Bogotá D.C., 5 de diciembre de 2023

Doctor
**ÓSCAR HERNÁN SÁNCHEZ LEÓN**Presidente **Comisión Primera Constitucional**Cámara de Representantes
Ciudad

**Referencia.** Informe de ponencia negativa para primer debate del Proyecto de Ley Estatutaria número 053 de 2023 Cámara, *“*Por medio de la cual se regula el derecho a la participación de la ciudadanía afectada y potencialmente afectada por el desarrollo de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, se crean mecanismos de participación para deliberar y decidir sobre la ejecución y desarrollo de esos proyectos y se dictan otras disposiciones”

Respetado Señor Presidente:

Atendiendo a la honrosa designación que me hizo la Mesa Directiva, y en cumplimiento del mandato constitucional y de lo dispuesto por la Ley 5ª de 1992, por la cual se expide el reglamento del Congreso, de la manera más atenta, por medio del presente escrito y dentro del término establecido para el efecto, procedo a rendir informe de PONENCIA NEGATIVA para primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria número 053 de 2023 Cámara, ***“*Por medio de la cual se regula el derecho a la participación de la ciudadanía afectada y potencialmente afectada por el desarrollo de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, se crean mecanismos de participación para deliberar y decidir sobre la ejecución y desarrollo de esos proyectos y se dictan otras disposiciones”.**

1. **TRÁMITE DE LA INICIATIVA.**

El Proyecto de Acto Legislativo número 053 de 2023 Cámara, fue radicado el 27 de julio de 2023 por los Honorables Representantes Juan Carlos Lozada Vargas, Santiago Osorio Marín, Andrés David Calle Aguas, Leyla Marleny Rincón Trujillo, Cristian Danilo Avendaño Fino, Carolina Giraldo Botero, Karen López, Jorge Andrés Cancimance López, Duvalier Sánchez Arango, Luis Carlos Ochoa Tobón, Pedro José Suárez Vacca, Martha Lisbeth Alfonso Jurado, Gabriel Ernesto Parrado Durán, Alirio Uribe Muñoz, James Hermenegildo Mosquera Torres, Olga Beatriz González Correa, Germán José Gómez López, Agmeth José Escaf Tijerino, Daniel Carvalho Mejía, Wilder Iberson Escobar Ortíz, Alejandro García Ríos, Elizabeth Jay-Pang Díaz, Leonor María Palencia Vega, Jairo Reinaldo Cala, Ermes Evelio Pete Vivas, Alfredo Mondragón Garzón, Liliana Rodríguez Valencia, Etna Támara Argote Calderón, Gabriel Becerra Yañez, Jorge Hernán Bastidas Rosero, David Ricardo Racero Mayorca, y los Honorables Senadores Iván Cepeda Castro, Imelda Daza Cotes, Robert Daza Guevara, Yuly Esmeralda Hernández Silva, Carlos Alberto Benavides Mora, Fabián Díaz Plata, Pablo Catatumbo Torres, Aida Yolanda Avella Esquivel, Inti Raúl Asprilla Reyes, Julio César Estrada Cordero, Wilson Arias Castillo, María José Pizarro Rodríguez, Omar de Jesús Restrepo Correa, Jael Quiroga Carrillo, y Martha Isabel Peralta Epieyú.

El proyecto fue remitido a la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes donde se designaron como ponentes a los H.R. Santiago Osorio Marín, Juan Carlos Lozada Vargas, Heráclito Landinez Suárez, Miguel Abraham Polo Polo, Jorge Méndez Hernández, Juan Carlos Wills Ospina, Ana Paola García Soto, Marelen Castillo Torres, Luis Alberto Albán Urbano, y Orlando Castillo Advincula.

1. **OBJETO**

El objeto de la presente ley estatutaria es promover, proteger y garantizar el derecho a la participación de la ciudadanía en los proyectos de exploración, explotación o producción de recursos naturales no renovables. Para ello crea y desarrolla mecanismos de participación al servicio de quienes habiten en municipios o distritos en cuyo territorio se pretenda desarrollar, o se estén llevando a cabo, proyectos de exploración, explotación o producción de recursos naturales no renovables.

1. **ANÁLISIS DE LA INICIATIVA**

Después de realizar el análisis del proyecto de ley y teniendo en cuenta un concepto solicitado a la Asociación Colombiana de Petróleo y Gas – ACP[[1]](#footnote-1) acerca de la conveniencia del proyecto de ley estatutaria desde el sector empresarial ven con preocupación que se pretenda a través de su objeto “crear el cabildo abierto socioambiental como un mecanismo de participación ciudadana de carácter deliberativo y decisorio mediante el cual la ciudadanía de uno o varios municipios y departamentos potencialmente afectados por la ejecución de un proyecto, decidirá sobre su conveniencia o inconveniencia, en el marco de sesiones ordinarias de las asambleas departamentales o de los concejos municipales o distritales. La decisión que se adopte es vinculante y debe tener en cuenta la aplicación de los principios de precaución y prevención ambiental”.

Sin tener en cuenta que estas circunstancias impactan directamente en la seguridad jurídica para las empresas del sector, lo que eventualmente conllevaría a conflictos jurídicos entre las empresas y al Estado, que se representarían en demandas contra la nación y el pago de eventuales indemnizaciones, lo que también implica un riesgo fiscal.

El texto presenta grandes confusiones entre el desarrollo de las actividades mineras y de hidrocarburos. Por otro lado, se asume a priori que la conflictividad del sector minero energético es generada por comportamientos irregulares (o incluso ilegales) y por afectaciones causadas por el desarrollo de las operaciones, usando una definición de "daño" totalmente confusa y subjetiva, desconociendo la reglamentación existente en la materia.

Adicionalmente, la iniciativa contradice varios artículos de la Constitución Política en relación con los mecanismos de participación ciudadana, la Sentencia de Unificación 095 de 2018 de la Corte Constitucional, desconoce y afecta la seguridad jurídica, efectúa una mala interpretación del principio de precaución, desconoce la institucionalidad de las entidades, tal y como se explicará a continuación.

**VULNERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

1. **Prohibición de veto para las comunidades.**

En esta importante sentencia, la Corte concluyó que las comunidades no tienen poder de veto para oponerse al desarrollo de los proyectos de la industria en los territorios, argumentó que se desconoce en la presente iniciativa legislativa, toda vez que, la decisión que adopte el cabildo abierto socio ambiental tendrá el carácter de vinculante y obligatorio y, en el evento en que la decisión sea no desarrollar el proyecto, este debe suspenderse y declarar la caducidad del respectivo contrato.

1. **La consulta popular no puede prohibir el desarrollo de la industria extractiva en los territorios.**

Este proyecto de ley vulnera lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 095 de 2018, en la cual se concluyó entre otros, que la consulta popular, como mecanismo de participación ciudadana, no es el instrumento para prohibir el desarrollo de la industria extractiva en los territorios.

En efecto, la citada sentencia impartió varias instrucciones a diferentes autoridades, ordenando al Congreso de la República, definir uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio, con el fin de terminar con la tensión que se presenta entre estos frente al desarrollo de proyectos extractivos, teniendo en cuenta varios criterios desarrollados en la sentencia.

Si bien esta iniciativa pretende cumplir con esa orden judicial, lo cierto es que, vulnera lo establecido por la misma Corte, toda vez que, en esta sentencia se concluyó que la consulta popular no es el mecanismo para prohibir actividades extractivas en un municipio, teniendo en cuenta competencias constitucionales nacionales sobre el uso del subsuelo e imposibilidad de derecho a veto por parte de la ciudadanía, conclusiones que se desconocen abiertamente en esta iniciativa.

Al respecto dijo la Corte:

"La consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la nación y el territorio en el marco de los postulados del Estado unitario y la autonomía territorial, pues como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se realizan o no actividades de exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales, ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en cabeza de los municipios, y por ello excede su competencia, pues existen competencias de este tipo radicadas en el nivel nacional que no es posible desconocer porque tales competencias han sido definidas constitucionalmente; así, el ordenamiento jurídico ha previsto y otorgado competencias en materia del subsuelo a entidades del Gobierno nacional central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población".

(...)

"Ni la nación (nivel nacional o central) ni las entidades territoriales tienen competencias absolutas en materia de explotación del subsuelo y de los RNNR; así, las entidades territoriales no cuentan con competencia absoluta sobre los recursos del subsuelo, ni tampoco poder de veto respecto a la realización de actividades para la explotación del subsuelo y de RNNR, de acuerdo con una lectura e interpretación sistemática de la Constitución".

1. **Se reviven las consultas populares**

Adicionalmente, se establece prelación para la realización de un cabildo socio ambiental, del cual se hablará más adelante, para los municipios que hayan adelantado consultas populares o hayan expedido Acuerdos municipales, contrariando la prohibición establecida por la Corte Constitucional.

**ARGUMENTOS JURÍDICOS**

1. **Daños Potenciales:**

Es importante indicar que para el país es importante seguir contando con la seguridad jurídica como uno de sus más importantes activos. Es por esto que otorgar derecho de participación para la población que se considere "potencialmente" afectada, genera una gran incertidumbre jurídica, toda vez que cualquier persona, sin referirse a ningún interés específico ni legitimo, puede intervenir en los procesos y en el desarrollo de los proyectos, con base en posturas ideológicas y/o políticas. El derecho y los mecanismos de participación ciudadana deben estar dirigidos a quienes se vean afectados de forma directa, especifica y determinada, así como los que representen de forma efectiva a la comunidad.

1. **Vulneración Derecho Fundamental a la Igualdad**

Esta iniciativa vulnera el principio de igualdad, toda vez que las medidas que se pretenden implementar, generan cargas desproporcionadas, así como un trato discriminatorio e injustificado en contra de los operadores de proyectos de hidrocarburos y minería, que no persigue ningún fin legitimo, frente a los demás operadores de los demás sectores productivos.

En este caso, no se cumple con el principio de generalidad o universalidad que debe caracterizar a las leyes, por el contrario, se trata de una iniciativa que está dirigida a un sector económico específico, al respecto resaltamos la siguiente sentencia de la H. Corte Constitucional[[2]](#footnote-2):

"la exigencia de la universalidad o generalidad de las leyes es una de las manifestaciones del principio de igualdad en la producción normativa, pues corresponde a la exigencia de que el Legislador debe tratar de manera igual a un conjunto de sujetos destinatarios de una regulación específica y esta finalidad se cumple mediante la expedición de disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, características que, ordinariamente, se asocian con el concepto de ley en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. [...]

Desde esta perspectiva las leyes de contenido singular o leyes de caso único siempre han suscitado recelos sobre su constitucionalidad, precisamente por apartarse de la exigencia de generalidad de la ley y por ser sospechosas de vulnerar el principio de igualdad. [...]"

1. **Desconocimiento derechos adquiridos.**

La implementación efectiva de esta iniciativa, desconocería los derechos adquiridos de los operadores en virtud de los contratos previa y legalmente suscritos entre la Nación y las respectivas empresas, los cuales en la actualidad se encuentran vigentes. Adicionalmente se vulnera el principio de irrectroactividad de la Ley, pues la ley se aplicaría a contratos vigentes en etapa de exploración.

En el evento en el que se desconozcan de manera efectiva los derechos que se originan en los contratos, los inversionistas tienen la posibilidad de demandar al Estado Colombiano mediante un arbitraje internacional de inversión en virtud de los tratados internacionales vigentes, con las consecuencias negativas en materia económica, seguridad jurídica e inversión extranjera que pueden generarse.

1. **Vulneración Derecho a la Información.**

Otro punto importante es que se pretende otorgar a la ciudadanía acceso ilimitado a la información presentada por las operadoras, como sustento a la solicitud de contratos de concesión para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, lo cual además de vulnerar la confidencialidad, genera consecuencias en materia de seguridad tanto para las empresas como para el Estado.

1. **Caducidad**

Se establece en el proyecto que en el evento en el que un proyecto minero energético se encuentre vigente y en virtud de la celebración del cabildo socia ambiental, la comunidad se oponga a su desarrollo, procede inmediatamente la caducidad del respectivo contrato.

En primer lugar, debe manifestarse que esta medida es absolutamente inconstitucional, antitécnica y desproporcionada.

La caducidad contractual es una de las facultades exorbitantes con las que cuenta el Estado en su calidad de Contratante, para dar por terminados los contratos celebrados con los particulares, de manera unilateral, cuando medie el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. Es la sanción más severa que puede imponerse a un contratista, razón por la cual, su aplicación está restringida a unas causales específicas, en el marco de un procedimiento reglado en el que se respeten los derechos fundamentales a la defensa y el debido proceso. Es importante resaltar que estos derechos tal y como se pretende en el proyecto, se estarían vulnerado de manera flagrante pues, la caducidad operaría de pleno derecho y de forma automática.

Se considera que la caducidad es desproporcionada y antitécnica, teniendo en cuenta que un operador titular de un contrato celebrado de forma legal y el cual se encuentra vigente, estaría enfrentado a una cambio de normatividad, el cual podría generar indemnizaciones o acuerdos en virtud de las herramientas legales y contractuales; circunstancia que no implica, bajo ninguna circunstancia, que el Estado de manera subjetiva le de el mismo tratamiento de un incumplimiento grave, sin ningún tipo de reconocimiento ni indemnización.

Lo anterior, está creando en la práctica un mecanismo de expropiación indirecta, que traería como consecuencia múltiples reclamaciones nacionales e internacionales de parte de los inversionistas titulares de proyectos en contra del Estado.

1. **Competencia del Gobierno Nacional para definir la política de hidrocarburos y Desconocimiento de la institucionalidad ambiental.**

Tal y como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional en la mencionada sentencia de unificación concluyó que la propiedad del subsuelo es del Estado y la competencia para definir la política en materia minero energética y de los recursos naturales no renovables le corresponde al Gobierno Nacional. Razón por la cual, es el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Minas y Energía y demás entidades competentes, el que tiene la competencia para formular, adoptar, dirigir e implementar la política minero energética nacional, la cual debe garantizar la administración óptima y sostenible de los recursos naturales no renovables del país con sujeción a la legislación ambiental vigente, y que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, entidad del orden nacional, es la responsable de la administración de dicho recurso.

La exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos de la Nación ha estado regulada a lo largo de los años por normas tanto técnicas como ambientales, que por su alto nivel de complejidad han sido competencia de estas autoridades, resaltando que son los criterios técnicos y científicos de las autoridades son los que deben determinar las decisiones.

Así mismo, en materia ambiental, la Corte ha manifestado en reiterada jurisprudencia *"la protección del medio ambiente como un asunto de interés nacional. En esa medida, la responsabilidad por su protección está en cabeza de las autoridades nacionales”[[3]](#footnote-3), por cuanto,* Una de las manifestaciones concretas de la protección del medio ambiente se refleja en la existencia de organismos con niveles de especialización funcional y técnica, encargados de asegurar una adecuada planeación ambiental tomando como eje la protección de ecosistemas regionales- Corporaciones Autónomas Regionales*.* Esto además del ente rector del Sistema Nacional Ambiental, que es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad de Licencias Ambientales-ANLA, la cual es la encargada de otorgar las licencias globales para el desarrollo de los proyectos del sector de hidrocarburos.

Este Proyecto de Ley además de no tener en cuenta la normatividad especial expedida para tal fin, desconoce la institucionalidad ambiental y las competencias asignadas en la Ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en los cuales se establecen ampliamente la forma como se definen, evalúan, previenen, mitigan, corrigen y compensan los impactos que generan las actividades productivas en los ecosistemas, entre ellas las de hidrocarburos, y que la competencia para evaluar tales impactos fue asignada a las autoridades ambientales.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se considera que si bien el derecho a la participación ciudadana es un derecho fundamental e inherente al desarrollo de los proyectos de hidrocarburos, lo cierto es que, de una parte, en la actualidad, los procesos de licenciamiento ambiental ya contienen una serie amplia de mecanismos de participación y de otra parte, este derecho no puede estar por encima de la institucionalidad y mucho menos remplazar las competencias atribuidas por la Constitución y la Ley a cada una de las autoridades.

Respetuosamente, manifestamos que la ciudadanía no puede tener las competencias que se le pretenden otorgar en este proyecto de ley, relacionadas con el poder de veto frente al desarrollo de los proyectos, determinación de impactos sociales y ambientales de los proyectos, así como la participación en las decisiones administrativas que tengan que tomarse a lo largo de su ejecución, pues son es una competencia exclusiva de las autoridades.

Otorgarle este tipo de prorrogativas a la ciudadanía, se configura como un peligroso precedente que puede ser el origen de futuras prohibiciones para el desarrollo de proyectos de las demás industrias y sectores productivos en el país, con las consecuencias sociales y económicas que esto genera.

1. **Necesidad de Consulta Previa.**

Según lo establecido por la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, la aprobación de este proyecto de ley estatutaria, debe ser sometido a consulta previa por implicar afectación directa a las comunidades, las cuales se verían reflejadas en las zonas de operación donde se estén ejecutando los proyectos.

**CREACIÓN DE CABILDO SOCIOAMBIENTAL.**

Se crea el cabildo socio ambiental previo a la asignación de áreas por parte de la ANH, incluso para los que se encuentren en etapa de desarrollo, en el cual no pueden participar las Empresas operadoras, razón por la cual se desdibuja su carácter de mecanismo de participación ciudadana, pues no intervienen todas las partes interesadas, así como tampoco se cumple con los principios de coordinación y concurrencia a los que se refiere la Corte.

Adicionalmente, si la posición mayoritaria del cabildo es la inconveniencia del proyecto, es obligatoria, es decir se le da poder veto a la comunidad, y no podrá presentarse una nueva solicitud en cinco años además de declarar la caducidad del contrato, circunstancia que es contraria a la Constitución teniendo en cuenta que tal y como se ha reiterado a lo largo de este documento, la competencia para definir la política minero energética es del Gobierno Nacional, mediante cada una de las instituciones que intervienen en el proceso tal y como ocurre con el Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, entre otras.

De otra parte, los resultados de las discusiones de la ciudadanía son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del orden local, departamental y nacional, anulando así las competencias de cada una de las autoridades de todos los órdenes. Al darle carácter vinculante a los acuerdos participativos como resultado del ejercicio del cabildo abierto, se vulnera el interés general y deja de lado el carácter técnico de las decisiones a través del cual se evalúan aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental que implican elementos científicos y que igualmente evalúan intereses de las poblaciones afectadas.

Las decisiones sobre la viabilidad de los proyectos no deben depender de la voluntad de una comunidad, sino de diferentes aspectos como los técnicos, geológicos, ambientales, económicos, entre otros. Si bien la opinión de las comunidades resulta ser de la mayor importancia, para el desarrollo de los proyectos, en la actualidad, estas cuentan con espacios de socialización y participación como la elaboración de los estudios y el trámite de los instrumentos ambientales bajo los cuales la autoridad ambiental autoriza o no el proyecto y los términos para desarrollarlo, analizando la información aportada tanto la comunidad, como por la empresa solicitante del instrumento ambiental.

El cabildo abierto establecido en la Constitución Política se encuentra dirigido a los gobiernos locales y tal y como está establecido en este proyecto, desnaturaliza su función, toda vez que el objetivo es ejercer control sobre aspectos Nacionales.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los mecanismos de participación ciudadana que pretenden implementarse con esta iniciativa, se relacionan de forma directa con las normas incluidas en el Tratado de Escazú, tal y como ocurre con el derecho de acceso a cualquier tipo de información así tenga el carácter de confidencial, el derecho a veto por parte de las comunidades, posibilidad de intervenir en procesos y actuaciones sin demostrar afectación directa, desconocimiento de la institucionalidad administrativa y judicial, entre otros.

**PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.**

Como primera medida, es importante aclarar que los principios de precaución y prevención ambiental solo pueden ser aplicados por las autoridades administrativas y judiciales y no por parte de la comunidad como se pretende en esta iniciativa.

Vale la pena mencionar uno de los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado[[4]](#footnote-4), en el cual, al declarar la legalidad del reglamento técnico de los Yacimientos No Convencionales, concluyó frente a la aplicación del principio de precaución lo siguiente:

* No tiene, por regla general, un carácter prohibitivo y paralizante. Es un llamado a la acción regulatoria, de manera que no se concreta en una proscripción a las autoridades para establecer los requisitos técnicos que deben cumplir quienes adelanten determinadas actividades comerciales y que tienen una incidencia ambiental jurídicamente relevante.
* Se sustenta en la oportuna y adecuada gestión de los riesgos ambientales mediante la eficaz reglamentación de las actividades que generan dichos riesgos, más no en la ineludible prohibición, como tampoco en la inactividad estatal frente a su intervención respecto de las mismas, toda vez que la sostenibilidad del desarrollo no es sinónimo de prohibición de nuevas técnologías, ni es el principio de precaución una limitante a la necesaria y legitima intervención del Estado en aquellas actividades consideradas riesgosas para el medio ambiente o la salud.
* Las autoridades tienen la facultad y el deber de escoger cuales son los medios apropiados para alcanzar la finalidad legalmente perseguida con el principio de precaución, en tanto estos sean razonables y tengan fundamento coherente en las conclusiones científicas sobre los factores desencadenantes de tales riesgos, los bienes que pueden verse afectados y la forma de mitigarlos.

**OBLIGACIONES Y ACTIVIDADES DESPLEGADAS POR EL SECTOR DE HIDROCARBUROS.**

La industria del petróleo y gas está comprometida con la lucha contra el cambio climático, a través de una gestión social y ambiental responsable, generando recursos para el desarrollo de las regiones, siendo parte de la solución y no de la problemática.

Primero, porque como sector licenciado, requiere de aprobaciones de manejos ambientales, que incluyen prevención mitigación, restauración, y en su defecto, compensación de cualquier impacto negativo. Estos planes de manejo implican un estricto seguimiento por las autoridades ambientales del nivel nacional y regional. Cabe anotar que el proceso de licenciamiento requiere de una serie de elementos de participación ciudadana para que las comunidades soliciten la información de la gestión ambiental, y las empresas del sector respondan a esas inquietudes.

Es importante señalar que los instrumentos ambientales (entre otros el Manual de Compensación) establecen los requerimientos para efectivamente "compensar" los impactos, si fuera necesario, y los requisitos responden al valor ecosistémico de la zona donde ocurren las operaciones. Importante tener en cuenta los beneficios ambientales causados por obligaciones del 1% de la inversión de los proyectos y en compensaciones por

áreas afectadas.

Adicionalmente, la Agencia Nacional de Hidrocarburos-ANH, creó un procedimiento para la coordinación y concurrencia con las Entidades Territoriales en la definición y determinación de áreas de interés de hidrocarburos, dentro del cual se encuentran, las llamadas Fichas Socio Ambientales. Estas se presentan, desde el principio del proceso de planeación para asignación de áreas y contienen información socio ambiental relevante para diagnosticar las condiciones del territorio objeto de interés de hidrocarburos, e identifican las restricciones al desarrollo de posibles actividades de exploración y producción en áreas protegidas.

Se reitera que las actividades del sector están reguladas, por los conceptos emitidos por la respectiva Autoridad Ambiental Regional con respecto a las determinantes ambientales establecidas para el territorio en concreto, así como por sus instrumentos de ordenamiento como los POMCAS, bajo el estricto y amplio ordenamiento jurídico ambiental vigente.

**El concepto de seguridad jurídica frente a la participación de la ciudadanía para deliberar y decidir sobre la ejecución y desarrollo de proyectos de exploración y explotación:**

La Corte Constitucional en Sentencia SU-072 del 2018 estableció que *“La seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”.* es decir, la seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. (¿) Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos.

De manera específica la Consulta Previa es tratada constitucionalmente en los artículos 329 y 330. Al respecto se estipula que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas. Igualmente, se señala que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Se especifica que en las decisiones que se adopten respecto de la explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Lo anterior, puedes suscitar la discusión sobre la inseguridad jurídica y de ejecución frente a un modelo

Ahora bien, esto debido a que dichas disposiciones serian el paso cero para la iniciación de toda actividad extractiva, no existe estudio de impacto ambiental y, por ende, no hay mayor desarrollo sobre los impactos en flora, fauna, impactos sociales o posibles focos de contaminación. Es decir, en el proceso de consulta no pueden informarse muchos detalles sobre el proyecto aún por desarrollar, lo cual prácticamente neutraliza la importancia de etapas como las de información o evaluación interna en la consulta previa.

Dado que no pueden discutirse detalles ambientales, sociales o culturales de los proyectos en cuestión, los acuerdos a los que se arriban terminan siendo, por lo menos, discutibles. La mayoría de los acuerdos implican tanto la entrega de bienes, como brindar servicios como electrificación o construcción de caminos.

No criticamos que se lleguen a este tipo de acuerdos, pues el proceso de consulta previa es tal vez la primera y única opción que las comunidades tienen para conversar frente a frente con representantes del Estado. Recordemos que muchas comunidades aún viven en situaciones donde carecen de servicios básicos como desagüe o electrificación, por lo que la exigencia de estos servicios no suena descabellada en medio de las negociaciones de consulta previa. Por todo lo mencionado, si existe algo que debemos reformar, es la medida sometida a consulta previa en los proyectos hidrocarburíferos. El modelo de proyecto que se presenta no ofrece suficiente información y genera más falsas expectativas que acuerdos certeros, por lo que debería considerarse otra medida.

Como otro punto es fundamental recordar que tras una larga discusión nacional sobre la procedencia o no de Consultas Populares en los municipios respecto de la posibilidad de desarrollar actividad minera o no en sus territorios, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-095, zanjó definitivamente estas discusiones, pues la Corte aclaró que adelantar consultas populares o expedir acuerdos municipales para prohibir la explotación de recursos naturales no renovables, que son de propiedad de la Nación, está por fuera de las competencias de las autoridades territoriales, quienes no pueden autónomamente vetar esta actividad sin la participación coordinada y concurrente de las autoridades del Nivel nacional encargadas de la administración de los recursos mineros que pertenecen a todos los colombianos.

Por otro lado, la Corte también advirtió que la convergencia de intereses, locales y del orden nacional, genera tensiones, por lo que exhortó a que el Congreso de la República defina uno o varios “mecanismos de participación ciudadana”, así como “uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio”. En este sentido se excede de manera flagrante el alcance del concepto de participación ciudadana, otorgando a un grupo no claro ni identificado poderes de veto por conveniencia que sin lugar a dudas pueden desconocer de manera flagrante los interés de la población en general y del país.

Recuérdese que en 2020 cursó en el Congreso un Proyecto de Ley Orgánica (PL 418) que buscaba crear mecanismos de coordinación y concurrencia entre autoridades nacionales y territoriales, así como mecanismos de participación ciudadana para la exploración y explotación del subsuelo, destacando la importancia de fortalecer las instancias de participación actualmente existentes en el ordenamiento jurídico, así como de incorporar la variable minera en la planeación del territorio. También se indicaba que, a la luz del principio de eficiencia normativa, no es deseable dictar una ley únicamente para el sector minero, ni tampoco sentar el precedente de una ley para delimitar cada asunto en el que los municipios quieran o deban intervenir, existiendo suficiente regulación en nuestro ordenamiento. Finalmente, el Proyecto de Ley 418 de 2020 fue archivado.

Sobre el proyecto actualmente en curso se debe advertir que el mismo presenta importantes vicios de constitucionalidad y su eventual implementación, no sólo desconocería principios superiores, sino que aumentaría la conflictividad nacional, pondría en riesgo intereses superiores nacionales y convertiría la necesidad de mecanismos de participación efectivos y con un grado de incidencia en el desarrollo de la actividad minera en poderes de veto, reiteramos a todas luces inconstitucionales.

Es importante resaltar que la simple afirmación en la exposición de motivos de este proyecto sobre que la sentencia 095 de 2018 se refirió a las Consultas Populares y no a los mecanismos de participación y que por lo tanto eso habilita que se establezcan las figuras acá propuestas, no supera en forma alguna la inconstitucionalidad de los mecanismos propuestos, pues dicha sentencia de manera contundente clarificó que los municipios autónomamente no pueden, bajo ningún mecanismo, vetar la actividad minera en el territorio. Lo cual estaría posibilitándose de facto con el proyecto de ley en mención. Igualmente, no resulta valido pretender acogerse a precedentes jurisprudenciales previos como la sentencia 123, cuando la sentencia de unificación recoge todos los planteamientos anteriores y fija la línea de interpretación que debe ser acogida por todos los administrados, incluido el honorable Congreso de la República.

Podemos entonces resumir nuestros principales hallazgos así:

1. El mecanismo de cabildos abiertos socioambientales, revive el derecho de veto al desarrollo de proyectos minero energéticos, que había sido claramente prohibido por la Sentencia SU-095 de 2018. En este sentido, el articulado sobre decisión del cabildo socioambiental es inconstitucional.
2. Entre los sujetos afectados o potencialmente afectados, que se beneficiarían de los mecanismos de participación (audiencias y cabildos socioambientales), se incluyen las comunidades étnicas. Luego, la ley parece desconocer la consulta previa o desdoblar instancias de participación para el mismo sujeto beneficiado. Desde luego que cualquier mecanismo de participación no podría sustituir la consulta previa.
3. El proyecto viola el principio de irretroactividad de la ley consagrado en la Constitución, al pretender aplicar a títulos ya otorgados, estos mecanismos de participación. El derecho de participación de los titulares y proponentes, además, es significativamente coartado.
4. El proyecto plantea escenarios de difícil cumplimiento para el estado, en cuanto a plazos y tecnología a disposición de los procesos de participación, que podrían redundar en mayor litigiosidad interna e internacional para el Estado, máxime ahora con la ratificación del Tratado de Escazú.

Se considera que la Constitución y la ley, disponen un marco sólido para la participación ciudadana, sobre el cual es importante trabajar, para reforzarlo y lograr su cabal implementación. En este sentido, la audiencia pública ambiental ya prevista para el licenciamiento ambiental, es un espacio propicio para generar espacios de participación significativa, en los que se ventilen inquietudes técnicas, ambientales y sociales que deberán ser atendidas por la autoridad. También consideramos importante plasmar mecanismos, mediante una ley, para superar los retos de las actuales audiencias de concertación adelantadas por la Agencia Nacional de Minería, en el momento de otorgar un título minero. Sin embargo, es importante que también para esta fase de otorgamiento del título, la decisión definitiva repose en la autoridad, considerando todos los aspectos que se hubieran sometido a su consideración, particularmente las observaciones de naturaleza técnica, adicionalmente a las sociales y ambientales.

Por lo tanto, es necesario reiterar y hacer un llamado especial sobre este proyecto de ley, en la medida en que permite el veto a los proyectos extractivos, por lo que guarda relación con la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, así como la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, ambas materias propias de las leyes orgánicas, de conformidad con lo previsto en el Artículo el 152, literales a) y b) de la Constitución Política (CP).

Adicionalmente el proyecto al incluir únicamente el territorio directo y las comunidades en el área de influencia, excluye la participación de los demás municipios, departamentos y la Nación, que tienen legítimo derecho sobre los recursos naturales, por ser los propietarios de los mismos y por asistirles la competencia para elaborar en forma concertada los planes de desarrollo a que se hace referencia.

Igualmente, debemos señalar que los tratados internacionales y la Constitución Política establecen criterios diferentes a los que la presente ley determina y son de preferente aplicación.

Tratándose de la gestión pública, las decisiones las debe tomar la autoridad competente, aun cuando no exista consenso con la comunidad, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Lo que sí resulta indispensable es que las decisiones estatales se adopten con base en los planes de desarrollo concertados entre las entidades territoriales y pronunciándose con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales y los demás requeridos, con el fin de que se incluya un pronunciamiento específico sobre todos los asuntos sometidos a su consideración durante la socialización de los proyectos con las comunidades.

Como antes se anotó, las decisiones corresponden a las autoridades mineras y petroleras. De otro lado la Sentencia S-095 de 2018, prohibió el veto de los municipios a la Nación, por lo que no puede permitirse el de las comunidades y dispuso que debía existir concertación entre las autoridades nacionales y locales. Por lo que se reitera que en caso de conflicto entre el interés general, la utilidad pública o social y los intereses de una comunidad prevalecen aquellos sobre estos como lo establece en forma imperativa el Artículo 58 CP.

El proyecto de ley 202 al reconocer a la ciudadanía afectada y potencialmente afectada por la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, crea una capacidad de veto en las minorías ubicadas en cercanías de los posibles proyectos, sin permitir la generación del conocimiento técnico; pero desconoce a la ciudadanía del resto de la Nación, potencialmente afectada por el no desarrollo de dicha exploración y explotación y mucho menos reconoce las implicaciones sociales, económicas y de desarrollo del resto de los colombianos, en las generaciones presentes y futuras.

Colombia es parte de la OCDE, en donde su regulación hace parte del llamado “Bloque de Constitucionalidad” que nos aplica en sus decisiones y recomendaciones, entre ellas la “Recomendación del Consejo sobre el Uso de Instrumentos Económicos en la Política Ambiental”1, el Congreso tiene el deber de realizar análisis cuidadosos y sustantivos en la adopción de cualquier forma de medidas económicas o regulatorias, para mejorar la asignación y el uso eficiente de los recursos naturales y ambientales a través de instrumentos económicos que reflejen mejor el costo social del uso de estos recursos.

Si bien es cierto que es fundamental la participación ciudadana en los temas ambientales y mineros, también lo es que corresponde al Congreso la responsabilidad de 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, 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” dando además plena aplicación al principio 4 de la Declaración de Río que reza:

**“PRINCIPIO 4: A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.”**

Esta regulación debe tenerse en cuenta en los lineamientos y consideraciones para el uso de instrumentos económicos en la política ambiental, incluidos en el anexo de las ya citadas recomendaciones de la OECD y se revise la debida aplicación de dichos instrumentos para la debida protección del ambiente, la amplia participación ciudadana y el acceso a la información.

En relación con la progresividad, es importante señalar que los impactos ambientales y sociales se determinan con base en estudios técnicos, así como las medidas de mitigación, restauración o sustitución, por lo que no resulta admisible ni sustentable la progresividad propuesta, teniendo además que va en contra del desarrollo sostenible y la investigación y aplicación de nuevas tecnologías limpias que podrían justificar el levantamiento de restricciones en el futuro. Adicionalmente, es importante señalar que existe prohibición de expedir leyes retroactivas y desconocer los derechos adquiridos que constan en títulos mineros registrados (Art. 58 CP).

Teniendo en cuenta que ya existen los sistemas de información de VITAL de la ANLA, el Registro Único Nacional de Áreas Protegidas (RUNAP), y ANNAMINERIA de la Agencia Nacional de Minería y que las CAR y las demás autoridades ambientales no tienen sus bases de datos integradas a los anteriores sistemas de información, para disponer de un sistema completo se requiere integrar dichas bases de datos y actualizar dichos sistemas de información no solo del Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, sino de todas las entidades mencionadas.

**CONCLUSIONES**

1. Se vulnera la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional relacionada con los mecanismos de participación ciudadana, consultas populares, prohibición de veto por parte de las comunidades y, los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.
2. Se vulneran derechos fundamentales como la igualdad, al dar un tratamiento discriminatorio e injustificado a un sector de la economía, así como los derechos a la defensa y al debido proceso al decretar la caducidad de los contratos de pleno derecho si la decisión de la comunidad es no adelantar el proyecto.
3. La caducidad genera un mecanismo de expropiación indirecta.
4. Se da una interpretación y aplicación equivocada del principio de precaución.
5. Asimismo, no es jurídicamente viable sujetar el cierre de proyectos a las decisiones de instancias de participación, el cierre debe responder al cumplimiento o incumplimiento objetivo demostrado ante la autoridad, y no al sentir participativo. En ese sentido no habría ningún tipo de seguridad jurídica en los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables.
6. Deja en manos de las comunidades decisiones de contenido técnico y económico, sin

control de legalidad.

1. Crea instancias que harán sumamente engorroso ejecutar los proyectos, y en algunos casos inviable, al involucrar a las comunidades en todas las etapas, sin limitación.

Creando además condiciones de inseguridad para el inversionista.

1. Desconoce la institucionalidad y las competencias de todas las entidades, quedando todas éstas sujetas a las decisiones de la comunidad. Así como tampoco, tiene en cuenta el régimen sancionatorio ambiental, ni se percata de los elementos existentes y sólidamente decantados referentes a la responsabilidad civil por daños.
2. No articula adecuadamente las instancias de consulta previa y audiencia pública ambiental con la etapa de cabildo abierto.
3. En vistas de los inconvenientes que se han presentado en otros proyectos como el parque eólico Windpeshi en La Guajira[[5]](#footnote-5), donde la empresa Enel Colombia anunció que suspendería indefinidamente la construcción, luego de que “la compañía energética agotara las instancias corporativas para solucionar los conflictos con las comunidades de la zona y reportara retrasos significativos en el cronograma de obra previsto y mayores inversiones”. En ese sentido, los proyectos tienen que ser sostenibles no sólo desde el punto de vista social sino también económico y su éxito depende de que se puede lograr un trabajo conjunto entre las empresas, las instituciones y las comunidades.
4. Ante la falta de la realización de mesas técnicas que ayuden a entender realmente como se maneja y funciona las empresas que se dedican a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables consideramos que el proyecto es inconveniente hasta tanto no se tenga claridad sobre los impactos negativos que generaría al sector, al desarrollo de las comunidades y a la generación de empleo.
5. **CONFLICTO DE INTERÉS**

Dando alcance a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 2003 de 2019 "*Por la cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992*", se hacen las siguientes consideraciones a fin de describir las circunstancias o eventos que podrían generan conflicto de interés en la discusión y votación de la presente iniciativa legislativa, de conformidad con el artículo 286 de la Ley 5 de 1992, modificado por el artículo 1 de la Ley 2003 de 2019, a cuyo tenor reza:

***ARTÍCULO 286. Régimen de conflicto de interés de los congresistas****. Todos los congresistas deberán declarar los conflictos De intereses que pudieran surgir en ejercicio de sus funciones.*

*Se entiende como conflicto de interés una situación donde la discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del congresista.*

*a) Beneficio particular: aquel que otorga un privilegio o genera ganancias o crea indemnizaciones económicas o elimina obligaciones a favor del congresista de las que no gozan el resto de los ciudadanos. Modifique normas que afecten investigaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas a las que se encuentre formalmente vinculado.*

*b) Beneficio actual: aquel que efectivamente se configura en las circunstancias presentes y existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión*

*c) Beneficio directo: aquel que se produzca de forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (...).*

Sobre el asunto la sala plena Contenciosa Administrativa del Honorable Consejo de Estado en su sentencia 02830 del 16 de julio de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, señaló que:

*"No cualquier interés configura la causal de desinvestidura en comento, pues se sabe que sólo lo será aquél del que se pueda predicar que es directo, esto es, que per se el alegado beneficio, provecho o utilidad encuentre su fuente en el asunto que fue conocido por el legislador; particular, que el mismo sea específico o personal, bien para el congresista o quienes se encuentren relacionados con él; y actual o inmediato, que concurra para el momento en que ocurrió la participación o votación del congresista, lo que excluye sucesos contingentes, futuros o imprevisibles. También se tiene noticia que el interés puede ser de cualquier naturaleza, esto es, económico o moral, sin distinción alguna".*

Por lo anterior, se estima que el presente proyecto de ley no genera un beneficio para los congresistas que participen en su discusión y votación. Se trata de una reforma a la Constitución que se aplica a la institución del Congreso de la República.

1. **PROPOSICIÓN**

Con fundamento en las anteriores consideraciones y argumentos, en el marco de la Constitución Política y la ley, propongo a los honorables miembros de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes dar archivo en primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria número 053 de 2023 Cámara, *“*Por medio de la cual se regula el derecho a la participación de la ciudadanía afectada y potencialmente afectada por el desarrollo de

proyectos de exploración de recursos naturales no renovables, se crean mecanismos de participación para deliberar y decidir sobre la ejecución y desarrollo de esos proyectos y se dictan otras disposiciones”.

Cordialmente,

|  |  |
| --- | --- |
| **MIGUEL ABRAHAM POLO POLO**Representante a la Cámara.Ponente | **MARELEN CASTILLO TORRES**Representante a la CámaraPonente |

1. ACP-P-002. Comentarios de la Asociación Colombiana de Petróleo y Gas – ACP al Proyecto de Ley Estatutaria 053 de 2023 Cámara. 27 de septiembre de 2023. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-141 de 25 de febrero de 2010. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C-894 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Expediente No. 110010326000201600140-00 (57819). Consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Sentencia de 7 de julio de 2022 [↑](#footnote-ref-4)
5. Enel anunció que suspenderá en La Guajira construcción del proyecto eólico Windpeshi. Diario La República. 24 de mayo de 2023. [↑](#footnote-ref-5)