



Revista Digital de Derecho Administrativo
ISSN: 2145-2946
Universidad Externado de Colombia

ROJAS, HÉCTOR DAVID
¿Por qué no un poder de veto sobre la explotación del subsuelo?
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 22, 2019, pp. 203-218
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n22.09.

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503860786009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

¿Por qué no un poder de veto sobre la explotación del subsuelo?

HÉCTOR DAVID ROJAS¹

RESUMEN

La propiedad del Estado sobre el subsuelo puede descomponerse en privilegios específicos sobre el uso, goce y disposición de los recursos naturales no renovables que allí se encuentran. Dado que el derecho de propiedad puede asumir diferentes estructuras dependiendo de los poderes y prerrogativas que lo integren, la mejor interpretación del derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales será aquella que armonice mejor los demás principios constitucionales. Uno de esos principios es el de la autonomía territorial. En esta investigación se aboga por el derecho de veto de las comunidades afectadas por la explotación intensiva del subsuelo como límite del derecho de propiedad del Estado.

Palabras clave: autonomía territorial, propiedad pública, recursos naturales no renovables, principios constitucionales, derechos de propiedad.

Why Not a Veto Power Over the Exploitation of the Subsoil?

ABSTRACT

The State's ownership of the subsoil comprises specific privileges of use, enjoyment and disposition of natural resources. Since the right to property may

1 Docente en la Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Doctor en Filosofía de la Universidad de Bristol, Bristol, Reino Unido. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3226-0339>. Correo-e: hecrojvil@gmail.com. Fecha de recepción: 23 de marzo de 2019. Fecha de modificación: 22 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2019. Para citar el artículo: ROJAS, HÉCTOR DAVID, "¿Por qué no un poder de veto sobre la explotación del subsuelo?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019, pp. 203-218. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.09>.

adopt different legal forms, according to the prerogatives it confers, the best rationale to State ownership of non-renewable natural resources is one that harmonizes these privileges with other constitutional principles, such as the autonomy of local entities. This paper endorses a veto power for local communities affected by an intensive exploitation of the subsoil, as a limit to the State's property of underground resources.

Keywords: Territorial Autonomy, Public Property, Non-renewable Natural Resources, Constitutional Principles, Property Rights.

INTRODUCCIÓN

El presente es un artículo de teoría jurídica que aplica criterios axiológicos a la interpretación de normas constitucionales y de derecho administrativo para dilucidar cuál es el balance adecuado entre el derecho de propiedad del Estado sobre el subsuelo y el derecho a la autonomía de las autoridades territoriales. Lo anterior con ocasión del precedente de la Corte Constitucional, recogido en la sentencia SU-095 de 2018, y su decisión de negar un poder de veto a los ciudadanos que residen en las zonas de explotación². Por versar sobre aspectos evaluativos, esto es, del "deber ser" de las normas jurídicas, no apela metodológicamente a una reconstrucción histórica o jurisprudencial de la materia, sino a teorías axiológicas que informan los principios constitucionales y dan sustento a las interpretaciones aplicables al caso.

El artículo se desarrolla de la siguiente manera. En la primera sección se presenta la concepción relacional de los derechos de propiedad de Kant y se explica cómo esta resulta relevante para evaluar la legitimidad de la propiedad del Estado sobre el subsuelo. En la segunda sección se muestra que los derechos de propiedad tienen una estructura compleja que se compone de diferentes combinaciones de permisos, prerrogativas, poderes y derechos. El objetivo es exponer que dicha estructura debe reflejar principios de justicia a través de un sistema público de normas que tome en consideración los intereses de todos los ciudadanos sujetos a la autoridad del poder público. En la tercera sección se presenta una concepción sobre los valores que instancia la autonomía territorial y la forma en que puede limitar los derechos de propiedad sobre el subsuelo. En la última parte de este escrito se contrasta la posición defendida con los argumentos de la Corte Constitucional en la sentencia SU 095 de 2018.

- 2 "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". Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 2018.

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

La propiedad, además de ser una relación jurídica entre una persona y una cosa, establece un vínculo entre quien apropia y el resto de asociados de la comunidad política³. Es una relación en virtud de la cual se imponen obligaciones de no interferir con el goce, disfrute y disposición del bien apropiado. Ahora bien, el hecho de que un acto unilateral, en el caso de la adquisición originaria, o plurilateral, en el caso de la adquisición traslaticia, cree obligaciones para terceros que no intervinieron en ellos requiere ser justificado. ¿Cómo puede una voluntad unilateralmente limitar todas las otras voluntades respecto al uso de un objeto?

Para Kant, esa posibilidad de crear obligaciones se justifica en que las apropiaciones se hacen de acuerdo con un sistema público de leyes sostenido por la voluntad omnilateral de ciudadanos que establecen relaciones reciprocas de mutuo respeto⁴. Es por este motivo que encuentra que los derechos de propiedad se derivan de un consenso entre personas que entran a una situación de civilidad sometándose a un acuerdo, expresado en un marco jurídico, en el que el conjunto de derechos, poderes y prerrogativas que otorga una apropiación se sujeta a principios de justicia que toman en consideración los intereses de cada individuo afectado. Se trata de una formulación en la que los derechos de propiedad son productos del consenso que confiere una autorización previa del colectivo social a los actos particulares de señorío. Esta posición puede contrastarse con la de John Locke, quien sostuvo que los derechos de propiedad son naturales, es decir, preinstitucionales⁵. Para este autor, la adquisición originaria se fundamenta en actos que pueden tener lugar incluso previamente a cualquier forma de asociación política y cuyo fundamento último es la mezcla del trabajo propio con los objetos externos, en los que se dejan huellas y la presencia del hombre. Según su relato, a los hombres les fue dada la tierra en común, pero al tener un deber de preservarse y al tener señorío sobre sus cuerpos pueden proceder unilateralmente a apropiar a través del perfeccionamiento de objetos del mundo externo, incluso si no han abandonado el estado de naturaleza. Esta adquisición originaria encuentra una limitación en que se debe dejar suficiente y de igual calidad para los demás congéneres.

3 "So too with your property: your relation to the object that you own is not the core of the right, your entitlement to constrain others with respect to that object is". ARTHUR RIPSTEIN, *Kant's legal and political philosophy*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009, p. 93.

4 JEREMY WALDRON, "Kant's legal positivism", *Harvard Law Review*, vol. 109, n.º 7, Cambridge: 1996, p. 1558.

5 JOHN LOCKE, *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 285-318; JONATHAN WOLFF, *An introduction to political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1996 pp. 18-26; y JOHN SIMMONS, *The Lockean theory of rights*, Princeton: Princeton University Press, 1992, pp. 222-298.

Estas teorías, sin duda, son aplicables a la propiedad pública. En el caso de Locke, la teoría fue utilizada como una forma de legitimar el colonialismo, mostrando que la mera explotación de un territorio podía conferir derecho a un Estado, aun sin que mediara un consenso o acuerdo previo sobre los derechos de propiedad entre las potencias europeas. Es el acto físico de transformar un territorio subexplotado por los nativos lo que da legitimidad a la propiedad de un imperio sobre su colonia.

Para Kant, la explotación del territorio no es la fuente de la legitimidad de un derecho de propiedad. Dicho acto es tan solo un evento que en sí mismo no crea derecho, salvo si así lo autoriza un marco institucional de poderes y limitaciones recíprocas ajustadas a un criterio de justicia. Esa necesidad de justificar el régimen de propiedad ante los conciudadanos bajo un acuerdo común es aplicable tanto a la propiedad privada como a la propiedad pública. La aplicación analógica del argumento resulta particularmente relevante para los bienes públicos, bajo formas de organización estatal en las que coexisten varias entidades territoriales con algún grado de autonomía y competencias definidas. Cuando a una entidad administrativa se le atribuye la propiedad sobre un recurso resulta válido requerir que se justifiquen las obligaciones y limitaciones que les impone a las otras. Así, aplicando la concepción relacional de propiedad de Kant, podemos decir que al conferirle propiedad sobre un recurso a una unidad administrativa no se establece tan solo una relación entre esta y el objeto, sino además entre esta y todas las demás autoridades administrativas obligadas a respetar esos derechos de propiedad. Por supuesto, por tratarse de personas jurídicas, vemos en ellas ficciones que canalizan o median los intereses de las comunidades sobre las que esas instancias administrativas ejercen el poder público.

Sin duda, la Constitución es el instrumento contentivo de ese acuerdo que pretende reflejar la voluntad común de todos los ciudadanos respecto al poder público y el ejercicio de autoridad del Estado. Las reglas estructurales sobre la propiedad que establece deben ser interpretadas a la luz de ese deber político de justificación, en el que se muestra que las reglas se ajustan a parámetros de justicia en la que los intereses de todos los asociados son tomados en consideración.

De acuerdo con los artículos 80 y 332 de la Constitución Política de Colombia, el Estado tiene la propiedad sobre el subsuelo⁶. Lo anterior significa

6 De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, en Colombia existen tres clases de propiedad. La privada, fundamentada en el artículo 58 de la Constitución; la estatal, que aplica a lo regulado por el artículo 332 respecto a los recursos naturales no renovables; y la pública, que se deriva de los artículos 63, 82 y 102, definida como un conjunto de garantías institucionales fundadas en razones de interés público. Para una visión crítica sobre esta interpretación ver: JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO, *Teoría de los bienes de uso público*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 142 -147.

que los recursos naturales, y las contraprestaciones a título de regalías que ellos generar, son propiedad de todos los ciudadanos con independencia del lugar geográfico en el que se ubiquen. Hay razones significativas que muestran que esta regla se fundamenta en consideraciones de justicia. Los recursos naturales no renovables no se encuentran distribuidos homogéneamente sobre el territorio nacional, sino que por motivos de azar se concentran en un lugar u otro. La fortuna es un criterio arbitrario para determinar la asignación de la propiedad sobre un recurso, ya que no responde a la necesidad ni al mérito. Así lo sostiene una de las teorías contemporáneas de justicia más influyentes, a saber, el denominado "igualitarismo de la suerte", formulada por Ronald Dworkin y G. A. Cohen⁷. Según esta teoría, la distribución de recursos, oportunidades y bienestar en una sociedad debe ser sensible a las decisiones de las personas y no a la suerte con la que corran, las loterías naturales o sociales son circunstancias en las que se encuentran las personas y resulta injustificado hacerlas determinantes para definir los prospectos de vida de los ciudadanos⁸.

En forma similar, si la población de un municipio corrió con la mala suerte de asentar su actividad social, económica y cultural sobre un suelo escaso en recursos, podrá encontrar injustificado que ese hecho arbitrario lo excluya de las condiciones materiales necesarias para satisfacer sus necesidades y acceder al goce efectivo de sus derechos. Resulta razonable la posición del constituyente de socializar los beneficios de los recursos naturales no renovables a través de Sistema General de Regalías, en el que participa de forma efectiva las entidades territoriales, ya que de esta forma se logra, a través de políticas públicas ajustadas a criterios de justicia, una justificación plena de la regla de propiedad del subsuelo constitucionalmente definida. Es una posición que se ajusta a la clausula del Estado social y que da prioridad a la igualdad como criterio fundante en la asignación de recursos.

No obstante, si bien este es un argumento consistente para justificar esa propiedad, todavía falta establecer el alcance de ese derecho. La propiedad no equivale a un irrestricto derecho de explotación, sino que es un derecho complejo sujeto a diferentes estructuras y limitaciones. Esto resulta muy importante, porque no se puede argumentar que el hecho de condicionar la explotación de un bien equivale a negar el señorío del propietario sobre el mismo. Incluso, esa limitación puede ser la condición para la legitimidad de esa apropiación cuando resulta necesaria de acuerdo con los criterios de justicia consensuados en la norma fundamental.

7 RONALD DWORKIN, *Sovereign Virtue*, Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2000, pp. 320-350; GERALD COHEN, *On the Currency of Egalitarian Justice and Other Essays in Political Philosophy*, Princeton: Princeton University Press, 2011, pp. 3-43.

8 Para una posición crítica del igualitarismo de la suerte y el planteamiento de la teoría del igualitarismo democrático, véase: ELIZABETH ANDERSON, "What is the point of equality?", *Ethics*, vol. 109, 1999, pp. 287-337.

2. LA PROPIEDAD COMO UN CONCEPTO COMPLEJO

Bajo el concepto relacional de propiedad, este derecho se compone de un conjunto complejo de poderes, inmunidades, prerrogativas y privilegios⁹. La estructura de un sistema de propiedad se verá definida por el tipo de facultades que jurídicamente se les atribuya a los propietarios y de las obligaciones correlativas que generen. Estas pueden variar de un régimen legal a otro, e incluso pueden diferir según el tipo de bien de que se esté tratando. No tiene las mismas atribuciones el que tiene propiedad sobre una patente, que el dueño de un bien de interés histórico, de un local comercial o de un automóvil.

Al descomponer el derecho de propiedad en sus elementos específicos encontramos que existe una pluralidad de combinaciones que generan diferentes estructuras que el referido derecho puede adoptar. Esta apreciación es significativa respecto a la obligación de justificación política de un régimen de propiedad. En la sección anterior se mostró que al ser el derecho de propiedad una relación entre la voluntad del propietario y la de los demás ciudadanos, el régimen jurídico que lo regula debe provenir de la voluntad omnilateral de todos los afectados. Los ciudadanos no tienen que dar su consentimiento sobre cada apropiación específica, sino sobre el marco jurídico e institucional general que define las reglas de apropiación y la estructura que adoptan los derechos de propiedad. Los poderes, prerrogativas, inmunidades y privilegios que constituyen un derecho de propiedad deben ajustarse a principios de justicia que muestren igual consideración respecto a las voluntades de todos los ciudadanos sometidos al poder público. No basta con definir en abstracto si se debe conferir titularidad sobre un determinado recurso, sino precisar detalladamente las facultades y limitaciones que le aplican.

Así, la necesidad de obtener una licencia ambiental por parte de una autoridad administrativa o la obligación de ajustar el uso y goce de un bien a lo previsto al uso del suelo en un plan de ordenamiento territorial, son condicionamientos cuyo objetivo es mostrar que la propiedad se encuentra armonizada con los intereses de la sociedad y esa es la forma de justificar las obligaciones correlativas que emergen del derecho. En el caso de los recursos naturales no renovables, una de los condicionamientos en cuestión se relaciona con la autonomía de las entidades territoriales. Existe en nuestro sistema una tensión entre la organización del Estado unitario y la autonomía territorial que la Constitución busca reconciliar a través de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Esa tensión se hace manifiesta en la propiedad del Estado sobre el subsuelo, en razón a que este contiene recursos no renovables cuya explotación impacta significativamente las formas de vida de las

9 DENISE JOHNSON, "Reflection on the bundle of rights", *Vermont Law Review*, vol. 32, 2007, p. 251.

comunidades, que con fundamento en la autonomía territorial reclaman un derecho a definir el desarrollo de su entorno vital.

La autonomía territorial, más que un simple poder de dirección radicado en las autoridades territoriales, es un principio¹⁰ que permite la materialización de valores como el autogobierno y la plena realización de nuestra doble condición de súbditos y soberanos del poder público como condición de legitimidad de la autoridad del Estado¹¹. Dentro de las diversas formas de organización territorial, el reconocimiento de un grado significativo de autonomía en el ejercicio de las funciones jurídico-administrativas a unidades geográficas pequeñas es una forma de acercar el poder público al ciudadano, evitando que sus intereses se vayan difuminando bajo estructuras más amplias y lejanas al contexto territorial específico. Entre hombres libres e iguales, el sometimiento coercitivo a una autoridad pública tiene como condición de legitimidad que haya una participación paritaria y efectiva en la conformación y despliegue de ese poder. La plena realización de esta condición supone proximidad entre conciudadanos que comparten intereses colectivos y el poder público que regula jurídicamente su proyecto social común.

3. ¿CÓMO DEBE ENTENDERSE LA AUTONOMÍA TERRITORIAL EN RELACIÓN CON EL TERRITORIO?

El entorno físico en el que se despliega la vida de una población es importante, no solo como fuente de recursos para la subsistencia y prosperidad económica, sino como un aspecto integral de la identidad del grupo y el medio de expresión de su concepción social¹². Parte de la identidad de un ciudadano puede anclarse en su cultura y sus tradiciones, en su membresía a un grupo, en la memoria viva que ata como un hilo a generaciones que a pesar de sucederse

10 “[...] la autonomía actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial, el cual debe realizarse en la mayor medida posible teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos. Adicionalmente, tiene un carácter vinculante y obligatorio, por lo que las responsabilidades de las entidades territoriales deben ser asumidas por ellas mismas, sin desconocerse el apoyo que les puedan brindar las autoridades nacionales”. Corte Constitucional, Sentencia SU 095 de 2018.

11 “When citizens become responsible for the decisions of their state, they create a people that acts politically instead of being objects that are acted upon. Citizens become united into a single actor with its own unique biography—the wars and the dark times, the great reforms and the mistakes—and so achieve an active mutual identification that is possible in no other way. This is like being in a marriage—a political marriage—with millions”. LEIF WENAR, *Blood Oil*, Oxford: Oxford University Press. 2016, p. 185.

12 “The idea here is that individuals see the land as not only important for them individually, as the locus of their relationship and plans and projects, but they also see themselves as members of groups which are attached to specific areas, specific bits of land, which form an important source of the group’s identity”. MARGARET MOORE, *A Political theory of territory*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 40.

en el tiempo encuentran un lugar común en su identidad colectiva¹³. El lugar geográfico en el que se desarrollan esos patrones sociales o culturales no es accesorio, puede incluso ser irremplazable dentro de la concepción de mundo de la comunidad. Es bajo la imponente postura de una montaña andina y su desafiante elevación al cielo que esta cultura desarrolló una forma de vida específica en lo agrario y en lo sacro, es bajo el pulso bravo de este río que esta otra se encomendó a dioses y ritmos, es por agradecimiento al volcán, que se mantiene calmo, que estos otros deciden residir allá con sumo respeto a la naturaleza y a la fatalidad. Ello explica la nostalgia del hombre que se encuentra con un paisaje que creía olvidado, pero que se percata de conocerlo como las líneas de sus manos, cada valle y accidente geográfico, cada bella imperfección tan propia y tan íntima.

El territorio no es tan solo un instrumento para la satisfacción de necesidades, es el escenario que despliega un proyecto común en el que una sociedad adopta una forma de vida, pero a diferencia de una compañía de teatro que con facilidad puede recrear la actuación tras un telón u otro, acá la geografía resulta irremplazable. No se puede, en muchas ocasiones, prescindir del territorio sin desgarrar a la cultura y la tradición. Así como el alma se encarna en un cuerpo, y en otro cuerpo quizás no seríamos nosotros mismos, el territorio define el carácter de la concepción de vida de un grupo humano y determina sus condiciones de posibilidad y desarrollo. Es al amparo de la naturaleza, y a su desamparo en los días de calamidad, que se forja un proyecto social espontáneo y evolutivo que se nutre de la tierra, a la luz de un régimen jurídico que opera como un mecanismo de estabilidad, coordinación y arbitraje que facilita su florecimiento.

La relación de una población con su territorio no es necesariamente una de propiedad, sino de comunión y respeto. Hendrix, por ejemplo, hace referencia a la cosmovisión de un nativo canadiense, quien considera que una relación de dominio y subyugación de la tierra es contraria a la lealtad, el respeto y el afecto que ella merece por derecho propio¹⁴. Los hombres tienen diversas relaciones con su entorno, el señorío es solo una de ellas, y no es claro que tenga que ser el vínculo preeminente en todo caso.

La importancia de este aspecto muestra que las comunidades tienen un interés legítimo en que el entorno en el que adelantan sus vidas esté bajo su control. La explotación intensiva de los recursos naturales no solo altera las

13 "[...] people's membership of encompassing groups is an important aspect of their personality, and their wellbeing depends on giving it full expression". AVISHAI MARGALIT y JOSEPH RAZ, "National self-determination", *The Journal of Philosophy*, vol. 87, n.º 9, 1990, p. 451.

14 "Our loyalties, allegiance and affection are related to the land. The water, wind sun, and stars are part of this federation. One cannot be in federation with something one owns – one must view it as worthy of respect in its own right". BURKE HENDRIX, *Ownership, Authority and Self-determination*, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2008, p. 37.

características físicas de un lugar, sino también la vida económica, cultural, ambiental y social¹⁵. Las decisiones sobre el uso del territorio son valiosas, ya que cambios intempestivos y exógenos en las condiciones del entorno pueden ser disruptivos de la forma de vida que una población quiere llevar¹⁶.

4. LOS ARGUMENTOS QUE MOTIVAN A LA CORTE A NEGAR UN PODER DE VETO

La Corte Constitucional ha reconocido que existe un déficit en la participación de las entidades territoriales en las diferentes instancias administrativas de decisión relacionadas con la explotación de los recursos naturales no renovables¹⁷. Ante este déficit, la defensa de la autonomía territorial venía siendo ejercida a través de consultas populares¹⁸, en las que el constituyente primario sometía al debate público estos asuntos apelando a una decisión a través del mecanismo constitucional de participación ciudadana de la consulta popular. Tras el fallo de la sentencia de unificación SU 095 de 2018, esta vía se ha cerrado y ha sido remplazada por un exhorto a que el legislador garantice la participación de las entidades en las instancias relevantes de toma de decisiones, a través de los representantes del pueblo.

15 Sobre el denominado fenómeno de la maldición de los recursos, véase: JACOBO CALDERÓN y ANDRÉS SANBRIA, "Recursos naturales y crecimiento económico en Colombia: ¿Maldición de los recursos?", *Perfil de Coyuntura Económica*, n.º 21, 2013, pp. 17-37.

16 Esta perspectiva ha sido reconocida expresamente por la Corte Constitucional: "en tal contexto, es indiscutible que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos generan peligrosas afectaciones al ambiente y a las comunidades. Es así como, en términos ambientales se presentan afectaciones con potencialidad de contaminación del agua, del aire, de la tierra, generando efectos, por ejemplo, con ocasión de derrames de hidrocarburos, generación de material particulado o de ruido, que afectan las políticas que sobre cuidado, uso y destinación del agua deban adoptarse en el municipio. Adicionalmente, en términos sociales se presentan efectos negativos de las actividades encaminadas a la explotación de recursos del subsuelo, como son aumento de los costos de vida en los municipios donde se desarrollan actividades, en razón de la dependencia de la economía local respecto del petróleo o de la minería, migración de población a municipios productores; en algunas poblaciones los impactos sociales han implicado, incluso, deserción escolar en jóvenes que ven la minería y los recursos que ésta provee como única salida a la pobreza. Igualmente, el aumento de la drogadicción, la prostitución, la violencia sexual, las enfermedades de transmisión sexual y el madresolterismo no deseado han coincidido con la llegada de los mineros a un municipio o distrito que no se encuentre preparado para recibirlo". Corte Constitucional, Sentencia SU 095 de 2018.

17 Véase nota 2.

18 Sobre el desarrollo y auge de las consultas populares en materia de explotación minera, véase: SANDRA HINCAPIÉ y ANTONIO LÓPEZ, "Derechos humanos y bienes comunes. Conflictos socioambientales en Colombia", *Desacatos*, vol. 51, 2016, pp. 130-141.

La Corte Constitucional fundamenta su decisión de negar un poder de veto sobre la explotación de recursos naturales no renovables por medio de una consulta popular en, al menos, dos razones:

a. Dicho poder vaciaría las competencias de las entidades nacionales en materia de subsuelo¹⁹.

b. Hay una trasgresión a los límites competenciales del pueblo respecto a las consultas populares si deciden sobre el uso del subsuelo²⁰.

Estos dos argumentos forman parte de la *ratio decidendi*. A continuación, busco presentar objeciones que se limitan exclusivamente a desvirtuar estas dos motivaciones que son fundamentales para explicar y justificar el sentido del fallo. Pueden existir otras razones que soporten el fallo, pero no son objeto de análisis en este estudio.

4.1. OBJECCIÓN AL ARGUMENTO SOBRE EL VACIAMIENTO DE COMPETENCIAS

El primer argumento es una falacia, ya que condicionar el ejercicio de una función administrativa de una autoridad pública no equivale a negar o "vaciar" su competencia. El hecho, por ejemplo, de que las autoridades administrativas tengan que consultar a los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, no implica la anulación de una función administrativa. Más bien, dicho condicionamiento es un parámetro para que el ejercicio del poder público se ajuste a los principios pluralistas de la Constitución. Cuando se establecen condicionamientos de este tipo, se obliga a la Administración a tomar las medidas necesarias, tanto al nivel técnico de elaboración como de publicidad y socialización, para obtener el consenso necesario que permita la materialización

19 "La Sala Plena colige que el Tribunal accionado no tuvo en cuenta la normativa constitucional sobre el uso del subsuelo y las competencias radicadas en cabeza del gobierno nacional central en la materia, y por ello erró al afirmar que de realizarse la consulta popular y en el evento de que la respuesta mayoritaria fuera el 'sí' las autoridades del orden nacional, conservarían sus competencias precisas en relación con la administración de hidrocarburos y de los recursos naturales renovables –para el caso de las autoridades ambientales–, sin que se presentará una restricción implícita de las mismas. Esta afirmación olvida la hipótesis contraria, así, si la respuesta mayoritaria fuera el 'no', se generaría un poder de veto de los entes territoriales que vaciaría la competencia de las entidades nacionales en materia de subsuelo". Corte Constitucional, Sentencia SU 095 de 2018.

20 "La consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la nación y el territorio en 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". Ibíd.

de las políticas públicas. El consentimiento de la población jamás será una limitación a unas competencias administrativas, si no, por el contrario, será una instancia o un camino de paso cuya presencia obliga al poder público a mostrar que puede ganar adhesión de aquellos cuyos intereses está comprometiendo. Lo contrario sería infantilizar a las poblaciones, considerándolas inaptas para decidir su propio curso y dejándolas apadrinadas a una élite tecnocrática que sabe decidir mejor. Consultar al pueblo, más que vaciar las competencias del nivel central las reconduce para que se adopten políticas que no impacten negativamente al proyecto social común que desarrollan las comunidades, para que las convoquen y tomen en consideración sus preocupaciones e intereses, para que difundan ampliamente los efectos de la explotación y para que las hagan soberanas de su entorno. La función administrativa en los Estados de derecho es una actividad reglada que encuentra condicionamientos para su ejercicio provenientes de la ley, de las decisiones de otras autoridades o directamente de las decisiones del pueblo. Piénsese en los actos administrativos complejos en los que debe concurrir la voluntad de más de una autoridad, como, por ejemplo, el acto de creación de un municipio que resulta de una ordenanza que luego se somete a un referendo que consulta a los habitantes del territorio²¹. Difícilmente diríamos en estos casos que ese poder de veto es nugatorio de las competencias de las partes en cuestión. Por el contrario, pensamos que lo que pretende el ordenamiento jurídico es crear un escenario de deliberación y de mutuo entendimiento que permita un consenso y una toma de decisiones armónica y concertada. La Corte, sin duda, reconoce ese principio de concurrencia, pero encuentra excesivo el poder de veto. Mi argumento es que ese poder de veto es común a la función administrativa, que es precisamente una estrategia para dispersar el poder y lograr contextos de toma de decisiones balanceados, y que resulta exagerado hablar del vaciamiento competencial en estos casos. Esto es importante porque, según el argumento de la Corte, el problema no tiene que ver únicamente con el instrumento utilizado para manifestar el veto, sino con el veto en sí mismo. A pesar del déficit y del exhorto al legislador de subsanarlo, en ninguna de las instancias de participación podría ejercerse un poder de veto si acepta el argumento del “vaciamiento funcional”. De la lectura de la providencia se puede identificar que en el fondo hay un problema sobre los grados y la preponderancia de la participación de las comunidades, que pueden oscilar de instancias puramente informativas –las cuales la Corte encuentra insuficientes– hasta intervenciones que impliquen un poder de veto –las cuales encuentra excesivas–. No es claro cuál sería el punto intermedio, pero en todo caso, y siendo este el único punto que pretendemos probar, no hay una razón suficiente para negar un

21 LUIS ENRIQUE BERROCAL, *Manual del acto administrativo*, Bogotá: Ediciones del Profesional, 2016, p. 178.

poder de veto con base en la afirmación de que ello supone una anulación de las competencias de la Nación.

4.2. OBJECIONES AL ARGUMENTO DEL LÍMITE COMPETENCIAL DE LAS CONSULTAS POPULARES

El segundo argumento es más consistente. Su objetivo no es refutar la posibilidad de un veto por parte de las comunidades directamente, sino justificar la insuficiencia del mecanismo de la consulta popular como instrumento para ejercer un poder de esta índole. La estructura argumentativa es la siguiente:

P1. Las poblaciones de las entidades territoriales no tienen la competencia de tomar decisiones de materias que sean de competencia de la Nación a través de consultas populares,

P2. La explotación de los recursos naturales no renovables son decisiones de política pública de competencia de la Nación (en concurrencia con las entidades territoriales), fundamentada en la propiedad del Estado sobre el subsuelo, por lo tanto,

P3. Las entidades territoriales no pueden vetar unilateralmente la explotación del subsuelo usando consultas populares.

Hay al menos dos estrategias para responder a esta argumentación. En la primera se puede considerar la relación de concurrencia entre Nación y las entidades territoriales como una de copropiedad²². La Constitución de 1991 no utiliza este término, sin embargo, la Corte Constitucional ha entendido que el constituyente tuvo la voluntad de superar el centralismo de la Carta de 1886, que en su artículo 4^[23] confería la propiedad de los recursos naturales no renovables a la Nación, haciendo titular del derecho de dominio a una entidad más abstracta que abarcara tanto al nivel central como al orden territorial²⁴. En este sentido afirma la Corte: "en consecuencia, la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables está en cabeza de las autoridades estatales

22 "Cuando el derecho de propiedad es ejercido por varios sujetos, la propiedad se denomina plural. [...] Si la pluralidad de sujetos se presenta sobre un objeto y el derecho ejercido es el dominio, el fenómeno se denomina copropiedad". LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ, *Bienes*, Bogotá: Temis, 2004, p. 201

23 "Artículo 4. El Territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación".

24 "De los argumentos expuestos se deduce que los artículos constitucionales que definen competencias en materia de recursos naturales no renovables al referirse al concepto de Estado, hacen alusión a su concepción en sentido amplio y en consecuencia a facultades concedidas tanto a entidades e instituciones del nivel nacional como de los niveles territoriales en forma conjunta. En consecuencia, la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables está en cabeza de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales y también de la población colombiana como componentes y elementos estructurales del Estado". Corte Constitucional, Sentencia SU 095 de 2018.

de los distintos órdenes territoriales y también de la población colombiana como componentes y elementos estructurales del Estado"²⁵. Esta interpretación de la Corte nos permite explorar el supuesto de copropiedad y así someter a examen el precedente en cuestión.

En primera medida, se puede observar que no resulta extraña la adopción de un régimen de copropiedad que confiera un poder de veto unilateral. Esto se puede ver haciendo una analogía, con las debidas reservas a las que hay lugar, con la afectación a la vivienda familiar establecido en la Ley 258 de 1996^[26]. El condicionamiento de la doble firma de los cónyuges para la enajenación del inmueble destinado a la habitación familiar es un mecanismo que atribuye un poder de veto sobre las intenciones dispositivas sobre el bien. No se niega el derecho de propiedad de ninguno por el hecho de estar el poder disposición sometido a una limitación semejante. Si en este caso, la obligación de concurrencia de voluntades se da a través de la firma, en el caso de las entidades territoriales y el subsuelo no habrá una manifestación más fidedigna y legítima que aquella que se expresa a través de la democracia directa. Ciertamente existen otros mecanismos y otras instancias a través de las cuales se puede expresar ese consentimiento, por eso hace bien la Corte en hacer un llamado a llenar el déficit de participación que existe. No obstante, no parece adecuado ante este vacío legal cerrar la única vía de manifestación de la voluntad de las entidades territoriales ante la explotación minera, dejándolas en desamparo con un exhorto que supone una promesa que de no ser atendida oportunamente puede generar consecuencias irreversibles. En resumen, los recursos naturales no renovables son del Estado, estableciéndose así una relación de copropiedad ente los entes territoriales y la Nación. De acuerdo con esto, existe el condicionamiento de que confluyan las voluntades de ambos para decidir sobre su explotación. No obstante, esa concurrencia no tiene que darse en un mismo momento ni a través del mismo mecanismo jurídico. Si pensamos en las decisiones administrativas sobre estos recursos como actos complejos, no parece objetable que una autoridad administrativa decida primero a través del mecanismo que encuentre más idóneo para canalizar la opinión soberana del pueblo, sujeta a la decisión complementaria y posterior de la otra, la cual podrá tener como cauce cualquier medio que la haga eficaz y vinculante. Por supuesto, cuando se trate de una negativa, nos encontramos ante el ejercicio de un poder de veto que refleja una adecuada distribución de influencia sobre la disposición de un bien bajo copropiedad. Al preguntarnos por el régimen de copropiedad sobre el subsuelo al que las múltiples voluntades abrían dado una mutua autorización, resulta razonable pensar que sería uno que cree un balance

25 *Ibíd.*

26 Ley 258 de 1996, artículo 3.º: "DOBLE FIRMA. Los inmuebles afectados a vivienda familiar solo podrán enajenarse, o constituirse gravamen u otro derecho real sobre ellos con el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se entenderá expresado con su firma".

de fuerzas que proteja la decisión autónoma de forma paritaria de cada una de las partes. El veto es la distribución más equitativa de un poder de decisión, pues la unanimidad ubica a las partes simétricamente evitando desbalances respecto a la adopción de una política pública. La misma Corte afirma en la sentencia que otros mecanismos, como los que aplica la Agencia Nacional de Minería como la concertación con autoridades locales y las audiencias de participación, son deficitarios por ser reuniones meramente informativas, que dejan insumos no vinculantes para las autoridades administrativas.

Una segunda estrategia para refutar el argumento de la Corte prescinde de esta noción de copropiedad. Bajo esta perspectiva, el error del argumento está en que las comunidades, al decidir vetar la explotación de los recursos naturales no renovables, no están decidiendo con fundamento en un derecho de propiedad, sino con base en un derecho a la autonomía que las faculta a moldear el entorno en el que se desarrolla su proyecto social. De acuerdo con esto, no se trata de que las entidades territoriales estén vaciando o usurpando las competencias de la Nación, sino que, en su ejercicio de autonomía, a través de la democracia directa, condicionan el derecho de propiedad del Estado sobre el subsuelo. Más concretamente, es la premisa 2 la que causa confusión, en cuanto define la decisión sobre la explotación de los recursos exclusivamente como el ejercicio de un derecho de propiedad, sin considerar que bajo otra perspectiva es en realidad el ejercicio de un derecho de autonomía. Los municipios no tienen que invocar ninguna competencia fundamentada en la propiedad. Es por eso que el límite competencial al que hace referencia la Corte Constitucional resulta irrelevante, pues las entidades territoriales y sus habitantes no reclaman dicha prerrogativa al adelantar la consulta popular.

Lo que sugiere este ensayo para reconciliar esta tensión es que dentro de la estructura jurídica del derecho de propiedad sobre el subsuelo se encuentra un condicionamiento que se deriva de la autonomía territorial. La voluntad unilateral que requiere el régimen constitucional de propiedad sobre el subsuelo solo puede ser obtenida si se condiciona este derecho para garantizar que la autonomía de las entidades territoriales no quede vacía o dominada por las decisiones del nivel central. Al preguntarnos por el tipo de propiedad sobre el subsuelo al que habrían dado consentimiento las comunidades de las entidades territoriales, sin duda habría sido una que no dejaran sujeta a dominación las decisiones sobre su entorno vital, y habrían estructurado poderes y prerrogativas que así lo garantizaran. Esto no quiere decir que las entidades territoriales deberían tener un veto absoluto. Se debe tratar de proyectos de explotación que sean profundamente disruptivos del proyecto social de la comunidad. Solo así se puede fundamentar el veto en los valores que instancia la autonomía territorial.

CONCLUSIONES

Los derechos de propiedad, bajo la concepción relacional de Kant, solo pueden ser legítimos cuando se derivan de la voluntad omnilateral de los ciudadanos, la cual se expresa a través de un ordenamiento jurídico estructurado bajo criterios de justicia. Asimismo, el derecho de propiedad comprende un conjunto de poderes, prerrogativas, inmunidades y privilegios que constituyen su estructura. Esa estructura es el objeto del consenso social que es la condición previa para la legitimidad de los derechos de propiedad. Bajo esta perspectiva, los derechos de propiedad tienen más de una posible forma de estructurarse. Dicha estructura debe establecerse en función de las demandas de justicia y demás valores que hacen viable un consenso político sobre el sistema jurídico. La autonomía territorial instancia valores de gran importancia para el proyecto social de las comunidades que limitan la estructura del derecho de propiedad sobre el subsuelo. Dentro de esa estructura de derechos se puede incluir la posibilidad de que las comunidades, a través de los entes territoriales, veten la explotación de los recursos naturales no renovables. Esto no vacía las competencias de la Nación, por el contrario, puede ser una manifestación del ejercicio de un derecho de copropiedad o de un derecho de autonomía. Ese poder de veto no es una negación del poder de propiedad del subsuelo del Estado, sino una limitación estructural de ese derecho que busca garantizar una autonomía territorial sin dominación. Se insiste en que esa estructura del derecho de la propiedad sobre el subsuelo no debe necesariamente conceder en cabeza de su titular un privilegio irrestricto a la explotación de los recursos naturales no renovables. Condicionar el ejercicio de dicha potestad no tiene que verse en todo caso como una negación del derecho de propiedad, sino como una limitación propia de su estructura que puede encontrarse justificada en cuanto responde a principios de justicia de la organización social y el deber de armonización con otros valores que promueve el sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, ELIZABETH. "What is the point of equality?", *Ethics*, vol. 109, 1999, pp. 287-337.
- BERROCAL, LUIS ENRIQUE. *Manual del acto administrativo*, Bogotá: Ediciones del Profesional, 2016.
- CALDERÓN, JACOBO Y ANDRÉS SANBRIA. "Recursos naturales y crecimiento económico en Colombia: ¿Maldición de los recursos?", *Perfil de Coyuntura Económica*, n.º 21, 2013, pp. 17-37.
- COHEN, G. A. *On the Currency of Egalitarian Justice and Other Essays in Political Philosophy*, Princeton: Princeton University Press, 2011.

- DWORKIN, RONALD. *Sovereign Virtue*, Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2000.
- HENDRIX, BURKE. *Ownership, Authority and Self-determination*, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2008.
- HINCAPIÉ, SANDRA Y ANTONIO LÓPEZ. "Derechos humanos y bienes comunes. Conflictos socioambientales en Colombia", *Desacatos*, vol. 51, 2016, pp. 130-141.
- JOHNSON, DENISE. "Reflection on the bundle of rights", *Vermont Law Review*, vol. 32, 2007, pp. 247-272.
- LOCKE, JOHN. *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MARGALIT, AVISHAI Y JOSEPH RAZ. "National self-determination", *The Journal of Philosophy*, vol. 87, n.º 9, 1990.
- MOORE, MARGARET. *A Political theory of territory*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- PIMIENTO, JULIÁN ANDRÉS. *Teoría de los bienes de uso público*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- RIPSTEIN, ARTHUR. *Kant's legal and political philosophy*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009.
- SIMMONS, JOHN. *The Lockean theory of rights*, Princeton: Princeton University Press, 1992.
- VELÁSQUEZ, LUIS GUILLERMO. *Bienes*. Bogotá: Temis, 2004.
- WALDRON, JEREMY. "Kant's legal positivism", *Harvard Law Review*, vol. 109, n.º 7, 1996.
- WENAR, LEIF. *Blood Oil*, Oxford: Oxford University Press. 2016.
- WOLFF, JONATHAN. *An introduction to political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1996.