solo desde ese momento puede entenderse como vinculante.

Finalmente, señaló que como en el asunto objeto de estudio la consulta popular del municipio de El Peñón se refiere a actividades mineras, se trata de un asunto general en tanto interesa y afecta a toda la comunidad de ese territorio, lo que significa que la decisión que se adopte deberá incorporarse al ordenamiento jurídico mediante la expedición del respectivo acto normativo, el cual empezará a surtir efectos hacia el futuro a partir de su publicación. En tal virtud, se deben respetar las situaciones jurídicas particulares consolidadas de quienes obtuvieron licencias, concesiones, permisos y autorizaciones para desarrollar actividades mineras, lo que con base en los principios de buena fe y confianza legítima conlleva garantizar seguridad jurídica.

La sentencia de tutela de primera instancia fue notificada mediante correos electrónicos enviados el 3 de noviembre de 2017 (Folios 222 a 228).

1.8. Impugnación

Con escrito presentado el 9 de noviembre de 2017²⁴, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado impugnó la providencia proferida por la Sección Cuarta.

Al efecto, argumentó el juez a quo de tutela desconoció los argumentos fundamentales en los que se sustentó la acción de tutela, “... toda vez que el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente no fue abordado con la correcta suficiencia en la referida sentencia”, porque tuvo en consideración la sentencia C-123 de 2014 pero también la T-445 de 2016, la cual desconoce lo establecido por la Corte Constitucional en

²⁴ Folios 229 a 248 del expediente.



la providencia de constitucionalidad.

Insistió en que la sentencia acusada incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional establecido en las sentencias C-123 de 2014, C-389 de 2014, C-273 de 2016, y C-035 de 2016.

Finalmente, reiteró los demás argumentos expuestos en el escrito de coadyuvancia a la acción de tutela presentado por el Ministerio de Minas y Energía.

1.9. Trámite en segunda instancia

1.9.1. El Despacho ponente, mediante auto de 18 de diciembre de 2017²⁵ se ordenó poner en conocimiento de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Ambiente y Desarrollo Sostenible y, del Interior; de las agencias nacionales de Hidrocarburos, de Minería y, de Licencias Ambientales; de las asociaciones colombianas de Ingenieros de Petróleos, de Minería y, Agregados Pétreos; de la Federación Colombiana de Municipios y la Corporación Autónoma Regional de Santander, la nulidad saneable que se presenta en el proceso de la referencia.

Lo anterior debido a que las entidades mencionadas no fueron vinculadas al proceso a pesar de que de acuerdo con los cargos presentados por la parte actora, la providencia judicial acusada desconoció las competencias de las entidades del Gobierno Nacional mencionadas, respecto de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, esto, al permitir que se someta a consulta popular por parte de los habitantes de una entidad territorial.

Y, además en atención a que, según lo alegó el peticionario, con la consulta se prohibirán las actividades extractivas y, en consecuencia, se impedirá que los trabajadores técnicos, tecnólogos, profesionales y mano de obra no calificada pueda desempeñar laboral no productivas en dicho municipio.

Finalmente, se requirió al Tribunal Administrativo de Santander para que remitiera de manera inmediata y en calidad de préstamo el expediente No. 68001-23-33-000-2017-00855, por ser indispensable

²⁵ Folios 262 a 265 del expediente.



436

para resolver el asunto que se somete a conocimiento del juez constitucional.

1.9.2. En cumplimiento a la orden impartida, mediante auto de 18 de diciembre de 2017, se recibió en el Despacho copia simple del expediente No. 68001-23-33-000-2017-00855 el 9 de febrero de 2018.

1.9.3. Una vez revisado el expediente de control previo de constitucionalidad del mecanismo de participación ciudadana, se advierte que el 5 de julio de 2017 presentaron solicitud de coadyuvancia *“... para la conveniencia de la consulta popular del municipio de El Peñón Santander”* la Asociación Frutipeñón, *“los usuarios del acueducto comunitario”*, el Gremio Transportador, el Gremio *“ganadero y de productores de leche y sus derivados cárnicos”* y a la Asociación del Cultivadores de Cacao del municipio, sujetos que, a pesar de tener interés en las resultas del presente trámite de tutela de la referencia, no fueron vinculados.

Por ello con providencia de 23 de febrero de 2018, se puso en conocimiento de los mencionados coadyuvantes, la nulidad saneable que se presenta en el proceso de la referencia.

1.10. Intervenciones en segunda instancia

1.10.1. Federación Colombiana de Municipios

Por medio del Director Ejecutivo pidió negar el amparo por considerar que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Santander se ajustó a derecho y permite la participación de la comunidad en relación con la exportación minera, garantizando el goce efectivo de sus derechos y garantías constitucionales.

Soportó su argumento en la sentencia T-445 de 2016 de conformidad con la cual: (i) la consulta popular tiene fuerza vinculante, (ii) puede versar sobre asuntos como el uso del suelo por ser de competencia de los municipios de conformidad con los artículos 1°, 40, 103, 270, 311 y 313 de la Constitución Política.

Asimismo, aseguró que la pregunta que se sometería a consulta popular cumple con los requisitos fijados en la sentencia C-551 de 2003 y que la extracción de recursos naturales no renovables afecta la disponibilidad del suelo y la capacidad de las autoridades territoriales



de hacer un ordenamiento autónomo del territorio, por lo que deben respetarse los principios de coordinación, subsidiariedad y concurrencia (C-123 de 2014 y C-035 de 2016).

Finalmente, destacó que la Federación Colombiana de Municipios tiene como misión defender y promover la descentralización, la autonomía, la democracia y la gobernabilidad local.

1.10.2. Ministerio del Interior

El Director para la Democracia, la Participación Ciudadana y la Acción Comunal pidió que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la cartera ministerial. Al efecto, señaló que no existe nexo causal entre la violación o amenaza de los derechos fundamentales y la labor del ministerio.

1.10.3. Agencia Nacional de Minería

El Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica de agencia solicitó acceder a la pretensiones elevadas mediante la acción de tutela, dejar sin efectos la sentencia acusada y declarar inconstitucional la iniciativa de consulta popular de el municipio de El Peñón.

Afirmó que en el país se advierte con preocupación que mediante la realización de consultas populares “... las autoridades territoriales se atribuyen la facultad de prohibir la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado...” cuestión que a todas luces viola el principio de legalidad y las disposiciones constitucionales que otorgan la propiedad y administración de los recurso mencionados en cabeza de la Nación.

Aseguró que las normas que le conceden facultades en materia de ordenamiento territorial a los municipios en ningún momento le otorgan a la entidad territorial la facultad de prohibir en un determinado territorio la ejecución de actividades mineras.

1.10.4. Ministerio de Ambiente

Por medio de apoderada especial presentó memorial en el que manifestó que el ministerio es respetuoso de los pronunciamientos judiciales, del marco jurídico que regula los mecanismos de



437

participación ciudadana y las decisiones democráticas adoptadas a nivel descentralizado en las diferentes consultas populares por ser el reflejo de la autonomía y pluralidad del Estado, siempre que se garantice el mayor nivel de información técnica posible para soportar las decisiones.

1.10.5. Ministerio de Hacienda

La Delegada Judicial de la cartera ministerial pidió declarar inconstitucional la consulta popular convocada en el municipio de El Peñón, por considerar que vulnera normas de rango constitucional y porque debido a la importancia del tema debió garantizar la intervención de todos los interesados en el proceso.

1.10.6. Agencia Nacional de Licencias Ambientales

La agencia solicitó que se declarara su falta de legitimación en la causa por pasiva o, en su defecto la improcedencia de la acción constitucional en lo que respecta a la entidad.

1.11. Designación de conjuez

En consideración a que la ponencia de tutela discutida en la sesión realizada el 18 de abril de 2018 no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación, la Sala de Sección consideró necesario designar como conjuez²⁶ a quién resultó sorteado como tal dentro del trámite del expediente de tutela 11001-03-15-000-2017-02829-00, esto es, al doctor Jesús Vall de Rutén Ruiz, quien aceptó el encargo y, en consecuencia, se integró para todos los efectos la Sala de Decisión.

Lo anterior, comoquiera que en el presente caso el problema jurídico también consiste en determinar si los Tribunales Administrativos, al realizar el control previo y declarar la constitucionalidad de las consultas populares municipales sobre la realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales han desconocido las competencias de la Nación. Por ello, resultaba necesario darle prevalencia al principio de seguridad jurídica, en aras de que la decisión de estos asuntos no dependa del azar o sorteo de quien deba resolver el empate de la Sala y, en consecuencia, se predique

²⁶ De esta decisión se dejó constancia en el Acta de la sesión celebrada el 18 de abril de 2018.



coherencia y armonía dentro del ordenamiento y, en particular, al interior de la Sección Quinta.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado en contra de la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta el 25 de octubre de 2017 por medio de la cual se negó la solicitud de amparo constitucional, de conformidad con lo establecido por los Decreto 2591 de 1991 y 1065 de 2016 modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 055 de 2003.

2.2. Cuestión previa

Previo a analizar los cargos de impugnación presentados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Sala considera pertinente abordar el tema de la legitimación para actuar en el presente proceso.

Sobre la figura de la coadyuvancia en la acción de tutela la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos (Sentencia T-269 de 2012):

*"En el trámite de la acción de tutela, reglamentado en el Decreto 2591 de 1991, se prevé que los terceros con interés legítimo pueden intervenir en el proceso de tutela actuando como coadyuvantes. El artículo 13 del Decreto 2591 dispone que 'quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud'. Esto implica, en principio, que con independencia de la categoría particular dentro de la que pudieran ubicarse en razón de su interés en el proceso y del nombre que se les asigne dentro de los procesos ordinarios, en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, **y no promoviendo sus propias pretensiones**. En el trámite de las acciones de tutela esta delimitación del papel de los terceros debe armonizarse con el principio de informalidad y de prevalencia de lo sustancial que rigen el proceso. Es por esto que una persona que no solicitó el amparo y que luego es vinculada a su trámite, bien por solicitud de las partes o por decisión oficiosa del juez, puede advertir que su interés no se reduce al resultado del proceso, sino que también es titular de los derechos que se ven vulnerados o amenazados en el caso concreto. Esto ocurre en virtud de los mismos hechos más o menos delimitados desde la instauración de la tutela, y porque es la misma persona o autoridad pública accionada quien con su conducta ha generado esta situación presentada al juez de tutela". (Subrayas fuera de texto).*



438

En el caso, se tiene que de conformidad con las competencias establecidas por el Decreto 4085 de 2011 y el artículo 610 del Código General del Proceso, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede actuar en cualquier estado del proceso (i) como interviniente, en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado, o (ii) como apoderada judicial de entidades públicas, facultada, incluso, para demandar.

Cuando la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado actúa como interviniente, cuenta con las mismas facultades atribuidas legalmente a la entidad o entidades públicas vinculadas como parte en el respectivo proceso.

Así las cosas, se tiene que la agencia actúa en calidad de coadyuvante a través de su Directora General (E) de conformidad a la resolución de nombramiento No. 918 de 2017 y acta de posesión No. 017 de 15 de mayo de 2017, en defensa de los derechos e intereses del Ministerio de Minas y Energía.

2.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si confirma, modifica o revoca la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta el 25 de octubre de 2017 por medio de la cual se negó la solicitud de amparo constitucional presentada por el Ministerio de Minas y Energía.

Para resolver este problema, se abordarán los siguientes temas: (i) los pilares fundamentales que orientan el Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano; (ii) la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana y su trámite; (iii); el control judicial y previo de constitucionalidad de los mecanismos de participación democrática y los límites a los asuntos que pueden someterse a consulta popular; (iv) de la competencia constitucional en materia de extracción de recursos naturales no renovables; (v) la procedencia de la consulta popular del orden municipal para la realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables.

Superado lo anterior la Sección (vi) expondrá su criterio en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y; (vii) abordará el caso concreto de acuerdo con los cargos expuestos en el escrito de impugnación presentado por la Agencia Nacional de



Defensa Jurídica del Estado.

2.4. Los pilares fundamentales que orientan el Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano

La Constitución Política de Colombia en su artículo 1° instituyó los pilares básicos o estructurales del Estado Social y Democrático de Derecho, a saber, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, todo esto soportado en la prevalencia del interés general.

La disposición en comento señala:

“ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Cada uno de los mencionados pilares fundamentales tiene un contenido dogmático que orienta la acción del Estado en la consecución de sus fines esenciales, también trazados por el Constituyente en el artículo 2° de la Carta:

ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Fines que, se resalta, superaron hace mucho los previstos por el Estado Liberal de Derecho pues “ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme. Sus fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P.). Para ello, el Estado cuenta con facultades amplias de intervención en la economía, las cuales han de estar orientadas a lograr los fines generales del



*Estado y los fines especiales de la intervención económica enunciados principalmente en el artículo 334 de la Constitución. Entre estos fines especiales se destacan el de "asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" (art. 334 de la C.P., inc. 2°)*²⁷.

Además de lo anterior, se destaca que **los mencionados pilares del Estado Social de Derecho encuentran sentido en un marco en el que se garantice el interés general**, teniendo en cuenta, por supuesto, que su aplicación no es absoluta e inmediata y que su invocación *a priori* no puede emplearse para la vulneración de los derechos de las personas, lo que hace indispensable que: (i) la existencia de un interés general se verifique en cada caso, (ii) aquél interés motive una acción del Estado que esté realmente dirigida a la obtención de los objetivos constitucionales y; (iii) la acción esté "... mediatizada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales"²⁸.

En consonancia con lo expuesto, esto es, la afirmación según la cual la garantía del interés general no puede ser empleada como un criterio *tabula rasa* para desconocer derechos fundamentales e intereses particulares, la Corte Constitucional (sentencias C-035 y C-389 de 2016) ha considerado que cuando existe una **tensión entre el derecho al medio ambiente sano y el desarrollo sostenible** es necesario acudir a reglas hermenéuticas que permitan soluciones caso a caso.

Las mencionadas son del siguiente tenor:

Primera, si se indicare que el desarrollo puede prescindir del ambiente, se está ante un falso conflicto, originado en una comprensión inadecuada del desarrollo, como riqueza económica, pues *"la generación de rentas inmediatas no es desarrollo si lleva inexorablemente a un futuro de escasez o agotamiento definitivo de las riquezas naturales, en términos de ecosistemas, biodiversidad y servicios ambientales"*.

Segunda, incluso en el marco de una comprensión adecuada del desarrollo sostenible pueden darse tensiones, no ya por una incompatibilidad abstracta entre desarrollo y ambiente, sino por:

²⁷ C-288 de 2012.

²⁸ C-053 de 2001.

- La existencia de discusiones científicas acerca del resultado de ciertas medidas. En este caso, es necesario recordar el deber de los operadores jurídicos de aplicar los *principios de prevención y precaución*, que actúa como una regla de cierre, permitiendo resolver las dudas en pro del ambiente.
- La confluencia de visiones distintas derivadas del pluralismo social y jurídico que defiende la Carta. Bajo este supuesto, las respuestas deben construirse en el marco de un diálogo intercultural entre iguales, pues las culturas que conviven en Colombia son titulares del derecho a un idéntico respeto; y que otorgue a la participación un efecto expansivo.

En todo caso, se recordó que **las respuestas construidas en torno a una prevalencia del interés general no resultan adecuadas para enfrentar estas tensiones** (medio ambiente sano y el desarrollo sostenible) toda vez que el *“supuesto crecimiento económico vinculado a daños ambientales o culturales irreversibles, a la extinción de los recursos y la biodiversidad, o a la afectación de ecosistemas estratégicos, no responde al interés general, que tanto el desarrollo, como el carácter multicultural y pluriétnico del Estado son asuntos amparados por la prevalencia del interés general y en cambio, el interés privado no tiene esta característica”*²⁹.

No obstante lo anterior, resulta ineludible indicar que un **Estado que pretenda ser Social y de Derecho debe contar con una viabilidad a largo plazo, esto es, debe contar con sostenibilidad fiscal**, cuestión que inevitablemente depende de su propia capacidad de recaudar ingresos. La Constitución Política, en el artículo 334 se refiere al principio en mención:

*“ARTICULO 334. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 de 2011, Desarrollado por la Ley 1695 de 2013. El nuevo texto es el siguiente: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un **marco de sostenibilidad fiscal**, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

²⁹ C-389 de 2016.



440

(...)

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En consecuencia, resulta claro que, si bien, el Estado no puede invocar la sostenibilidad fiscal y el interés general como argumentos válidos para restringir el alcance o negar la protección efectiva de un derecho fundamental, lo cierto es que, este principio es una herramienta para *“la realización sostenible y eficiente del Estado Social de Derecho”* que permite alcanzar de forma progresiva los fines del Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que los recursos son limitados y que debe garantizarse el disfrute de los derechos reconocidos en la Constitución.

2.5. La consulta popular como mecanismo de participación ciudadana y su trámite

En la Constitución Política, artículo 103, se consagraron como mecanismos de participación del pueblo soberano: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. Además, se indicó que la ley reglamentaría el asunto.

Además, la misma Carta señaló que la ley debe garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el derecho al medio ambiente sano (artículo 79).

El desarrollo normativo de este mecanismo de participación ciudadana se encuentra en dos Leyes Estatutarias la Ley 134 de 1994 *“por la cual se dictaron normas sobre mecanismos de participación ciudadana”* y 1757 de 2015 *“por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación ciudadana”*.

La Ley 134 de 1994 en el artículo 8 definió la consulta popular así:

“Artículo 8º.- Consulta popular. La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al



respecto.

En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria.

Cuando la consulta se refiere a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República”.

La misma norma en el Título V, se refiere a las **consultas populares**:

- (i) **nacionales** indicando que mediante estas el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República se somete a decisión del pueblo un asunto de trascendencia nacional siempre que el tema sometido a consulta no implique una modificación a la constitución (artículo 50);
- (ii) **del nivel departamental, distrital, municipal y local** como aquellas en virtud de las cuales los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales (artículo 51).

La ley *ejusdem* indica que los asuntos pueden someterse a consulta mediante un **texto de pregunta redactado en forma clara, de tal manera que puedan contestarse con un "SI" o un "NO"** (artículo 52 Ley 134 de 1994).

Con el artículo 18 de la Ley 1757 de 2015 se delimitaron las cuestiones que pueden ser objeto de iniciativa popular legislativa y normativa, referendo o consulta popular, en el siguiente sentido:

Solo pueden ser materia de iniciativa popular legislativa y normativa, consulta popular o referendo ante las corporaciones públicas, aquellas que sean de la competencia de la respectiva corporación o entidad territorial.

No se podrán presentar iniciativas populares legislativas y normativas o consultas populares ante el Congreso, las asambleas, los concejos o las juntas administradoras locales, sobre las siguientes materias:

- a). Las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes;
- b). Presupuestales, fiscales o tributarias;
- c). Relaciones internacionales;
- d). Concesión de amnistías o indultos;
- e). Preservación y restablecimiento del orden público.

En relación con el **trámite** para el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana las dos normas estatutarias prevén requisitos especiales que pueden dividirse en **las siguientes etapas**:

- (i) De inscripción y recolección de apoyos ciudadanos que culmina con la expedición por parte de la Registraduría del Estado Civil



correspondiente de una certificación sobre si se ha cumplido o no con los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la propuesta (Ley 1757 de 2015 Título II, Capítulo I estableció las reglas comunes aplicables a los mecanismos de participación ciudadana artículo 15);

(ii) Trámite ante las Corporaciones Públicas para que estas se pronuncien sobre la conveniencia de la iniciativa (Ley 1757 de 2015 Título II, Capítulo I estableció las reglas comunes aplicables a los mecanismos de participación ciudadana artículos 19 y 20), sobre el punto el artículo 33 de la Ley 134 de 1994 ya había previsto que si la consulta es nacional o del orden territorial se necesita un concepto previo o del Senado de la República o de la asamblea, el concejo o a la junta administradora local según sea el caso.

(iii) Revisión previa de constitucionalidad de los mecanismos promovidos por parte de la Corte Constitucional si se trata del referendo constitucional y del texto que se somete a consulta popular para la convocatoria a una Asamblea Constituyente o, de competencia de los Tribunales Administrativos de los demás mecanismos de participación (artículos 53 de la Ley 134 de 1994 y 21 de la Ley 1757 de 2015).

(iv) Fijación de la fecha en la que se llevará a cabo la jornada de votación del mecanismo de participación ciudadana correspondiente; dentro de los 8 días siguientes a la notificación sobre el pronunciamiento sobre la constitucionalidad del texto de la pregunta por parte de la autoridad judicial competente; de la certificación del Registrador del cumplimiento de los requisitos para la revocatoria del mandato; del Concepto de la corporación pública de elección popular para el plebiscito y la consulta popular, el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde, según corresponda, fijará fecha en la que se llevará a cabo la jornada de votación del mecanismo de participación ciudadana correspondiente y adoptará las demás disposiciones necesarias para su ejecución.

Entratándose de una consulta popular esta debe realizarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha del concepto previo de la corporación pública respectiva o del vencimiento del plazo indicado para ello

(v) Votación, luego de cumplir con los requisitos y el procedimiento

anteriormente mencionado se procede a la votación popular.

(vi) Adopción de la decisión, la determinación a la que llegue el pueblo es obligatoria en todo mecanismo de participación democrática, en particular (artículos 55 de la Ley 134 de 1994 y 41 de la Ley 1757 de 2015). La consulta popular, se requiere que la pregunta sometida al pueblo haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral;

(vii) Adopción de las medidas, la autoridad correspondiente debe adoptar medidas para hacer efectiva la decisión del pueblo (artículo 56 de Ley 134 de 1994 y 42 de la Ley 1757 de 2015), cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva debe expedirla dentro del mismo período de sesiones o a más tardar en el período siguiente. Si vencido, este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde dentro de los quince (15) días siguientes puede adoptarla mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso.

2.6. El control judicial y previo de constitucionalidad de los mecanismos de participación democrática y los límites a los asuntos que pueden someterse a consulta popular

Como se indicó en el acápite anterior, la Ley 134 de 1994 señala que los asuntos pueden someterse a consulta mediante un texto de pregunta redactado en forma clara, de tal manera que puedan contestarse con un "SI" o un "NO" (artículo 52).

En relación con el ámbito en los que puede hacerse la consulta, los artículos 50 y 51 de la misma norma disponen que el mecanismo de participación ciudadana puede ser nacional o local.

2.6.1. Sobre el punto, la Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994, estableció que *"en el ámbito descentralizado territorialmente, sea regional, provincial o local la consulta popular versa sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio, y la iniciativa de convocarla le corresponde al Gobernador o Alcalde, según el caso. La consulta popular es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que la obliga a traducirla en*



acciones concretas. Es el parecer que se solicita a la comunidad política o cívica para definir la realización o buscar el apoyo generalmente, en relación con actuaciones administrativas en el ámbito local. El derecho de todo ciudadano a participar en las consultas populares, hace parte del derecho fundamental a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político”.

2.6.2. Con el artículo 18 de la Ley 1757 de 2015 se delimitaron las cuestiones que pueden ser objeto de iniciativa popular legislativa y normativa, referendo o consulta popular, en el siguiente sentido:

Solo pueden ser materia de iniciativa popular legislativa y normativa, consulta popular o referendo ante las corporaciones públicas, aquellas que sean de la competencia de la respectiva corporación o entidad territorial.

No se podrán presentar iniciativas populares legislativas y normativas o consultas populares ante el Congreso, las asambleas, los concejos o las juntas administradoras locales, sobre las siguientes materias:

- a). Las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes;*
- b). Presupuestales, fiscales o tributarias;*
- c). Relaciones internacionales;*
- d). Concesión de amnistías o indultos;*
- e). Preservación y restablecimiento del orden público”*

2.6.3. La Sala considera necesario hacer mención al **control judicial y previo de constitucionalidad de los mecanismos de participación democrática.**

Frente al punto, tanto la Ley 134 de 1994 (artículo 53) como la Ley 1757 de 2015 (artículo 21) disponen que los Tribunales Administrativos deben pronunciarse sobre la constitucionalidad de los mecanismos de participación democrática.

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley 1757 de 2015, en la C-150 de 2015 indicó que el examen a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene por objeto garantizar que las iniciativas del nivel territorial no desconozcan las prescripciones legales y constitucionales y por ello, debe ser: (i) **previo** al pronunciamiento del pueblo; (ii) **integral**, en tanto comprende la regularidad del procedimiento y la compatibilidad material con la Constitución y; (iii) **estricto**, en cuanto a si la materia que se somete al pronunciamiento del pueblo cumple cabalmente la restricción competencial.

En relación con el asunto, la Sección reitera las consideraciones expuestas en sentencia de tutela de 15 de diciembre de 2016³⁰, en la

³⁰ Rad. No. 11001-03-15-000-2016-03415-00, Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

que al estudiar un asunto similar al de la referencia, la Sala se refirió a la sentencia C-551 de 2013, que construyó unas sub-reglas para la formulación de preguntas en el marco de un proceso de referendo, las cuales hizo extensivas a la consulta popular, según lo advirtió en la sentencia T-445- de 2016.

La Sección Quinta, en la mencionada decisión consideró que el texto de la pregunta de una consulta popular no debe contener notas introductorias que, lejos de orientar al elector, le induzcan su respuesta. Y que, tal circunstancia se presenta cuando el texto contiene notas inductivas de la respuesta final, que direccionan la voluntad del elector sólo hacia una de las dos opciones de respuesta (generalmente sí o no), mediante expresiones que carecen de objetividad y neutralidad.

Asimismo, esta Sala hizo mención a las reglas para las preguntas que ha establecido la Corte Constitucional, así:

*"Teniendo en cuenta lo anterior la **sentencia C-551 de 2003** estableció las siguientes sub reglas:*

(...)

*(ii) Las preguntas **deben cumplir con exigencia de lealtad y claridad:** "Es indudable que la protección de la libertad del elector implica la doble exigencia de lealtad y claridad en la redacción del texto sometido a consideración del pueblo."*

*(iii) Las preguntas inductivas violan libertad del elector y desconoce exigencia de lealtad: "Puede suceder que **según los términos en que sean redactadas las preguntas, éstas puedan ser manipulativas o directivas de la voluntad del ciudadano, inductivas de la respuesta final, tendenciosas o equívocas**, lo cual puede conducir a la desinformación, al error, o a una falsa percepción del fenómeno político.*
(...)

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



de convocatoria, y (vi) revistan de un mayor grado de legitimidad la decisión que se tome."

(...)

Por ello, se consideró que de acuerdo con los requisitos dados por la Corte Constitucional, los textos de las preguntas, particularmente sus notas introductorias, deben cumplir la exigencia de lealtad y claridad, mediante referencias neutrales e imparciales que eviten inducir la respuesta del elector y no presenten información parcial o engañosa que vicie la voluntad política.

En revisión de constitucionalidad (C-150 de 2015), la Corte indicó que **(i) existen restricciones competenciales del pueblo en consulta popular (ESTRICTO)**, por ello el mecanismo no puede referirse a materias que no se encuentren comprendidas por las competencias del respectivo nivel territorial, en esa medida, no es posible que mediante una consulta popular municipal se pregunte a los ciudadanos asuntos de carácter departamental. En la misma línea, una consulta popular promovida por el Presidente de la República no puede pretender del pueblo un pronunciamiento sobre un asunto exclusivamente territorial.

En la decisión de constitucionalidad la Corte retomó el criterio expuesto en la sentencia T-123 de 2009 en la que se indicó que *"La primera restricción relacionada con la consulta popular, como mecanismo de participación democrática, tiene que ver con la esfera dentro de la cual se desarrolla"*.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Constitución Política en el artículo 105 previó el mecanismo para que los gobernadores y alcaldes según el caso, puedan realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio, lo que a su vez replicó la Ley 134 de 1994 en el artículo 51.

En consideración a lo anterior, la Corte concluyó, que tanto el Constituyente como el Legislador, *"impusieron una expresa restricción a los mandatarios departamentales y municipales o distritales, que sólo les permite llamar a la comunidad para pronunciarse sobre asuntos de orden regional o local. Así, por ejemplo, un Gobernador no podría consultar a la ciudadanía sobre un asunto fiscal del orden nacional, por ser una cuestión ajena a su competencia; tampoco podría un alcalde hacer una consulta para decidir cuestiones del nivel regional que no sólo involucran a su vecindad, sino que trascienden a la esfera departamental o nacional."*

En la misma sentencia C-150 de 2015, la Corte expuso de manera expresa que *“en aplicación de esta regla, (...) ha considerado que no es posible someter a una consulta popular territorial, materias que son competencia de determinadas autoridades ambientales tal y como ocurre con las Corporaciones Autónomas Regionales”*, para lo anterior, se refirió a la sentencia T-123 de 2009 en la que se señaló:

“Teniendo en cuenta la configuración constitucional y legal del sistema ambiental en Colombia, la Corte considera que el impacto de las decisiones que en esa materia adoptan las CARs trasciende de la esfera estrictamente municipal para imbricarse en un escenario regional con proyección nacional. En esa medida, sus decisiones no pueden estar condicionadas por la voluntad ciudadana expresada en una consulta popular del nivel municipal, pues esta sólo tiene alcance respecto de asuntos de la competencia propias de la administración local.

En síntesis, a juicio de la Corte no se vulnera el derecho fundamental a la participación ciudadana cuando una Corporación Autónoma Regional no atiende una consulta popular del nivel municipal, para efecto de la expedición de una licencia ambiental, pues se trata de esferas competencias diferentes, conforme a lo previsto en el artículo 105 de la Constitución, la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana (art.51) y las normas que regulan el sistema de protección al medio ambiente.”

Con fundamento en lo anterior, recalcó que en la mencionada decisión de tutela *“la Corte concluyó que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca no se encontraba vinculada por los resultados de una consulta popular llevada a cabo en Nemocón y cuyo resultado daba cuenta del desacuerdo de los habitantes del municipio con el otorgamiento de una autorización para la construcción de un relleno sanitario regional. En esa medida, la decisión de dicha entidad consistente en otorgar la licencia ambiental para la ejecución de ese proyecto, no desconoció el derecho de participación “dado que las decisiones que en materia ambiental debe adoptar la CAR trascienden la esfera estrictamente municipal y se proyectan en un escenario regional de mayor envergadura” (T-123 de 2009).*

De igual forma, la Corte expuso que existe una (ii) **prohibición de modificar la Constitución o de desconocer derechos constitucionales mediante el empleo de la consulta popular (INTEGRAL).**

Como lo ha señalado la Corte, la convocatoria del pueblo **no puede tener como propósito ni como efecto**

- **La modificación de la Constitución**, prohibición que encuentra justificación en que el mecanismo tiene menores exigencias que la modificación de la Carta, porque *“en efecto, mientras que la presentación*



de la consulta sólo requiere la firma de todos los ministros y el concepto previo favorable del Senado (CP art. 104 y arts 51 y ss de la LEMP) , el referendo debe estar contenido en una ley aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras (CP art. 378). Por ello, permitir que la Constitución sea reformada por medio de una consulta popular es inadmisibles, ya que erosiona la supremacía de la Carta, que no ha previsto ese procedimiento de reforma. Es pues perfectamente coherente que el artículo 50 de la LEMP haya estipulado que “no se podrán realizar consultas sobre temas que impliquen modificación a la Constitución”.

- **La infracción de normas de derechos constitucionales reconocidos por la Carta**, cuestión que atiende a que “la toma de decisiones que conlleven a la violación de derechos o principios de rango constitucional, (...) en la práctica esto implicaría el desconocimiento normativo de la propia Carta Política. Piénsese, sólo a manera de ejemplo, en el caso de una consulta popular para decidir sobre la expropiación de inmuebles sin la indemnización previa correspondiente: una decisión de esta naturaleza sería inadmisibles, pues atentaría contra el artículo 58 Superior, que exige en forma expresa el reconocimiento de la indemnización previa”.

2.6.4. Además de lo anterior, **con el fin de entender si existe una limitación para los municipios respecto de los asuntos que pueden someterse a consideración del pueblo mediante consulta popular**, resulta de gran importancia acudir a las consideraciones expuestas en la sentencia **C-123 de 2014**, que analizó la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001³¹, que preveía lo siguiente:

“Artículo 37. Prohibición legal. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.

Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo”.

En la sentencia C-123 de 2014 se declaró exequible la norma anteriormente transcrita en el entendido de que “en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación **minera**, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano”, y en especial, de sus cuencas hídricas, el

³¹ Como se indicó que los antecedentes de esta sentencia, la norma transcrita fue declarada inexecutable mediante otra decisión de constitucionalidad, la C-237 de 2016 porque “la disposición demandada prohíbe a las entidades de los órdenes “regional, seccional o local” excluir temporal o permanentemente la actividad minera. Más aun, esta prohibición cubre expresamente los planes de ordenamiento territorial. Al hacerlo afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Por lo tanto, es una decisión que afecta bienes jurídicos de especial importancia constitucional, y en esa medida, está sujeta a reserva de ley orgánica.

desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.

Lo primero que destaca la Sala es que si bien el mencionado pronunciamiento de constitucionalidad se dictó en relación con una norma que prohibía a las autoridades locales establecer zonas del territorio que quedaran permanente o transitoriamente excluidas de la **minería** y que, en este caso lo que se discute es la posible prohibición de actividades relacionadas con **hidrocarburos**, lo cierto es que **en aquella oportunidad la Corte Constitucional se ocupó de analizar el límite de las competencias de la Nación y las entidades territoriales para la autorización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, para concluir que** *“la autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial”*.

Como problema jurídico a resolver la sentencia C-123 de 2014 expuso el siguiente: *“si una prohibición absoluta que consagre la ley para que los concejos municipales excluyan zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y explotación minera, prohibición que a su vez implica la imposibilidad de que los planes de ordenamiento territorial consagren restricciones en ese sentido, resulta una limitación desproporcionada a la competencia de regular los usos del suelo dentro del territorio del municipio en cabeza de los concejos municipales y distritales, de acuerdo a los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución”*.

Y, para resolverlo, como aspecto transversal de su análisis apuntó que al igual que no puede concluirse que el constituyente estableció un **principio de autonomía territorial** sin límite alguno, tampoco es válido afirmar que el principio de **Estado unitario** avala cualquier regulación legal que, con el fin de distribuir competencias, establezca límites a contenidos esenciales del principio de autonomía territorial.

De esta manera era necesario fijar una interpretación armónica y sistemática de las disposiciones constitucionales que no vaciara o sacrificara el principio contrapuesto. Por ello, expuso que *“si bien la interpretación del artículo 37 del Código de Minas puede sustentarse en el principio constitucional de **organización unitaria** del Estado –artículo 1 de la Constitución- y los contenidos específicos de los artículos 332 y 334 de la*



445

Constitución, que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de recursos naturales; **también** deben tenerse en cuenta otros contenidos constitucionales de igual valía dentro de la organización del Estado, como son los principios de **autonomía y descentralización** de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses –artículo 287 de la Constitución-, y de coordinación y concurrencia – artículo 288 de la Constitución-, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos”.

En tal medida, consideró que la norma demandada podía interpretarse de acuerdo con los **dos principios constitucionales en tensión**, en el entendido de que en el **proceso de autorización** para la realización de actividades de exploración y explotación minera –**cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado**- se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia³², los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial.

2.6.5. Luego, en la **C-035 de 2016** se analizó la constitucionalidad de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”. En este fallo la Corte puso de manifiesto que “aun cuando la regulación de la explotación de recursos mineros le corresponde al Congreso, y aun cuando es perfectamente posible desde el punto de vista constitucional que una entidad del orden nacional regule la explotación de recursos del subsuelo, **en la práctica no es factible extraer recursos mineros sin afectar la superficie**. En esa medida, es imposible definir la vocación minera de un área sin afectar el ejercicio de competencias sobre el uso del suelo que le corresponden a las autoridades del orden territorial”.

Agregó que, la **extracción de recursos naturales no renovables no sólo afecta la disponibilidad de recursos en el subsuelo, sino también modifica la vocación general del territorio**, y en particular, la capacidad que tienen las autoridades territoriales para llevar a cabo un ordenamiento territorial autónomo. Por ello, tiene que existir un mecanismo que permita la realización del principio de coordinación entre las competencias de la Nación para regular y ordenar lo atinente

³² En relación con el punto, la C-123 de 2014 mencionó que esto obedece a que dichas competencias deben realizarse dentro de los parámetros que determine la ley, “excluir a los consejos municipales del proceso de regulación y reglamentación de las mismas desconoce los principios de *concurrencia* y *coordinación* que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y los entidades del nivel nacional. Principios que son exigencias de rango constitucional, expresamente previstos por el artículo 288 de la Constitución como los parámetros a partir de los cuales se armonice el principio de autonomía territorial con un principio que, como el de forma unitaria del Estado, está en constante tensión con aquel. Se recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de coordinación “*parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas*”.



a la extracción de recursos naturales no renovables y la competencia de las autoridades municipales para planificar, gestionar sus intereses y ordenar su territorio, con criterios de autonomía.

La Corte puntualizó que, “en esa medida, [era] necesario concluir que el ejercicio de la competencia que le corresponde al legislador ordinario para regular determinadas actividades económicas, como en este caso lo es la explotación de recursos naturales del subsuelo, confluye con otras competencias asignadas a las entidades territoriales de diverso orden, como la de definir los usos del suelo. En tales casos, están de por medio, por un lado, la **autonomía de las entidades territoriales** para desempeñar sus funciones de planeación y ordenamiento territorial, competencias que constituyen elementos fundamentales de su autonomía, y por el otro, la necesidad de garantizar que la **explotación de los recursos del subsuelo** beneficie a todas las entidades territoriales, incluyendo aquellas que no poseen dichos recursos”.

Así pues, entre otras determinaciones adoptadas en la sentencia C-035 de 2015, la Corte concluyó que era posible interpretar el artículo 20³³ de la Ley 1753 de 2015 de acuerdo con los dos principios

³³ Ley 1753 de 2015 “ARTÍCULO 20. ÁREAS DE RESERVA PARA EL DESARROLLO MINERO. Las áreas de reserva para el desarrollo minero serán las siguientes: Áreas de Reserva Estratégica Mineras: La Autoridad Minera Nacional determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales, con base en la información geocientífica disponible, podrá delimitar indefinidamente áreas especiales que se encuentren libres.

Estas áreas serán objeto de evaluación sobre su potencial minero, para lo cual se deberán adelantar estudios geológicos mineros por parte del Servicio Geológico Colombiano y/o por terceros contratados por la Autoridad Minera Nacional. Con base en dicha evaluación, esta Autoridad seleccionará las áreas que presenten un alto potencial minero.

Estas áreas se otorgarán mediante proceso de selección objetiva. En los términos de referencia de este proceso, la Autoridad Nacional Minera establecerá los requisitos mínimos de participación, los factores de calificación, las obligaciones especiales del concesionario y podrá establecer las contraprestaciones económicas mínimas adicionales a las regalías. Sobre estas áreas no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera. Para estos efectos la Autoridad Minera contará con la colaboración del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

La Autoridad Nacional Minera dará por terminada la delimitación, cuando las áreas evaluadas no sean seleccionadas, caso en el cual quedarán libres para ser otorgadas mediante el régimen ordinario del Código de Minas. Cuando no se presente licitante u oferente la Autoridad Nacional Minera podrá mantener la delimitación para un futuro proceso de selección sin perjuicio de darla por terminada en cualquier tiempo.

El Gobierno nacional reglamentará la materia a que aluden los incisos anteriores. En los Contratos Especiales de Exploración y Explotación que se deriven de estas delimitaciones, se podrán establecer reglas y obligaciones especiales adicionales o distintas a las establecidas en el Código de Minas.

Áreas de Reserva para la formalización: La Autoridad Minera Nacional podrá delimitar áreas de Reserva Estratégica Minera para la formalización de pequeños mineros, sobre áreas libres o aquellas que sean entregadas a través de la figura de devolución de áreas para la formalización minera.

Áreas de Reserva para el desarrollo minero-energético: El Ministerio de Minas y Energía delimitará las zonas estratégicas para el desarrollo minero-energético en un término no mayor de doce (12) meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. Estas zonas se declaran por un término de dos (2) años prorrogables por el mismo término y su objetivo es permitir el manejo ordenado de los recursos naturales no renovables propendiendo por la maximización del uso de los recursos ajustándose a las mejores prácticas internacionalmente aceptadas.

Sobre estas áreas no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera de carbón. Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas por la autoridad correspondiente a través de un proceso de selección objetiva, en el cual dicha autoridad establecerá los términos de referencia.

En casos de superposiciones de áreas entre yacimientos no convencionales y títulos mineros, en virtud de un acuerdo operacional, la Autoridad Minera Nacional autorizará la suspensión de los títulos mineros sin afectar el tiempo contractual.

Ante la suspensión del título minero por la causal antes señalada, el titular minero podrá solicitar la modificación del instrumento de control ambiental, incluyendo un capítulo de cierre temporal. La autoridad ambiental tramitará dicha modificación.

No podrán ser áreas de reservas para el desarrollo minero las áreas delimitadas como páramos y humedales. PARÁGRAFO 1o. Las áreas estratégicas mineras creadas con base en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 mantendrán su vigencia pero se sujetarán al régimen previsto en el presente artículo.

constitucionales en tensión, el **principio de organización unitaria** del Estado y la **autonomía de las entidades territoriales**, siempre que el contenido de la norma *“garantice un grado de participación razonable de los municipios y distritos en el proceso de decisión sobre la selección y otorgamiento de áreas que presenten un alto potencial minero en el respectivo territorio”*

En tal sentido, se indicó que **para tomar decisiones de transcendencia en relación con actividades de explotación de recursos naturales no renovables:**

- (i) **El único nivel competencial no es el central, sino que por el contrario, las entidades territoriales deben participar de manera activa y eficaz en el proceso de toma de la misma.**
- (ii) *“Es decir, que la **opinión de [las entidades territoriales] debe ser valorada adecuadamente y (...) tener una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades”.***
- (iii) **Los instrumentos de coordinación** deben estar concertados conforme al principio de descentralización, con reconocimiento de la autonomía de los municipios, y deben obedecer a los criterios de coordinación, concurrencia y gradación normativa, adoptando las medidas que sean necesarias para la protección de un ambiente sano, la protección de las cuencas fluviales, el desarrollo económico, social y la identidad cultural de las comunidades.
- (iv) Los ciudadanos afectados deben tener la posibilidad de ejercer sus derechos de participación en la toma de decisiones de protección de los recursos naturales y de vigilancia y control social para la conservación del ambiente sano, a través de los mecanismo de participación ciudadana.

2.6.6. Además de lo anterior, en la sentencia **C-273 de 2016** - por medio de la que se declaró inexecutable el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, por haber regulado asuntos con reserva de Ley Estatutaria - se advirtió que la Constitución Política, de un lado, en el artículo 332 atribuyó competencias al nivel central al indicar que *“Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”* pero que

PARÁGRAFO 2o. No podrán declararse áreas de reserva para el desarrollo minero en zonas de exclusión de conformidad con lo dispuesto por la normatividad vigente.



conforme a la interpretación que le ha dado la Corte desde sus inicios “... la Asamblea Constituyente evitó atribuir a la Nación la propiedad de los recursos no renovables, para evitar la centralización de sus beneficios, pero que tampoco quiso, por razones de equidad y de equilibrio regional, municipalizarlos o atribuir su propiedad a los departamentos”. Y, de otra parte, el artículo 334 de la Constitución también estableció que el Estado “*intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales.*”

En esa medida, si bien los recursos son de propiedad del Estado, la competencia para regular la intervención estatal en su explotación está en cabeza del legislador.

2.6.7. Los mencionados criterios fueron reafirmados por la Corte Constitucional en sentencia C-389 de 2016, en la que se estudió la exequibilidad de los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001, por violación a los principios de la función pública, la planeación ambiental y la prevalencia del interés general; el ambiente sano, el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras; y el derecho fundamental a la participación ciudadana.

La Corporación indicó que al mencionar el concepto de territorio, “*se ha evidenciado una tensión, al menos potencial, entre el ejercicio de las competencias de los ámbitos local y nacional, especialmente, en lo que tiene que ver con la potestad para definir el uso del suelo, la pertenencia de los recursos naturales a la nación y la potestad conferida al Congreso para regular el aprovechamiento de los recursos en armonía con su deber de planificación ambiental. Estos aspectos comprometen también las vertientes participativa y representativa de la democracia.*”

Asimismo, se refirió a la participación ciudadana en asuntos de carácter ambiental (artículo 79 de la Constitución Política³⁴), para señalar que este es un derecho fundamental, de carácter universal, expansivo y garantizado a través de mecanismos como la consulta popular.

Sobre el punto, recalcó que existe un “*sólido cuerpo jurisprudencial*”, en el que se ha defendido la idea de que las decisiones ambientales de importancia, como aquellas relacionadas con el uso, explotación y aprovechamiento del subsuelo **no pueden adoptarse de forma**

³⁴ Constitución Política, artículo 79 “ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.



centralizada, sino que exigen la participación de los entes territoriales, en desarrollo de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación, que definen el contenido de la autonomía territorial y su relación con el principio de unidad nacional.

Además, insistió en que la participación de las entidades territoriales debe darse en una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva, previa 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.

En la misma sentencia se hizo referencia a la “*justicia ambiental*”, como “*el tratamiento justo y la participación significativa³⁵ de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales*”.

Y, finalmente, se advirtió que sobre la protección a la participación de las entidades territoriales y los ciudadanos en la toma de decisiones de carácter ambiental existe un déficit que debía mitigarse mediante una decisión legislativa integral, comprensiva y adecuada.

2.6.8. Pues bien, del análisis de las sentencias de constitucionalidad anteriormente mencionadas (C-123 de 2014, C-035, C-273 y C-389 de 2016) la Sección Quinta del Consejo de Estado, puede extraer las siguientes conclusiones:

- (i) La Constitución estableció que el Estado, no la Nación, es el propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables. (artículos 332 y 334 del C.P.).
- (ii) La explotación de estos recursos del subsuelo afecta sin lugar a dudas el suelo y, por ello, el ejercicio de competencias sobre el uso del mismo que le corresponden a las autoridades del orden territorial (artículos 311 y 313 numeral 7 C,P).

³⁵ En la sentencia se indicó que “*Entretanto se entiende que la participación comunitaria resulta significativa cuando: (i) los residentes comunitarios potencialmente afectados tienen una oportunidad apropiada para participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que afectará su ambiente y/o salud; (ii) la contribución del público y las preocupaciones de todos los participantes son efectivamente tenidas en cuenta y susceptibles de influir la toma de decisiones; (iii) los responsables de decidir promueven y facilitan la participación de aquellas personas y/o grupos potencialmente afectados*”.

- (iii) Como consecuencia de lo anterior, entran en tensión principios constitucionales, de un lado, el Estado Unitario y el desarrollo y, de otro, la autonomía de las entidades territoriales y el medio ambiente sano.
- (iv) La mencionada tensión debe superarse sin que pueda desconocerse el contenido de alguno de los grupos de principios.
- (v) Lo anterior se logra mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad³⁶, que permiten que en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial, es decir, teniendo en cuenta la opinión de las entidades territoriales.
- (vi) Los ciudadanos también pueden intervenir en la toma de decisiones de protección de los recursos naturales y de vigilancia y control social para la conservación del ambiente sano a través de los mecanismos de participación ciudadana.
- (vii) Corresponde al legislador regular la intervención estatal en la explotación de los recursos naturales, mediante un proceso que permita la participación de las entidades territoriales en observancia de los principios autonomía territorial, de concurrencia y coordinación y, de los ciudadanos, en asuntos de carácter ambiental (artículo 79 de la Constitución Política³⁷),

En consonancia con lo anterior, puede concluirse que la consulta popular tiene límites respecto de los asuntos que pueden someterse a

³⁶ En relación con el punto, la C-123 de 2014 mencionó que esto obedece a que dichas competencias deben realizarse dentro de los parámetros que determine la ley, "excluir a los consejos municipales del proceso de regulación y reglamentación de las mismas desconoce los principios de *concurrencia* y *coordinación* que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y las entidades del nivel nacional. Principios que son exigencias de rango constitucional, expresamente previstos por el artículo 288 de la Constitución como los parámetros a partir de los cuales se armonice el principio de autonomía territorial con un principio que, como el de forma unitaria del Estado, está en constante tensión con aquel. Se recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de coordinación "*parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas*".

³⁷ Constitución Política, artículo 79 "ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.



consideración del pueblo, establecidos en el artículo 18 de la Ley 1757 de 2015 cuya interpretación debe ser efectuada a la luz de los pronunciamientos constitucionales según los cuales, **las actividades relacionadas con la exploración y la explotación de los recursos naturales no renovables del Estado, no son competencia únicamente del nivel central (Nación) ni del descentralizado territorialmente (departamentos y municipios) ni de la ciudadanía**, sino que, por el contrario, por la implicaciones que tiene en la práctica compete a todos los niveles señalados anteriormente.

2.7. La competencia constitucional en materia de extracción de recursos naturales no renovables: desarrollo normativo y jurisprudencial

La denominada *constitución económica* trae consigo una serie de disposiciones que resultan relevantes a efectos de determinar la distribución de competencias en relación con la extracción de recursos naturales no renovables.

En primer lugar, y partiendo de conceptos generales, la *propiedad* de los recursos naturales no renovables y del subsuelo, se radica, por disposición expresa del artículo 332 de la Constitución, en cabeza del Estado, ello *“sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionado con arreglo a las leyes preexistentes”*.

Igualmente, en lo que tiene ver con la *explotación* de estos, el subsiguiente artículo 334 *ejusdem* determina que el Estado, como director general de la economía, *“intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo (...)”*, lo que a su vez debe acompañarse con las competencias de *planificación y aprovechamiento* de los recursos naturales que se consagran – igualmente en cabeza del Estado- en el artículo 80 *ejusdem*.

Sobre este punto en particular, la Corte Constitucional ha definido lo siguiente:

“En relación con la propiedad y explotación minera en Colombia, reitera esta Sala que la Constitución de 1991 determina la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos conforme a las leyes preexistentes (artículo 332); que el Estado se encuentra facultado para intervenir por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de lograr la racionalización de la economía y el mejoramiento de la calidad de



vida de los habitantes -artículo 334 Superior-; **que por disposición de la Carta es el Legislador quien debe determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos** y que la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte; y que el Estado se encuentra facultado para establecer una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículos 80).

Todo lo anterior, en armonía con la función ecológica de la propiedad - artículo 58 CN-, el respeto por el derecho a un medio ambiente sano, y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han reconocido (artículos 9, 94 y 226).³⁸ (Negrilla por fuera del texto original)

En conclusión, la *propiedad, planificación, aprovechamiento y explotación* de los recursos naturales no renovables se radica en el Estado. De lo anterior, se pregunta este juez constitucional: cuando se hace referencia al Estado, *¿qué debe entenderse por éste?*

En la sentencia C-221 de 1997 se determinó que la palabra **Estado** en los cánones constitucionales, no hace referencia en forma exclusiva a las competencias y/o funciones de la **Nación** –entendida esta como el conjunto de entidades centrales-, sino que la misma “se emplea en general para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales”³⁹. Así las cosas, concluyó:

“9- Conforme a lo anterior, la Corte considera que cuando la Carta se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, **debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales**. Ahora bien ello no impide que en determinadas oportunidades la Carta pueda asimilar, en un precepto específico, las palabras Estado y Nación, y por ende denomine estatal a una competencia nacional o a la titularidad de la Nación sobre un determinado recurso. Sin embargo, como en principio la Constitución reserva la palabra Estado para hablar del conjunto de autoridades de los distintos niveles territoriales, deberá mostrarse por qué en determinada disposición esa palabra puede ser considerada un sinónimo de Nación.”

Específicamente, en cuanto a las facultades sobre los recursos naturales que se consagran en cabeza del Estado, la providencia citada en precedencia, refirió que “es claro que cuando el artículo 80 se

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-983 del 1º de diciembre del 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



449

*refiere al deber del Estado de planificar el manejo de los recursos naturales a fin de garantizar su desarrollo sostenible, la norma constitucional hace referencia no sólo a la Nación sino al conjunto de autoridades públicas, no sólo por cuanto es un deber que naturalmente se predica de todas ellas sino, además, porque específicamente la Carta consagra obligaciones ecológicas de otras entidades territoriales*⁴⁰.

No encuentra esta Sala, elemento interpretativo alguno que impida que, en tanto a la *propiedad y explotación* de los recursos naturales no renovables se aplique el criterio antes descrito, por lo que se concluye que estas no están en cabeza de las entidades del orden central con competencias sobre el particular, sino que se ejercen de forma conjunta con las demás entidades y organismos con competencias en el asunto, a través de mecanismos de concertación.

Es bajo la anterior perspectiva que cobra vital importancia el desarrollo que jurisprudencialmente se ha dado al aparente conflicto que se suscita entre las competencias que tanto las autoridades nacionales y territoriales, cuando se trata de la (i) extracción de recursos naturales no renovables, (ii) planificación, ordenamiento territorial y regulación del uso del suelo y (iii) protección del medio ambiente.

Lo anterior, en la medida en que en dichos asuntos se observan a lo largo del texto constitucional, la asignación de competencias a las entidades territoriales, las cuales no se puede desconocer, inciden directamente en materia de extracción de recursos naturales no renovables.

De esta forma, desde el artículo 311 constitucional, se indica que corresponde al municipio, como unidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, *“ordenar el desarrollo de su territorio”*, así como corresponde a los concejos municipales *“reglamentar los usos del suelo”* y *“dictar las normas necesarias para el control, la preservación y la determinación del patrimonio ecológico y cultural”* (art. 313, lits. 7 y 9, respectivamente).

En esta medida, la Sala concluye que la ordenación del territorio, la planeación en la prestación de servicios, la vocación económica e incluso la adopción de medidas tendientes a la protección del patrimonio ecológico en los municipios, todas ellas competencias que se ejercen por el ente territorial, **se ven claramente impactadas por**

⁴⁰ Ídem.



la actividad extractiva de cualquier orden. Lo anterior, sumado a la copropiedad que en materia de recursos naturales no renovables se comparte entre la Nación y los entes territoriales, hace que surja la siguiente pregunta: ***¿cómo resolver la tensión que se genere en el ejercicio de las funciones específicas de cada nivel de la organización en la materia?***

La respuesta al anterior interrogante tiene su origen en los pilares del *diseño y la arquitectura constitucional colombiana*, como a continuación pasa a explicarse en forma detallada:

Colombia, está organizada como una “República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”, tres principios cuyo contenido son fundamentales para dar respuesta a la pregunta expuesta en forma precedente.

El concepto de Estado Unitario, corresponde con una forma de organización que implica la aplicación del “*principio de la centralización política, que se traduce en unidad de mando supremo en cabeza del gobierno nacional, unidad en todos los ramos de la legislación, en cabeza de un Congreso y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional; la centralización también implica la unidad en la jurisdicción.*”⁴¹ De otro lado, la descentralización, implica una serie de mecanismos a través los cuales se realiza la transferencia de asuntos, competencias o funciones desde el centro a otras entidades de la organización administrativa y/o territorial, para que las mismas sean ejercidas de forma autónoma.

Del principio de Estado Unitario, la Corte Constitucional ha considerado que se presenta una situación de “*unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas **competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial**, y por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con las cuales existe un interés nacional de superior entidad.*”⁴²

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-497 A del 3 de noviembre de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-149 del 4 de marzo del 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio



450

En relación con el principio de autonomía de las entidades territoriales y sobre la necesidad de concertación entre la Nación y los entes territoriales, resulta relevante traer a colación los argumentos que fueron expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, en la cual se estudió una demanda de constitucionalidad sobre el artículo 37 del Código de Minas que tenía para esa fecha, antes de ser declarado inconstitucional

En dicha oportunidad, la norma se declaró exequible en forma condicionada, en los siguientes términos: *“en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, **las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas**, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”*. (Resaltado de la Sala).

Para arribar a la citada resolutive, la Corte Constitucional consideró que la simple existencia de una regulación nacional que establezca límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo por parte de los municipios no implica *per se* vulneración del principio de autonomía territorial.

Lo anterior, en virtud de los siguientes artículos constitucionales:

- (i) El 288⁴³, en virtud del cual la gestión los intereses de los municipios debe hacerse dentro de los límites de la Constitución y **la ley**;
- (ii) El 311 y el 313 numeral 7;
- (iii) El 332 que asigna la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales al Estado;

⁴³ “Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”. Por su parte, la Ley Orgánica de Desarrollo Territorial, en su artículo 29 le otorga a los municipios las siguientes competencias en materia de ordenamiento territorial: a) Formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio; b) Reglamentar de manera específica el uso del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales. c) Optimizar el uso de la tierra disponible y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

(iv) El 334⁴⁴ que determina que la intervención del Estado en la economía debe seguir los parámetros establecidos en **la ley**, así como que dicha intervención debe tener como objetivo el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio.

En la referida sentencia la Corte Constitucional trazó el concepto de autonomía de las entidades territoriales en los siguientes términos:

- El artículo 288 de la Constitución, centra el contenido de la autonomía del ente territorial en la posibilidad que tiene de **gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la Ley**, para lo cual puede (i) gobernarse con autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y (iv) participar de las rentas nacionales.
- Lo anterior, no puede leerse de forma descontextualizada, especialmente, cuando desde el artículo 1º constitucional, se expone que Colombia adoptó una forma de organización política unitaria, aspecto que necesariamente implica la armonización de ambas notas características del diseño institucional nacional.
- Bajo la anterior perspectiva, es claro que existe un *sistema de limitaciones recíprocas*⁴⁵ el cual implica que ninguno de estos principios puede ser interpretado y/o aplicado en perjuicio o desconocimiento del otro, pues es necesario obtener su plena coexistencia. Así las cosas *“el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda para hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales.”*⁴⁶

⁴⁴ La norma citada establece que “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este **intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo**, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

⁴⁵ Corte Constitucional. Auto 383 de 2010.

⁴⁶ Idem.



- El mismo texto constitucional consagró en el artículo 288 el mecanismo para lograr la armonización a la que se hizo referencia en el párrafo precedente, de manera específica, al señalar que *“las distintas competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad en los términos que establezca la ley.”*

De lo dicho, se concluye que la existencia de diversas competencias, atribuidas constitucional y/o legalmente a las entidades territoriales y a las del nivel central, no pueden ser analizadas, interpretadas y/o aplicadas en detrimento de la posibilidad que tienen estas de participar en la toma de la decisión que corresponda, pues claramente, existe un mandato constitucional imperativo de **concertar** las decisiones y la implementación de políticas en la materia en respeto de los principios de coordinación y concurrencia.

El **deber de concertación**, que se torna obligatorio para garantizar los referidos principios, surge de la interpretación armónica de los artículos 332 y 334 de la Constitución Política, que atribuyen al Estado la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y la competencia para intervenir en las decisiones relativas a su explotación.

Igualmente, deviene del desarrollo de estas normas constitucionales, en especial de la redacción del artículo 2º de la Ley Orgánica de ordenamiento territorial –Ley 1454 de 2011–, en virtud de la cual el ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y gestión en el marco de un proceso de construcción colectiva de país, para cuyo logro se “propiciará las condiciones para **concertar** políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional.” (Subrayas de la Sala).

Así lo ha entendido la Corte Constitucional que, partiendo de la *ratio decidendi* de la sentencia C-123 de 2014 –que condicionó la interpretación del artículo 37 del Código de Minas “en el entendido que, en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, **las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas**, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano...””, en la sentencia

C-035 de 2017⁴⁷, precisó la concertación como regla constitucional, lo cual hizo en los siguientes términos:

*“Esta Corporación ha optado entonces por una **regla constitucional** basada en la **necesaria concertación de las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales**, que atribuyen al Estado la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y la competencia para intervenir en las decisiones relativas a su explotación (arts. 332 y 334 superiores), así como las disposiciones sobre la participación que compete a las entidades territoriales, como integrantes del Estado, en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales (arts. 332 y 334 referidos), la autonomía de las entidades territoriales (art. 287), el modelo constitucional de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, basado en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (art. 288), y las competencias para regular usos del suelo atribuida directamente a los municipios (arts. 311 y 313 num. 7 y 9) y departamentos (art. 300 num. 2)”.*

Desde esta perspectiva, el deber de concertación obedece a que las facultades de la Nación y de los ente territorial no pueden entenderse en el sentido de anularse recíprocamente, de tal manera que ante la tensión entre ellas, resulta improcedente hacer prevalecer o favorecer alguna, pues ello implicaría desequilibrar la arquitectura institucional que para el efecto diseño el Constituyente de 1991.

Así las cosas, de lo dicho, si bien es posible predicar la asignación de competencias a los entes territoriales en materia de regulación y uso del suelo, protección al medio ambiente y ordenación, planeación y desarrollo del territorio, no lo es menos que es el *Estado* –en la concepción previamente descrita– el propietario de los recursos naturales no renovables, del subsuelo, así como el que planifica el manejo y aprovechamiento de dichos recursos e interviene en la economía, por mandato de la ley, en la explotación de los mismos.

De lo anterior, se concluye que en materia de planificación, aprovechamiento, exploración y explotación de recursos naturales no renovables, al ser una *actividad multidimensional*, es claro que las competencias están distribuidas tanto en el nivel central como en el nivel territorial, las cuales deben sincronizarse en aplicación de los

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-035 del 8 de febrero de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta oportunidad la Corte decidió: “Por los cargos analizados en la presente Sentencia, declarar **EXEQUIBLE** el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, en el entendido de que i) en relación con las áreas de reserva minera definidas con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, la autoridad competente deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde están ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera, y ii) en cualquier caso, la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los planes de ordenamiento territorial respectivos”.



criterios referidos con anterioridad y la efectividad de los mismos implica la realización de un proceso de concertación.

Lo anterior en aras de desarrollar el principio de coordinación, que la Corte Constitucional definió, precisando que *“parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas”*.⁴⁸

Cabe destacar que, según el Auto 053 de 2017, de las subreglas contenidas en la sentencia C-123 de 2014 pueden resaltarse cinco elementos:

“(i) la Corte reconoce la tensión de principios constitucionales que se presenta en la autorización sobre exploración y explotación minerales, (ii) precisa el momento en que debe darse la participación, esto es, en la autorización de la actividad minera; (iii), establece el instrumento que materializará dicha participación, es decir, acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas, salubridad de la población, desarrollo económico, social y cultural de las comunidades, (iv) determina los actores concretos que participarán, es decir, las entidades municipales o distritales y las autoridades del nivel nacional y (v) reconoce expresamente la facultad de los municipios de intervenir en la actividad minera”.

2.8. Procedencia de someter a consulta popular del orden municipal la realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables

De conformidad con lo expuesto, a juicio de esta Sección, no resulta posible que la planeación, aprovechamiento, exploración y explotación de recursos naturales no renovables sea un asunto susceptible de ser sometido a una consulta popular del orden municipal, sin que previamente se hayan agotado los mecanismos de concertación previstos en las normas constitucionales y en la ley, pues ello desconocería que la autonomía del municipio no es absoluta y debe ser concertada con las autoridades del orden nacional.

Lo anterior, con fundamento en (i) los límites competenciales de los entes territoriales al momento de convocar a consultas populares de dicho nivel y (ii) la necesidad de garantizar que las distintas

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-889 del 30 de octubre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

competencias que sobre el asunto se encuentran en cabeza de las autoridades el nivel territorial y descentralizado por servicios, se armonicen de forma coordinada y concurrente.

Así las cosas, la pregunta que busca responder sobre la existencia de límites a la forma en que los municipios acuden a la consulta popular para el ejercicio de sus competencias, queda resuelta, para señalar que desde el mismo texto constitucional, y en el desarrollo que posteriormente se dio por la vía del Congreso de la República, se determinó con toda claridad que la primera limitante, es precisamente la existencia de una competencia propia y exclusiva del ente territorial.

Por lo tanto, al ser la ley la que determina la forma en que el Estado – nivel central y territorial- interviene en la explotación de recursos naturales no renovables, y al encontrarse la autonomía de los entes territoriales claramente demarcada por lo que ella fije, es claro que dicho aspecto **no es del resorte exclusivo de los municipios, distritos y/o departamentos**, razón por la cual, a dicho nivel de la organización debe realizar una concertación con el nacional a efectos de adoptar las decisiones.

La Sala en virtud de las normas constitucionales analizadas, concluye que la actividad objeto de regulación **debe ser concertada entre los distintos niveles de la organización**, pues si bien se reconoce que la Nación –entendida como entidades del orden central- tiene sendas competencias para determinar la política nacional en materia de minería, otorgamiento de concesiones, entre otros, lo cierto es que la materialización de la extracción, impacta directamente en otras facultades que son del resorte, en particular, de los municipios, como lo son la planeación y ordenación del territorio, la protección del medio ambiente, la prestación de servicios públicos, etc.

Lo anterior, como se señaló por las decisiones de constitucionalidad, debe fundamentarse en los principios de coordinación y concurrencia –fijados en el artículo 288 *ejusdem*-, razón por la cual, **una consulta popular en la que se pregunte sobre la procedencia o no de actividades extractivas** debe estar precedida de un procedimiento de concertación entre las autoridades nacionales y el respectivo ente territorial.

Se debe resaltar que lo concluido en precedencia no desconoce las notas democráticas y participativas que fundan el Estado Colombiano,

153



ni mucho menos la necesidad de garantizar que los espacios de decisión por arte de los ciudadanos se consoliden y expandan. Ello, en tanto desde la misma disposición constitucional, se buscó que la realización de consultas a nivel municipal, respetara el ordenamiento mismo, es decir, la estructura unitaria que se adoptó por el constituyente y por ello, la participación se garantiza siempre y cuando se trate de asuntos que atañen a los habitantes de una localidad, municipio, distrito o departamento.

En esta medida, el principio de la democracia expansiva, que como se señaló, resulta ser una nota característica del modelo de organización adoptado por el Constituyente de 1991, no se desconoce con la conclusión a la que se arriba en el presente acápite, toda vez que es pertinente considerar que (i) es el mismo texto constitucional el que fijó una limitante a la forma en que los entes territoriales acuden a los la consulta popular como mecanismo de participación democrática; (ii) Los mecanismos de participación ciudadana se insertan dentro del contexto integral de la arquitectura constitucional y deben utilizarse de forma armónica con la misma.

A lo dicho, se impone también señalar, que incluso los derechos de participación política –de categoría *iusfundamental*–, entre los que la Carta Fundamental consagra la posibilidad de los ciudadanos de tomar decisiones a través de consultas populares (art. 40, numeral 2º), no ostentan el carácter de absolutos, y por lo tanto, las limitaciones razonables que sobre los mismos se impongan, son aceptables. En el caso concreto, como se señaló, la limitación se torna razonable, en la medida en que obedece a una expresa norma constitucional, así como al mismo diseño del mecanismo de participación ciudadana.

Finalmente, la Sala advierte que no desconoce el contenido del artículo 33 de la Ley 136 de 1994, el cual consagra expresamente:

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

Aunque no se discute en el *sub judice* la vigencia de dicha disposición normativa, es claro que en su interpretación, debe tenerse en cuenta

el condicionamiento que la misma incluye en su texto, al señalar la procedencia de la consulta en dichos casos *“de conformidad con la ley”*.

Bajo dicha apreciación, es necesario concordar el contenido del mencionado artículo 33, frente a la regulación que sobre el mecanismo de participación ciudadana fue fijada por el legislador estatutario en la Ley 1757 del 2015. Desde esta perspectiva, la consulta popular será procedente sin considerar factores exógenos a la circunscripción territorial respectiva siempre y cuando el asunto sea un aspecto que conlleve el desarrollo de una competencia exclusiva y excluyente del municipio correspondiente, más no cuando el mismo implique que otros niveles de la organización administrativa también inciden en la toma de la decisión correspondiente.

En esta medida, aunque constitucionalmente se consagró la competencia de los entes territoriales para decidir sobre el uso del suelo y la adopción de medidas para la protección del medio ambiente, cuando ello implica a su vez la participación de otras competencias que han sido asignadas a la Nación –como lo es claramente en materia de extracción de recursos naturales no renovables, como se dejó claramente señalado en forma previa-, esta situación impediría que los municipios de manera autónoma asumieran la procedencia de una consulta popular en desconocimiento de otros órdenes.

2.9. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente⁴⁹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

⁴⁹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁵⁰ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema⁵¹.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁵².

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”⁵³ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

⁵⁰ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁵¹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁵² Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

⁵³ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014⁵⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁵⁵ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁵⁵ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “tercera instancia” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.10. Caso concreto

2.10.1. En el caso *sub examine*, el Ministerio de Minas y Energía, presentó acción de tutela en contra del Tribunal Santander con fin de reclamar el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, que consideró vulnerado como consecuencia de la expedición de la sentencia de 16 de agosto de 2017 que declaró constitucional la pregunta que se sometería a consulta popular a los habitantes de El Peñón – Santander el 5 de noviembre de 2017 “¿Está usted de acuerdo sí o no con que en la jurisdicción del municipio de El Peñón – Santander, se realicen actividades de exploración y explotación minera y petrolera?”.

2.10.2. El Consejo de Estado, Sección Cuarta con sentencia de 25 de octubre de 2017 negó el amparo. Encontró que el Tribunal Administrativo de Santander no desconoció el precedente invocado por el Ministerio en lo relativo a la competencia del alcalde municipal de Córdoba, porque aun cuando no mencionó las sentencias C- 035 de 2016 y C-276 de 2016, sí hizo precisa referencia a la sentencia C-123 de 2014.

Agregó que del estudio de los parámetros de la Corte Constitucional, podía concluirse que: (i) Con base en el contexto en el que se dictó la sentencia C-123 de 2014, los mandatarios municipales o departamentales no están privados de formular consultas populares sobre asuntos que hagan relación con la actividad minera, pues ello cercenaría el principio de autonomía territorial previsto en el artículo 287 de la Constitución; (ii) la convocatoria a consultas populares no está supeditada a la realización de una concertación previa entre las entidades del orden nacional y territorial; (iii) en cualquier caso, las decisiones relativas a la ejecución de proyectos mineros deben ser

concertadas en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución.

De otra parte, el juez a quo de tutela concluyó que la pregunta aprobada por el Concejo Municipal de El Peñón, no desconoció la exigencia constitucional (C-551 de 2003) de lealtad y claridad, en tanto no fue redactada con la intención de manipular o de direccionar la voluntad de ciudadano.

Agregó que como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016, en el control de constitucionalidad de las consultas populares *“los tribunales administrativos deben en la medida de lo posible limitarse a ejercer el control constitucional de la manera más garantista posible al derecho de participación ciudadana (formal-participativo)”*, pues respecto de la norma jurídica que resulte proceden los medios judiciales de control previstos en el ordenamiento jurídico contra los actos administrativos o las leyes de la República. Por ello, aún cuando el fallo objeto de tutela no dijo nada sobre la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos en algunos apartes, debía aclararse que la lectura de la providencia no puede realizarse de manera aislada, puesto que del análisis sistemático de la misma se desprende que el estudio recayó sobre la totalidad de la pregunta de la consulta popular, lo que sugiere que están incluidas las actividades minera y la de hidrocarburos.

Finalmente, destacó que la decisión que adopta el pueblo como consecuencia de la realización de una consulta popular es definitiva, lo que no supone la imposibilidad de que las autoridades nacionales y territoriales puedan realizar un ejercicio de concertación *ex post* que permita la construcción de una política minera, conforme a los principios que consagra el artículo 288 superior. Además, es obligatoria, porque exige al gobernante incorporarla al ordenamiento jurídico, mediante una ley, reglamento o acto administrativo de contenido particular y concreto, si es del caso y solo desde ese momento puede entenderse como vinculante.

No obstante, señaló que como en el asunto objeto de estudio la consulta popular del municipio de El Peñón se refiere a actividades mineras, se trata de un asunto general en tanto interesa y afecta a toda la comunidad de ese territorio, lo que significa que la decisión que se adopte deberá incorporarse al ordenamiento jurídico mediante la expedición del respectivo acto normativo, el cual empezará a surtir



456

efectos hacia el futuro a partir de su publicación. En tal virtud, se debían respetar las situaciones jurídicas particulares consolidadas de quienes obtuvieron licencias, concesiones, permisos y autorizaciones para desarrollar actividades mineras, lo que con base en los principios de buena fe y confianza legítima conlleva garantizar seguridad jurídica.

2.10.3. Con escrito presentado el 9 de noviembre de 2017⁵⁶, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado impugnó la providencia proferida por la Sección Cuarta. Argumentó el juez a quo de tutela desconoció los argumentos fundamentales en los que se sustentó la acción de tutela, *“... toda vez que el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente no fue abordado con la correcta suficiencia en la referida sentencia”*, porque tuvo en consideración la sentencia C-123 de 2014 pero también la T-445 de 2016, la cual desconoce lo establecido por la Corte Constitucional en la providencia de constitucionalidad.

Insistió en que la sentencia acusada incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional establecido en las sentencias:

(i) C-123 de 2014, en la que *“nunca se avaló que las consultas populares fueran el mecanismo de aprobación o de prohibición minera en el ámbito territorial”*, sino que llamó la atención respecto de la necesidad de concertar con la entidades territoriales las medidas de protección que ameriten ser acordadas entre las autoridades territoriales y nacionales, lo anterior como una forma de armonizar los principios de autonomía territorial y Estado Unitario, mediante la observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Transcribió los siguientes apartes de la sentencia: *“...los contenidos que integran el principio de autonomía territorial no pueden ser entendidos de forma aislada o descontextualizada, por lo que se hace preceptivo que su concreción en casos particulares atienda otros contenidos del sistema constitucional colombiano. Por esta razón, la interpretación de las posibilidades o ámbitos en que se desarrolla la autonomía territorial no puede desconocer que las instituciones, procedimientos y las competencias que la concretan existen y se desarrollan en un Estado que, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, ha adoptado una forma de organización territorial unitaria, es decir, no puede olvidarse que el colombiano es un Estado unitario en lo relativo al principio de organización territorial”*.

Destacó que en el marco del proceso de contratación minera, es

⁵⁶ Folios 229 a 248 del expediente.

donde deben tenerse en cuenta a las autoridades territoriales para que, de una forma armónica y coordinada, la autoridad nacional responsable de los procesos de titulación involucre a la autoridad territorial para alcanzar acuerdos que permitan la protección de los intereses de las autoridades territoriales (y de la colectividad) como lo es el ambiente sano, el desarrollo económico, social, cultural de la comunidad y la salubridad de la población y que permitan, al mismo tiempo, el desarrollo responsable y sostenible de la actividad minera. Lo propio debe suceder, sin duda alguna, en los procesos de licenciamiento ambiental presentes en cada proyecto minero.

Agregó que no es posible que se tomen decisiones unilaterales por parte de las autoridades nacionales frente a la ejecución de actividades mineras, ni la existencia de un veto por parte de las autoridades territoriales.

(ii) C-389 de 2014, C-273 de 2016 y C-035 de 2016, en la que se reiteró la línea interpretativa establecida en la sentencia C-123 de 2014, esto, al estudiar de manera minuciosa las competencias tanto de la Nación como de las entidades territoriales respecto de la actividad Minera, las cuales deben ser armonizadas mediante los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Aseguró que aunque la sentencia T-445 de 2016 dio un alcance al principio de concertación *“...que solo puede ser aplicado en el caso concreto por tratarse de un sentencia inter partes – otorgando un poder casi de veto a la decisión popular del municipio de Pijao (Quindío), esta no constituye una regla de derecho que deba ser observada en la materia”*.

De otra parte, señaló que no resulta claro como el Consejo de Estado, Sección Cuarta puede en primera medida afirmar que la decisión es definitiva pero susceptible de ser revisada con posterioridad por medio de una concertación ex post, para luego concluir que la misma es obligatoria porque debe ser incorporada al ordenamiento jurídico.

Asimismo, argumentó que la minería no es un asunto de resorte local, por ello la importancia de contar con un régimen de explotación de recursos naturales sustentado en el marco del respeto del principio de Estado Unitario y la autonomía territorial, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-395 de 2012.

Aseguró que una interpretación contraria la expuesta por la Corte



Constitucional en las sentencias de constitucionalidad implicaría desconocer la propiedad de la Nación sobre los recursos naturales no renovables y el subsuelo (artículo 332 C.P), las competencias de entidades como el Ministerio de Minas y Energía y las Agencias Nacionales de Minería y de Hidrocarburos y, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad de los niveles central y territorial en la materia.

Indicó que cuando el alcalde El Peñón convocó la consulta popular transgredió la Ley 134 de 1994, artículo 51, que dispone que los gobernadores y alcaldes pueden convocar consultas para que el pueblo decida exclusivamente sobre asuntos departamentales, municipales, distritales y locales.

Finalmente, argumentó que el Tribunal Administrativo de Antioquia ha anulado 5 acuerdos municipales por medio de los que se prohibía la minería en los territorios, por considerar que este aspecto no es de competencia de los consejos municipales.

2.10.4. Con el anterior contexto, corresponde a la Sección Quinta analizar si la revisión hecha por el Tribunal Administrativo de Santander, al texto que se sometería a consulta en el municipio de El Peñón – Santander, cumplió con los elementos desarrollados por la Corte Constitucional respecto de las cuestiones a tener en cuenta cuando se analiza la constitucionalidad de una pregunta que se somete a consulta popular.

En específico se determinará si el Tribunal Administrativo de Santander, **incurrió en los defectos alegados por la ANDJE en el escrito de coadyuvancia a la tutela y de impugnación, al desconocer las limitaciones competenciales que tienen los municipios y departamentos respecto de la explotación de los recursos naturales.**

Destaca la Sección Quinta que en los acápites 2.7, 2.8 y 2.9. de esta providencia, se hizo amplia mención a las reglas fijadas por la Corte Constitucional, en relación con el control judicial y previo de constitucionalidad de los mecanismos de participación democrática y los límites a los asuntos que pueden someterse a consulta popular, por lo que en el análisis del caso concreto no se reproducirán estas consideraciones.



Así pues, anticipa la Sala que le asiste la razón al ANDJE al señalar que en la sentencia de 16 de agosto de 2017 el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en la vulneración del derecho fundamental invocado porque desconoció la doctrina elaborada por la Corte Constitucional⁵⁷ con carácter vinculante y obligatorio debido a la jerarquía propia de la Constitución dentro del sistema de fuentes, de conformidad con los argumentos que pasan a explicarse:

2.10.4.1. El examen a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre las iniciativas de los mecanismos de participación ciudadana debe **ser previo, integral y estricto**. Evidencia la Sala que el tercero de los elementos no fue garantizado por la autoridad demandada en la providencia acusada.

Lo anterior, porque el Tribunal Administrativo debía analizar con especial cuidado si la materia que se sometería al pronunciamiento del pueblo, específicamente los ciudadanos que integran el censo electoral del municipio de El Peñón, cumplía con las restricciones competenciales.

Sobre el punto, la Sala insiste en que la existencia de límites competenciales de las consultas populares territoriales, en particular relativos a que la materia objeto de consulta pueda ser decidido en la respectiva entidad territorial, exige que en el marco del control judicial previo de las diferentes modalidades de consulta popular por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se evalúe de manera estricta, si el tipo de asunto que se somete al pronunciamiento del pueblo cumple cabalmente esa exigencia.

2.10.4.2. En la providencia acusada el Tribunal Administrativo de Santander consideró que el alcalde del municipio del El Peñón tenía competencia para promover la iniciativa de consulta popular, toda vez que *“... entendiendo el contexto en que se analizó la constitucionalidad del*

⁵⁷ A juicio del ponente los conceptos de precedente y de doctrina constitucional son diferentes. En relación con la doctrina constitucional. Consultar la aclaración de voto presentada frente al proceso de Rad. No.: 11001-03-15-000-2017-01234-00; Actora: Cecilia Constanza Vargas *“En relación con la doctrina constitucional es pertinente referirnos a la sentencia C-085 de 1995 en la que se indicó que el juez constitucional es el intérprete autorizado de la Constitución, a esta interpretación se le denominó doctrina constitucional, labor que se materializa al determinar el contenido de un precepto constitucional y que tiene un carácter vinculante y obligatorio debido a la jerarquía propia de la Constitución dentro del sistema de fuentes. Las interpretaciones que realiza la Corte Constitucional se expresan en dos clases de pronunciamientos, según la función asignada a dicha Corporación. De un lado, los que se profieren en el marco del control de constitucionalidad y son vinculantes y obligatorios para todos los destinatarios del sistema. Y, de otra parte, los que se relacionan con la revisión de los fallos de tutela, que tienen fuerza vinculante y obligatoria siempre que estén contenidos en sentencia de unificación SU”*.



artículo 37 del Código de Minas en la sentencia C-123 de 2014, no puede considerarse que los mandatarios locales de los municipios y departamentos en que se realice minería, estén privados para formular consultas sobre esos asuntos a los habitantes, toda vez que en su momento se ordenó que las decisiones relativas a la ejecución de proyectos mineros fueron concertados entre las entidades del orden nacional y territorial en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política; de tal forma que atendidos los mecanismo de participación ciudadana es perfectamente claro y viable que antes de realizar ese diálogo se permita a los ciudadanos manifestarse”.

2.10.4.3. Si bien lo dicho por el Tribunal resulta cierto, es importante que durante todo el procedimiento de la consulta popular y al proferirse el control de constitucionalidad se aprecien en forma integral las normas constitucionales referidas y la línea jurisprudencial que sobre el particular ha trazado la Corte Constitucional, en tanto no tuvieron en cuenta los principios en virtud de los cuales:

- (i) La intervención del Estado en la economía, específicamente en la explotación de los recursos naturales no renovables, se realizará por mandato de la ley;
- (ii) La Constitución estableció que el Estado, es el propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables. (artículos 332 y 334 del C.P., ello implica que la Nación también tiene interés en el asunto, así como claras y expresas competencias que distintas normas del ordenamiento jurídico han radicado en cabeza de entidades del orden central;
- (iii) La explotación de estos recursos del subsuelo afecta sin lugar a dudas el suelo y, por ello, el ejercicio de competencias sobre el uso del mismo que le corresponden a las autoridades del orden territorial (artículos 311 y 313 numeral 7 C,P).
- (iv) Como consecuencia de lo anterior, entran en tensión principios constitucionales, de un lado, el Estado Unitario y el desarrollo y, de otro, la autonomía de las entidades territoriales y el medio ambiente sano.
- (v) La mencionada tensión debe superarse sin que pueda desconocerse el contenido de alguno de los grupos de principios.
- (vi) Lo anterior se logra mediante los principios de coordinación y

conurrencia⁵⁸, que permiten que en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables –cualquiera sea el nombre que se dé al procedimiento para expedir dicha autorización por parte del Estado- se tengan en cuenta los aspectos de los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial, es decir, teniendo en cuenta la opinión de las entidades territoriales.

- (vii) Los ciudadanos también pueden intervenir en la toma de decisiones de protección de los recursos naturales y de vigilancia y control social para la conservación del ambiente sano a través de los mecanismos de participación ciudadana.
- (viii) Corresponde al legislador regular la intervención estatal en la explotación de los recursos naturales, mediante un proceso que permita la participación de las entidades territoriales en observancia de los principios autonomía territorial, de concurrencia y coordinación y, de los ciudadanos, en asuntos de carácter ambiental (artículo 79 de la Constitución Política⁵⁹).
- (ix) Ante la ausencia de un procedimiento reglado que permita armonizar las competencias a través de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación, surge como la alternativa que mejor garantiza (a) las competencias de la Nación, y (b) las entidades territoriales respecto de las decisiones sobre la explotación de RRNR, así como la (c) participación ciudadana en las decisiones que afecten el medio ambiente; la realización de una concertación previa, esto a la luz de los artículos 332 y 334 de la Constitución Política y del artículo 2º de la Ley Orgánica de ordenamiento territorial –Ley 1454 de 2011–, en virtud de la cual el ordenamiento territorial es un instrumento de

⁵⁸ En relación con el punto, la C-123 de 2014 mencionó que esto obedece a que dichas competencias deben realizarse dentro de los parámetros que determine la ley, "excluir a los consejos municipales del proceso de regulación y reglamentación de las mismas desconoce los principios de *concurrencia* y *coordinación* que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y los entidades del nivel nacional. Principios que son exigencias de rango constitucional, expresamente previstos por el artículo 288 de la Constitución como los parámetros a partir de los cuales se armonice el principio de autonomía territorial con un principio que, como el de forma unitaria del Estado, está en constante tensión con aquel. Se recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de coordinación "*parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas*".

⁵⁹ Constitución Política, artículo 79 "ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.



459

planificación y gestión en el marco de un proceso de construcción colectiva de país, para cuyo logro se “propiciará las condiciones para **concertar** políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional.” (Subrayas de la Sala).

Si a la anterior interpretación se suma la expresa previsión normativa de la Ley 1757 de 2015, artículo 18, que establece las materias que pueden ser objeto de iniciativa de consulta popular e indica que *“solo pueden ser materia de iniciativa popular legislativa y normativa, consulta popular o referendo ante las corporaciones públicas, aquellas **que sean de la competencia de la respectiva corporación o entidad territorial**”*, resulta claro que, aun cuando los ciudadanos en respeto al artículo 79 Constitucional pueden participar en las decisiones que llegaren a afectar su derecho al medio ambiente sano y, los municipios tienen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente de conformidad con los artículos 300, 311 y 313 numeral 7° de la Carta Política, estas prerrogativas de los ciudadanos y de los municipios no pueden desconocer las competencias que sobre la explotación de los recursos naturales tienen las demás entidades del Estado del nivel central.

2.10.4.4. Así las cosas, encuentra la Sala que la decisión del Tribunal Administrativo omitió realizar un análisis que escudriñara el marco y diseño constitucional que se expuso en la presente providencia, así como el contenido de las reglas decisorias que se han fijado por la Corte Constitucional sobre el asunto, especialmente, las alegadas por la parte actora.

De esta manera, si bien el Tribunal acusado empleó como sustento de su decisión las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016 en la que se precisó 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”* e incluso citó la sentencia C-123 de 2014, lo cierto es que al decidir sobre la constitucionalidad de la pregunta del mecanismo de participación ciudadana, desconoció la interpretación desarrollada por la Corte Constitucional en relación con los principios de “Estado unitario” y “autonomía territorial” y “participación ciudadana”, contenida en casi una decena de sentencias de constitucionalidad en las que se ha señalado que el procedimiento para la aprobación de actividades relacionadas con la explotación de recursos naturales no renovables no compete exclusivamente ni a la



Nación ni a las entidades territoriales, por ello, en el mencionado trámite deben intervenir los dos niveles de administración, con la participación de las personas que puedan ver afectado su derecho a disfrutar de un ambiente sano, todo, en el marco de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad.

Con lo anterior, además desconoció las normas constitucionales que consagran las competencias concurrentes de la Nación y de los entes territoriales en esta materia, concretamente de los artículos 80, que le confiere a al Estado la obligación de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales; 288 que consagra los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en materia de competencias entre la Nación y los entes territoriales y entre estos y las demás autoridades del Estado; el 333 que consagra la libertad económica dentro de los límites del bien común y el 334 que establece en cabeza del Estado la dirección general de la economía.

En esta medida, el procedimiento encaminado a realizar la consulta popular y las consideraciones que se efectuaron en la sentencia cuestionada, no resultan razonables, en la medida en que se omitió efectuar un análisis integral y estricto del texto de la pregunta, en especial, en lo relativo a la **compatibilidad material** de la misma con la Constitución, el cual resulta obligatorio en el procedimiento judicial de revisión de constitucionalidad, tal como se expuso por la Corte Constitucional en la sentencia C-150 del 2015.

Finalmente, es de anotar que el tribunal constitucional en las sentencia de constitucionalidad en comento no expuso la forma en que se solucionan las tensiones entre las competencias de la Nación y los entes territoriales en materia de extracción de recursos naturales no renovables, limitándose a señalar la procedencia de la consulta en dichos casos, sin establecer el mecanismo en que se garantizaría que la Nación, como propietaria de dichos recursos, participe en la forma en que se decide sobre los mismos.

Por ello, **ante la falta de una regulación normativa respecto de la intervención estatal en la explotación de los recursos naturales, mediante un procedimiento que permita la participación de la Nación y las entidades territoriales en observancia de los principios autonomía territorial, de concurrencia y coordinación y, de los ciudadanos, considera la Sección Quinta que la alternativa que de mejor manera garantiza (a) las competencia de la Nación y**



460

(b) de las entidades territoriales respecto de las decisiones sobre la explotación de RRNR, así como (c) los derechos democráticos de las ciudadanos en la toma de las decisiones que afecten el medio ambiente, es la realización de una concertación previa entre las entidades estatales.

Frente al punto, se destaca que atendiendo a que **la naturaleza de la decisión adoptada a través de una consulta popular es de carácter obligatorio**, esto, según lo dispuesto por los artículos 55 de la Ley 134 de 1994 y 41 de la Ley 1757 de 2015, **la concertación debe ser previa y no posterior al desarrollo del mecanismo de participación ciudadana**, pues lo contrario implicaría que la autoridades estatales puedan alterar o desconocer la decisión inmutable del pueblo expresada en el mecanismo de participación ciudadana.

2.10.5. En párrafos anteriores, la Sala expuso las razones por las cuales considera que el análisis de la autoridad judicial acusada respecto de la constitucionalidad de la consulta popular que se realizaría en el municipio de El Peñón – Santander, no resultó ajustado a las normas que prevén este control y las reglas que sobre el particular ha fijado la Corte Constitucional.

Ahora bien, con el fin de resolver los demás cargos planteados por la parte actora en el escrito de tutela en relación con el desconocimiento del precedente, se precisa lo siguiente:

2.10.5.1. En relación con el argumento de la ANDJE, según el cual, el Tribunal Administrativo de Antioquia ha anulado 5 acuerdos municipales por medio de los que se prohibía la minería en los territorios, por considerar que este aspecto no es de competencia de los consejos municipales, se resalta que esta Sala ha considerado que el “precedente” solo puede ser establecido por las Altas Cortes u órganos de cierre de cada jurisdicción y que aquél, lo constituye la ratio de la decisión, entendida como aquella regla o subregla que permite definir o resolver al juez el asunto sometido a su discernimiento, es la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto.

Por ello, las decisiones proferidas por los Tribunales Administrativos no pueden ser considerados como precedente, en tanto, no son providencias que contengan reglas de decisión fijadas por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



2.11. Desvinculaciones

Las representantes judiciales del Ministerio del Interior y la ANLA solicitaron ser desvinculados por considerar que carecen de legitimación en la causa por pasiva. Se advierte que las solicitudes son improcedentes porque su vinculación al proceso de tutela se hizo en calidad de terceros con interés en el resultado de éste y, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales de las entidades en mención, no como entidades accionadas.

2.12. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala concederá el amparo solicitado por la parte actora por considerar que el Tribunal Administrativo de Santander, al efectuar el análisis de constitucionalidad sobre la consulta popular que se realizaría en el municipio El Peñón – Santander incurrió los defectos alegados. Lo anterior, al desconocer las normas constitucionales y legales referidas en precedencia y su correspondiente interpretación constitucional.

En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 16 de agosto de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del expediente número 68001-23-33-000-2017-00855 en el marco de la revisión de constitucionalidad de la pregunta que se sometería a consulta popular a los ciudadanos, que conforman el censo electoral, del municipio de El Peñón.

Asimismo, en atención a que el juez constitucional no puede reemplazar al ordinario, le ordenará a la autoridad acusada que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, esto es, se determine si conforme a las normas aplicables y los pronunciamientos de constitucionalidad sobre (i) el examen a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre las iniciativas de los mecanismos de participación ciudadana -previo, integral y estricto- y; (ii) el alcance y los límites de la consulta popular como expresión de la participación ciudadana, la pregunta *“¿Está usted de acuerdo sí o no con que en la jurisdicción del municipio de El Peñón – Santander, se realicen actividades de exploración y explotación minera y petrolera?”*, es constitucional.

Adicionalmente, la Sala considera necesario hacer un llamado admonitorio a los **entes territoriales** que en las consultas populares



261

que se lleven a cabo en las materias analizadas, deberán cumplir con el trámite de concertación previa, en aplicación de las normas constitucionales analizadas, permitiendo el ejercicio – en el marco de sus competencias funcionales– de las entidades del nivel central, pues toda actuación que omita tales parámetros resulta abiertamente contraria a las reglas constitucionales que regulan las competencias y a los principios y valores analizados en esta providencia. Al mismo tiempo advertir a la **Nación** para que, en respeto a los principios que orientan la función administrativa (artículo 209 C.P.), atienda al llamado de concertación de las autoridades territoriales.

En todo caso, pone de manifiesto la Sección Quinta del Consejo de Estado que esta decisión desde ningún punto de vista desconoce: (i) la competencia de los municipios para regular el uso del suelo (ii) el derecho que tienen las personas a un ambiente sano y la garantía de participar de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo; (iii) la protección constitucional de la que gozan el medio ambiente sano y los ecosistemas fundamentales en la regulación de los ciclos medioambientales.

Por el contrario, evidencia la necesidad de que el **Congreso de la República** regule la intervención estatal en la explotación de los recursos naturales no renovables en atención a las consecuencia que esto genera en el medio ambiente, a través del un procedimiento de concertación que garantice la participación de la Nación y las entidades territoriales en observancia de los principios autonomía territorial, de concurrencia y coordinación, que una vez se surta permita la participación de los ciudadanos, en asuntos de carácter ambiental.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta el 25 de octubre de 2017 por medio de la cual se negó la solicitud de amparo constitucional para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido



proceso y de acceso a la administración de justicia del Ministerio de Minas y Energía.

SEGUNDO: En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de 16 de agosto de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del expediente número 68001-23-33-000-2017-00855.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Santander que dentro los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto en esta sentencia.

CUARTO: NEGAR la solicitud de desvinculación del proceso propuesta por el Ministerio del Interior y la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

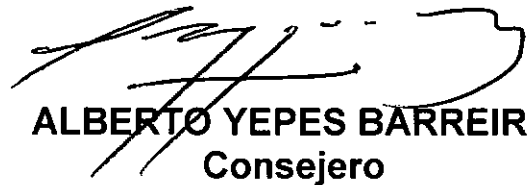
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera *Salvo voto.*

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero *Salvo voto.*



462

Acción de Tutela – Fallo de segunda instancia
Radicación: 11001-03-15-000-2017-02516-01
Actor: Nación – Ministerio de Minas y Energía


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero


JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
Conjuez



SC5780-6-1



GP059-6-1

