

Los usos y paradojas del derecho:

¿el derecho para quién?

*Reflexiones a propósito de las
restricciones a las consultas populares
en asuntos minero-energéticos*

Diana Carolina Sánchez Zapata¹

Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
diana.sanchez@udea.edu.co.

¹ Docente del área de derecho público, adscrita al grupo de investigación Derecho y Sociedad. Coordinadora del Semillero de investigación en estudios sobre minería. Abogada, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia.

L

a Corte Constitucional decidió declarar inconstitucional el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios»². Esta disposición establecía que cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenazara con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que diera lugar a una transformación en las actividades tradicionales, se debía realizar una consulta popular de conformidad con la ley.

Esta última decisión de la Corte se suma a la Sentencia SU 095 de 2018 en la que, en un caso de tutela contra providencia judicial seleccionado para revisión, la Corte concedió el amparo al derecho fundamental al debido proceso de la empresa Mansarovar Energy Colombia Ltda., que consideraba desconocido con las actuaciones procesales del Tribunal Administrativo del Meta en la revisión de constitucionalidad de una consulta popular en el municipio de Cumaral.

En aquella oportunidad, aunque la controversia se había planteado en relación con el derecho fundamental al debido proceso y en particular con la garantía del derecho a la defensa, la Corte Constitucional decidió expedir una

² Decisión adoptada el 13 de febrero de 2019. Expediente D-121324 y D-12328 (Acumulados). M. P. Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia C-053 de 2019.

sentencia con el carácter de unificación, y extender los alcances del análisis del problema jurídico a la interpretación de las competencias de los municipios para utilizar un mecanismo de participación ciudadana como la consulta popular, con el fin de pronunciarse frente a la posibilidad de realización de proyectos mineros o de hidrocarburos en sus territorios.

Sin entrar a realizar un análisis procesalista de estos casos, ámbito desde el que ameritaría hacerse un estudio detallado sobre la procedibilidad de ambas acciones, y sobre la manera en como las mismas se llevaron a efecto (aspectos que dejan bastantes cuestionamientos por asuntos como el desconocimiento de los precedentes aplicables al caso, entre otros), lo cierto es que estas decisiones han sido calificadas por la prensa como las «estocadas finales» a las consultas populares o como el «freno» definitivo a las mismas en asuntos mineros y de hidrocarburos .

Estas decisiones, que tienen consternados a ambientalistas y a los habitantes de los territorios en los que se realizaron consultas populares o en los que se proyectaba su realización⁴ deben, sin embargo, convocar la atención de la ciudadanía en general, como quieran que no sean solo los municipios y los territorios inmersos en conflictos socioambientales quienes puedan o deban considerarse afectados con estas providencias.

Y es que, en realidad, la gran perdedora en estas disputas jurídicas que se vienen acrecentando desde los últimos planes de desarrollo con ocasión del fortalecimiento de un modelo económico extractivista que sitúa en la explotación de los recursos naturales las posibilidades de desarrollo y crecimiento económico del país⁵ , ha sido la Constitución Política de 1991, y con ella, la relación entre

³ Ver por ejemplo los titulares de prensa: <https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-constitucional-le-pone-freno-a-las-consultas-populares/586482>
<https://www.semana.com/nacion/articulo/10-puntos-clave-del-fallo-de-la-corte-le-pone-freno-a-las-consultas-populares/586574>
<http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/opinion/columnistas/rincon-gonzalez-hugo/207255-el-freno-a-las-consultas-populares>
<https://www.kienyke.com/politica/corte-constitucional-frena-consultas-populares>
<http://tuperfil.net/corte-le-da-estocada-final-a-las-consultas-populares/>

⁴ Ver por ejemplo: <https://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/ambientalistas-preocupados-frente-a-decision-de-la-corte-sobre-consultas-populares-280190>

⁵ Pueden citarse al respecto los planes 2002-2006 "Hacia un Estado Comunitario"; 2006- 2010, "Estado Comunitario: desarrollo para todos"; 2010-2014 "Prosperidad para todos"; 2014-2018 "Todos por un nuevo país"

el Estado y la sociedad civil, configurada bajo la idea de un estado social, democrático, participativo y pluralista. Un ideal de Estado, realizable tal y como lo concibieron los constituyentes de 1991, a partir de las posibilidades administrativas y políticas que proporcionan los principios de descentralización y autonomía territorial.

Pero más allá de lo que esto significa en términos políticos y ciudadanos, bien vale la pena realizar una reflexión profunda sobre los usos del derecho y la función de los poderes públicos en relación con la salvaguarda de principios y derechos esenciales para una democracia como la participación ciudadana. El caso en cuestión, si bien pone de presente intereses económicos que han sido presentados bajo la égida de la «utilidad común»⁶ de la minería, amerita cuestionarse desde la perspectiva del interés general, que no es otro que el de la efectividad y vigencia del ordenamiento jurídico fundamental y de sus principios estructurales, si con decisiones como estas no se lesiona, a partir de la instrumentalización del derecho, elementos de la mayor envergadura constitucional, como la participación ciudadana, cuyas posibilidades de ejercicio fueron originariamente concebidas para desarrollarse desde los espacios locales, comunitarios y territoriales más próximos al ciudadano, como por esencia solo podría serlo el municipio que, de acuerdo con el artículo 311 de la Constitución, se consideró como la «entidad fundamental del Estado».

Al hacer referencia a la instrumentalización del derecho resulta primordial entender entonces las razones por las cuales fue considerado inconstitucional por los demandantes⁷ el artículo 33 y aceptado por la Corte Constitucional en la decisión mencionada. De acuerdo con los argumentos expuestos en las demandas, el contenido del artículo 33 es inconstitucional, entre otros cargos, principalmente porque efectúa un reparto de competencias en materia de ordenamiento territorial, asunto que a su juicio desconoce la reserva de ley orgánica dispuesta en los artículos 151 y 288 de la Constitución Política, así como el artículo 105 que establece que, previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine, los gobernadores y alcaldes, según el caso, podrán realizar

⁶ En los términos del artículo 13 de la Ley 685 de 2001.

⁷ La Asociación Colombiana de Minería, la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica, y tres ciudadanos.

consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio.

La Corte Constitucional, al evaluar las acciones públicas que en este sentido se presentaron, acogió dicho argumento como válido, y consideró entonces que el deber de los municipios de realizar consultas populares cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenazara con crear un cambio significativo en el uso del suelo, y que diera lugar a una transformación en las actividades tradicionales, desconocía la reserva de ley orgánica en el entendido de que se trataba de una norma que estaba efectuando el reparto de competencias en materia de ordenamiento territorial, a la vez que implicaba la posibilidad de que los municipios realizaran consultas en asuntos que no eran de su competencia .

Aun sin conocer el contenido del último de estos fallos —que a la fecha no ha sido publicado—, lo cierto es que el sentido del mismo, y la exposición de las razones que públicamente expresó la presidenta de la Corte Constitucional, revelan la ausencia del deber de integrar normativamente al análisis todas las disposiciones que hacen parte de la comprensión de la estructura político administrativa del Estado y del régimen municipal para una lectura completa del marco de competencias municipales, y en cambio denotan la necesidad de expedir un fallo consecuente o coherente con el expedido meses anteriores⁸.

Una lectura en contrario habría reconocido el lugar que tenía un artículo como el 33 en el conjunto del articulado de la Ley 136 de 1994, que vale decir, es la norma que se ocupó de modernizar el régimen municipal, esto es, de ponerlo a tono con el contenido de la Carta Política de 1991. En esta modernización era indispensable armonizar el régimen constitucional de competencias de los municipios con uno de los ejes axiales de la Carta Política de 1991: los mecanismos de participación ciudadana. El artículo 33 se ocupaba de reconocer uno de los escenarios en el que los municipios podían hacer uso de las consultas populares con base en las competencias previamente asignadas por la Constitución⁹. Su contenido no hacía parte del núcleo sometido a la reserva de ley orgánica que de mane-

⁸ Corte Constitucional Colombiana. Comunicado N.º 4, febrero 13 y 14 de 2019. Expediente D-12324 y D-12328 (Acumulados). M. P. Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia C-053 de 2019.

⁹ Verbigracia, el artículo 311 y los numerales 7 y 9 del artículo 313, C. P.

ra precisa está referido a las condiciones y requisitos de existencia de las entidades territoriales, a la estructura territorial, al núcleo básico del ordenamiento territorial o al reparto de competencias normativas o no normativas en la misma materia.

Sin embargo, la Corte le otorgó la razón a los demandantes, que además argumentaban —y he aquí la paradoja— que podía hacerse una comparación entre el artículo 33 de la Ley 136 y el artículo 37 del Código de Minas, declarado inexecutable mediante la sentencia C-273 de 2016¹⁰. El artículo 37 preceptuaba que ninguna autoridad regional, seccional o local podía establecer zonas del territorio que quedaran permanente o transitoriamente excluidas de la minería. El contenido del artículo 37 claramente comportaba la asignación de competencias, al determinar en materia minera los alcances de las atribuciones de las autoridades regionales, seccionales o locales. Por tratarse de asuntos inherentes al territorio, en esa oportunidad fueron de recibo para la Corte los argumentos de los demandantes, en tanto el contenido de dicha norma desconocía la garantía institucional de la reserva de ley orgánica.

En este punto vale la pena resaltar dos elementos: i) la función de las garantías institucionales para salvaguardar la democracia, y ii) el uso del derecho dirigido en aquella oportunidad para reivindicar la autonomía territorial y la posibilidad de participación de las comunidades en las decisiones sobre el territorio. Con relación al primer elemento, es decir, la función de las garantías institucionales, es pertinente indicar que, desde el punto de vista jurisprudencial, las leyes orgánicas en materia de ordenamiento territorial han tenido el tratamiento de garantías institucionales, concebidas como preceptos que tienen por objeto garantizar la existencia y funcionamiento de ciertas instituciones y fijar límites al legislador.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren a las garantías institucionales como el resultado de un proceso de constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran esenciales para el ordenamiento jurídico. La intención de la garantía institucional es entonces la de resguardar ciertas instituciones y establecer un ámbito de protección especialmente frente al legislador, de manera que con las presiones externas no se desdibuje o se pro-

¹⁰ Acción pública presentada por estudiantes de Derecho de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

duzca un vaciamiento de las competencias o facultades que el propio ordenamiento constitucional ha conferido a las mismas para el adecuado desarrollo de sus funciones¹¹. La protección constitucional que se predica de las mismas se extiende tanto a la institución propiamente dicha, como a los contenidos que la nombrada institución busca desarrollar.

En este sentido, llama la atención que bajo el argumento de la reserva de ley orgánica de ordenamiento territorial, considerada en nuestro contexto como garantía institucional, se desvirtúe precisamente el ordenamiento territorial que con dicha institución se pretende salvaguardar, al desconocer el régimen de competencias de las entidades territoriales dispuesto desde la misma Constitución, el carácter de entidad fundamental de los municipios y la autonomía territorial, que además de ser igualmente una garantía institucional fundamental para la democracia, encuentra una vinculación indisoluble con la participación ciudadana.

En cuanto al segundo de los elementos, es decir los usos del derecho, el argumento empleado para cuestionar la constitucionalidad del artículo 33 ha sido el mismo argumento con el que se cuestionó el artículo 37 del Código de Minas. Un mismo discurso que, usado para fines y con intereses divergentes, ha servido en un caso (el del artículo 37 del Código de Minas) para posibilitar las aspiraciones y realizaciones sociales más genuinas en un Estado democrático y, en el otro, paradójicamente, para hacerlas nugatorias, para anularlas (en el caso del artículo 33 de la Ley 136 de 1994).

En un caso, para resignificar la vida colectiva negando los efectos interpretativos de la violencia, posibilitando el reconocimiento de las voces en el territorio. Un discurso que produjo significativas movilizaciones a lo largo y ancho del territorio nacional. Un discurso que acercaba los ciudadanos al Estado, involucrándolos con los asuntos de mayor proximidad. Y en el otro caso, un discurso legalista que, amparado en la bandera del derecho, robusteció el carácter jerárquico y unitario del Estado por encima de las pretensiones descentralizadoras de la Constitución, que propugnaban por un en-

¹¹ Vale mencionar que este concepto toma sus orígenes en la Constitución del Weimar en Alemania, durante los años 20 del siglo pasado. Se atribuye la creación de esta categoría a Carl Schmitt, quien en su teoría de las garantías institucionales establece que la protección constitucional que se predica de las mismas se extiende tanto a la institución propiamente dicha, como a los contenidos que la misma institución busca desarrollar (Antela, 2007).

torno de mayor participación y de distribución horizontal del poder público.

Desde esta perspectiva, tal y como lo explicara César Rodríguez, este legalismo que se advierte en demandas como estas y las paradojas frente a los usos del derecho que derivan en decisiones como las que se vienen comentando:

No es más que una fachada que oculta la realidad de la violencia y la profunda desigualdad social colombianas. En este sentido, la paradoja se disuelve en un engaño: el de unas élites que, desde venerables cortes, [...] recrean la ilusión de un Estado de derecho y unos derechos humanos que no existen. El orden jurídico sería, entonces, un fetiche: un artilugio para timar a las mayorías incautas y asegurar su sujeción al orden social que las subyuga. (Lemaitre, 2009, p. 19)

Con las decisiones judiciales expedidas no podemos más que decir, parafraseando a Mauricio García Villegas (2014), que el derecho a la participación ciudadana sigue en pie para cumplir la función simbólica de recrear ideas, aspiraciones, justificaciones, percepciones y otros elementos centrales de la cultura política de una sociedad. Una cultura jurídica, hoy dominada no por los habitantes de los territorios, ni por sus legítimos intereses a participar mediante un mecanismo dispuesto por la Constitución —entre otros propósitos para materializar la autonomía territorial en las decisiones sobre el territorio que los puedan afectar—, sino por los intereses de un sector económico que bajo el auspicio de los poderes públicos determina el contenido de lo que se entiende por interés general.

Referencias

- Antela Garrido, R. (septiembre de 2007). Constitución y garantías institucionales: contribución para el desarrollo de una línea de investigación. Cuadernos Unimetanos. Derecho y Democracia. Órgano de divulgación académica, Año II(11), pp. 192-203.
- Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 2019.
- García Villegas, M. (2014). La eficacia simbólica del derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). El derecho como conjuro. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.