

Bogotá, 19 de octubre de 2015

Honorable Magistrado
Alberto Rojas Ríos
Corte Constitucional de Colombia
Bogotá D.C.

Referencia: Intervención en Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15, 16, 20, 23, 30, 41, 43, 44, 50, 63, 64, 67, 68, 99, 140, 173, 179, 191, 192, 207, 245, 248, 262, 263, 266 y 267 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018

Accionantes: Claudia López, Jorge Iván Ospina y Jorge Prieto

Normas demandadas: artículos 15, 16, 20, 23, 30, 41, 43, 44, 50, 63, 64, 67, 68, 99, 140, 173, 179, 191, 192, 207, 245, 248, 262, 263, 266 y 267 de la Ley 1753 de 2015

Expediente No.: D0010935

Nosotros, César Rodríguez Garavito, Diana Rodríguez Franco, Mauricio Albarracín, Aura Patricia Bolívar Jaime, Diana Isabel Güiza Gómez, Helena Durán Crane, Beatriz Botero Arcila, Laura Gabriela Gutiérrez Baquero y Angy Paola Botero Giraldo, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia –, respectivamente, ciudadano y ciudadanas colombianos, e identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos intervención en el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991.

En esta intervención nos concentramos en el análisis de constitucionalidad de los artículos 50, 173 (párrafo primero), 179 y 192 de la Ley 1753 de 2015 que fueron demandados en la acción de la referencia. Consideramos que dichos artículos son inconstitucionales y por tanto deben ser declarados inexecutable o deben ser objeto de una sentencia integradora. A continuación presentamos un resumen de las razones que sustentan nuestra posición y las respectivas solicitudes, las cuales son desarrolladas más adelante.

I. Síntesis de los argumentos y las solicitudes.

En primer lugar, consideramos que el artículo 192 que prevé que el Gobierno Nacional establecerá un procedimiento para que las entidades territoriales puedan proponer al Ministerio de Minas y Energía, con fundamento en estudios técnicos, sociales y ambientales, medidas de protección del ambiente sano, las cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera (en adelante “medidas de protección”), es inconstitucional por cuatro razones. Primero, porque desconoce el precedente constitucional sentado en la sentencia C-123 de 2014 según el cual, en virtud de los principios de coordinación, concurrencia y autonomía municipal, la participación de las entidades territoriales en este procedimiento debe ser activa y eficaz. Segundo, el artículo 192 de la Ley 1753 vulnera también el principio de subsidiariedad, previsto en el artículo 288 de la Constitución Política, según el cual la intervención del Estado debe efectuarse en el nivel más próximo al ciudadano. Tercero, vulnera también la reserva legal que rige en materia de creación de procedimientos administrativos. Finalmente, consideramos que también es inconstitucional porque concentra en cabeza del Ministerio de Minas y Energía funciones de las entidades territoriales y de otras de

orden regional y nacional que tienen el deber de velar por la protección del medio ambiente. La mayoría de estas razones no fueron desarrolladas en la demanda y complementan lo dicho por los demandantes, por lo cual consideramos que es de gran importancia que la Corte las tenga en cuenta al momento de emitir el fallo. Conviene precisar que algunas de las razones aquí expuestas llevaron al Honorable Consejo de Estado a suspender recientemente un decreto que contiene unas normas muy parecidas¹. (Este argumento está desarrollado en la sección 1, páginas 03 – 16).

En segundo lugar, el párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 constituye un retroceso injustificado en el nivel de protección de los páramos que se había alcanzado mediante el artículo 202 de la ley 1450 de 2011. La norma demandada permite la realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables en áreas delimitadas como páramo cuando estas actividades cuenten con contrato y licencia ambiental que hayan sido otorgados antes del 9 de febrero de 2010 para actividades de minería o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos. Sin embargo, antes de la expedición de esta norma, tales actividades estaban *absolutamente* prohibidas en los ecosistemas de páramo, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011. Esto significa que la Ley 1753 de 2015 viola el principio de no regresividad en materia ambiental. Este retroceso normativo es, además, injustificado, porque la autorización de este tipo de actividades no es una medida necesaria ni proporcional. (Este argumento está desarrollado en la sección 2, páginas 16 – 23).

En tercer lugar, el artículo 179 de la Ley 1753 de 2015, que establece el procedimiento para solicitar y obtener una licencia ambiental, tiene un vacío legal porque ignora la obligación constitucional de garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que puedan llegar a afectar el medio ambiente (artículo 79 de la Constitución Política). Esta disposición desconoce también la jurisprudencia constitucional desarrollada por la Corte en torno al deber y derecho de participación en asuntos ambientales. Por ello, consideramos, al igual que los demandantes, que el artículo debe ser objeto de una sentencia integradora en donde se disponga que debe haber un espacio para la participación efectiva de las comunidades. (Este argumento está desarrollado en la sección 3, páginas 23 – 28).

En cuarto lugar, el artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 impone una limitación injustificada y desproporcionada al derecho a la restitución de tierras, que consisten en la declaratoria de imposibilidad jurídica de la restitución cuando un predio ha sido incluido como un Proyecto de Interés Nacional y Estratégico (PINE). Esta norma es inconstitucional por dos razones centrales: de una parte, porque la limitación que establece el derecho a la restitución de tierras es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas de abandono forzado y despojo; y, de otra parte, porque la forma en que preceptúa dicha restricción no cumple con el requisito de reserva legal, al carecer de regulación específica y delegar injustificadamente la facultad de reglamentación a la administración. (Este argumento está desarrollado en la sección 4, páginas 28 - 36.)

A continuación exponemos con más detalle cada una de estas razones por las cuales consideramos que la Corte debería declarar la inconstitucionalidad de los artículos 192, 173 (parcial) y 50 de la Ley 1753 de 2015 y dictar una sentencia integradora respecto del artículo 179. Para ello, dividimos nuestra intervención en cinco secciones: en la primera exponemos las razones por las cuales consideramos que el artículo 192 debe ser declarado inconstitucional, o, por lo menos, debe estar sujeto a una interpretación especial; en la segunda hacemos referencia al retroceso injustificado que constituye el párrafo primero del artículo 173, razón por la cual consideramos que debe ser declarado inexecutable; en la tercera estudiamos cómo la ausencia de una etapa de participación de la comunidad en el procedimiento previsto en el artículo 179 desconoce una obligación constitucional; en la cuarta analizamos la inconstitucionalidad del artículo 50 de la ley 1753 de 2015; y en la quinta precisaremos nuestras solicitudes ante la Corte en este proceso. (Las solicitudes están desarrolladas en la sección 5, página 36).

II. Desarrollo de los argumentos

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015) Radicación núm.: 11001 0324 000 2015 00163 00

1. El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 es inconstitucional por ser contrario al precedente constitucional y violar los artículos 288, 150 y 189.17 de la Constitución Política.

1.1. Cuestión preliminar: El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 prevé la creación de un procedimiento como el que fue creado en el Decreto 2691 de 2014, que fue suspendido por el Consejo de Estado mediante Auto del pasado 25 de junio de 2015,² al considerar que vulneraba de manera desproporcionada la autonomía territorial y desconocía el precedente constitucional de la C-123 de 2014.

El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 prevé que el Gobierno Nacional establecerá un procedimiento para que las entidades territoriales puedan proponerle al Ministerio de Minas y Energías medidas de protección frente a las posibles afectaciones ambientales, económicas, sociales y de salubridad que puedan derivarse de la actividad minera. Esta disposición señala expresamente lo siguiente:

Artículo 192. Acuerdos con entidades territoriales. El Gobierno Nacional establecerá el procedimiento para que las entidades territoriales puedan proponer al Ministerio de Minas y Energía, con fundamento en estudios técnicos, sociales y ambientales; medidas de protección del ambiente sano, las cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera.

Los estudios antes referidos podrán basarse en los realizados para fundamentar la expedición de los Planes de Ordenamiento Territorial, Esquemas de Ordenamiento Territorial o en los estudios que hayan sido elaborados por las Corporaciones Autónomas Regionales en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, meses antes de la expedición del Plan de Desarrollo 2014-2018, Ley 1753 de 2015, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2691 de 2014, que es muy similar a la disposición demandada pues justamente crea un procedimiento para que los municipios le soliciten al Ministerio de Minas y Energía medidas de protección frente a las afectaciones que se derivan de la actividad minera, supuestamente en cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional de la Sentencia C-123 de 2014. En dicha sentencia, la Corte había señalado que era necesario crear un procedimiento mediante el cual los municipios participaran de manera activa y eficaz en la toma de decisiones relativas a la realización de actividades mineras en sus territorios.³ El Decreto 2691 fue expedido entonces por el Gobierno Nacional, según sus considerandos, en respuesta a la sentencia C-123 de 2014.⁴

Como puede evidenciarse en la siguiente tabla, el procedimiento del que trata el Decreto es exactamente del tipo que trata el Artículo 192, pues se compone de un proceso para que (1) las entidades territoriales le soliciten al Ministerio de Minas y Energías medidas de protección frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015) Radicación núm.: 11001 0324 000 2015 00163 00

³ En la sentencia lo que señaló la Corte Constitucional fue lo siguiente:

“(…) una lectura que excluya de forma absoluta la participación de los municipios y distritos en la decisión sobre si en su territorio se realiza o no una exploración o explotación minera resulta contraria al contenido del principio de autonomía territorial (...), a la garantía de gobernarse por autoridades propias (...) y a la función de los concejos consistente en reglamentar los usos del suelo del municipio.”

(...)

Por esta razón, y en procura de una solución que permita aplicar de forma armónica el contenido de los principios que se encuentran en tensión en este caso concreto, se concluye que el artículo 37 de la ley 685 de 2001 –Código de Minas- estará acorde con la Constitución, siempre y cuando en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera (...) deberá dar la oportunidad de **participar activa y eficazmente a las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso (...)**” Corte Constitucional, C-123 de 2014

⁴El último considerando del Decreto 2691 señalaba: “CONSIDERANDO (...) Que con el fin de aplicar el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 en los términos de la exequibidad declarada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-123 de 2014, se hace necesario diseñar un procedimiento que permita al Ministerio de Minas y Energía, en relación con la autoridad minera nacional concedente como participe en el desarrollo del proceso por medio del cual se autoriza a los particulares la realización de actividades de exploración y explotación minera y a la autoridad nacional o regional competente, acordar con las entidades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano y, en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”

minera y (2) que dichas medidas deben fundamentarse en estudios técnicos a cargo del municipio:

Artículo 192 Ley 1753 de 2015	Decreto 2691 de 2015
<p>Acuerdos con entidades territoriales. El Gobierno Nacional establecerá el procedimiento para que las entidades territoriales puedan proponer al Ministerio de Minas y Energía, con fundamento en estudios técnicos, sociales y ambientales; medidas de protección del ambiente sano, las cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera.</p> <p>Los estudios antes referidos podrán basarse en los realizados para fundamentar la expedición de los Planes de Ordenamiento Territorial, Esquemas de Ordenamiento Territorial o en los estudios que hayan sido elaborados por las Corporaciones Autónomas Regionales en el ejercicio de sus funciones.</p>	<p>Artículo 1°. Objeto. El objeto de este decreto es regular el procedimiento que deben seguir los municipios y distritos para acordar con el Ministerio de Minas y Energía medidas, de protección del ambiente sano y, en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera.</p> <p>Artículo 4. Estudios de Soporte (...) Las medidas de protección deben fundamentarse en estudios técnicos elaborados a cargo del respectivo municipio o distrito, los cuales deben contener el análisis de los efectos sociales, culturales, económicos o ambientales que podrían derivarse de la aplicación de las citadas medidas en relación con los impactos que puede generar la actividad minera. Los costos de estos estudios serán asumidos por el Municipio solicitante. (...)</p>

Ahora bien, el Decreto 2691 que, como se puede ver, tiene los mismos elementos que el artículo 192 de la Ley 1753 de 2014 (los demás artículos se refieren más que todo al procedimientos per sé, como términos e instancias), fue **suspendido provisionalmente** el pasado mes de junio por el Consejo de Estado por considerar que era “evidente la violación” que adujeron los actores, a saber la violación a la autonomía territorial y por violar la reserva legal que rige en materia de creación de procedimientos administrativos.⁵

En el Auto de suspensión, el Consejo de Estado consideró que mediante el Decreto 2691 se creó un procedimiento administrativo al que debían someterse los entes territoriales interesados en imponer medidas de protección sobre el medio ambiente y las cuencas hídricas de su territorio, cuando quiera que se vean amenazadas por la actividad minera. Este, precisamente, es el tipo de procedimiento que prevé crear el artículo 192 de la Ley 1753 de 2014. Al respecto, el Consejo de Estado encontró que conforme a la Constitución Política el único facultado de manera directa y exclusiva para la creación de procedimientos administrativos es el Legislador. En efecto, el Consejo señaló lo siguiente:

“El Despacho advierte que de conformidad con lo previsto en los artículos 29, 114 y numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política el único facultado de manera directa y exclusiva para la creación de procedimientos administrativos es el Legislador⁶. (...)

La Sección Tercera de ésta Corporación también se refirió al tema en la forma que se expone a continuación:

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015) Radicación núm.: 11001 0324 000 2015 00163 00

⁶ La Sentencia C-740 de 2008 se refirió al tema de la creación de procedimientos administrativos para el caso de los trámites entre entidades públicas: “Por otra parte, conforme a la jurisprudencia de esta corporación, el legislador goza de potestad de configuración para regular los procedimientos administrativos y judiciales (Arts. 29, 114 y 150, Num. 1 y 2, C. Pol.), con los límites impuestos por los valores, los principios y los derechos constitucionales.

Así mismo, en virtud de lo previsto en el Art. 113 superior, los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, lo cual es una característica del Estado democrático moderno.”

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y **no a la autoridad administrativa**. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo”^{7,8}

Al igual que el Decreto 2691, el artículo 192 de la Ley 1753 establece que debe ser el Gobierno Nacional quien cree un procedimiento administrativo, pues señala puntualmente que “El Gobierno Nacional **establecerá el procedimiento** para que las entidades territoriales puedan proponer al Ministerio de Minas y Energía (...) medidas de protección”, procedimiento que necesariamente incluirá etapas, condiciones y términos. Lo previsto en el artículo es entonces, como señaló el Consejo de Estado, contrario al artículo 150 de la Constitución, pues la competencia para establecer procedimientos administrativos es de competencia exclusiva de la rama legislativa.

Por otra parte, el Consejo de Estado también encontró respecto al cargo de violación del principio de autonomía de las entidades territoriales, que “La violación del principio de autonomía de las entidades territoriales es entonces palmaria, dado que la sujeción al trámite dispuesto en el Decreto 2691 de 2014 somete a las autoridades municipales y distritales a lo que bien disponga el Ministerio de Minas y energía sobre la posibilidad de excluir partes de su territorio de la actividad minera.”⁹

Para llegar a esta conclusión, el Consejo de Estado analizó primero la Sentencia C-123 de 2014, que dio lugar a la expedición del Decreto 2691 y, segundo, la violación del principio de autonomía de las entidades territoriales.

Respecto al análisis de la sentencia C-123 de 2014, el Consejo de Estado recaló que en esa sentencia la Corte declaró exequible el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 “(...) en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán **acordar** con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”¹⁰ (el subrayado es del Consejo de Estado, la negrilla es nuestra).

Respecto al trámite previsto en el Decreto, el Consejo de Estado concluyó que la expresión “acordar” usada por la Corte en la sentencia C-123 de 2014, suponía sin duda un proceso de deliberación que no estaba previsto en el Decreto 2691, en el cual simplemente los municipios le “solicitan” dichas medidas al Ministerio de Minas y Energía. En efecto, el Consejo señaló lo siguiente:

“Sin duda la expresión “acordar” supone un proceso de deliberación en el que se imponga la mayoría. (...) Con el Decreto 2691 de 2014 (acusado) la decisión de adoptar la medida de protección del medio ambiente va a depender única y exclusivamente del ejercicio de la potestad discrecional que sobre el particular ejerza el Ministro de Minas y Energía, dado que es éste quien, de manera unilateral, determina si procede o no la solicitud.

Lo anterior resulta ostensiblemente contrario a lo dispuesto en la Sentencia C-123 de 2014, ya que lo pretendido allí por la Corte fue armonizar los principios de

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015) Radicación núm.: 11001 0324 000 2015 00163 00

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015) Radicación núm.: 11001 0324 000 2015 00163 00

¹⁰ Corte Constitucional, C-123 de 2014

autonomía de las entidades territoriales y Estado unitario para que de manera conjunta resolvieran si procedía o no excluir transitoria o permanentemente porciones del territorio de la actividad minera” (el subrayado es del original).¹¹

Este mismo argumento es aplicable al artículo 192 de la Ley 1753 de 2014. El artículo 192 señala que “El Gobierno Nacional establecerá el procedimiento para que las entidades territoriales **puedan proponer** al Ministerio de Minas y Energía (...) medidas de protección del ambiente sano (...)”. La expresión “puedan proponer” no implica un proceso de deliberación en el cual las entidades implicadas acuerden dichas medidas de protección, como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014. Por el contrario, la norma convierte a los municipios en meros solicitantes de medidas de protección. En esta medida, lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 también resulta ostensiblemente contrario a lo dispuesto en la Sentencia C-123 de 2014, ya que lo pretendido allí por la Corte fue armonizar los principios de autonomía de las entidades territoriales y Estado unitario para que de manera conjunta resolvieran si procedía o no excluir transitoria o permanentemente porciones del territorio de la actividad minera, en palabras del Consejo de Estado. Por su parte, respecto al principio de autonomía territorial, el Consejo señaló que

“En la manera como quedó diseñado el esquema constitucional colombiano a los entes territoriales se les debe garantizar no sólo un sistema de participación formal en este tipo de decisiones sino **uno que materialice efectivamente que su voz sea valorada**, ya que la actividad minera no sólo tiene implicaciones de índole político sino que desde el punto de vista social y económico tiene grandes e importantes repercusiones, (...) En ese mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia que dio lugar a la expedición del Decreto 2691 de 2014”¹²

A partir de lo anterior, el Despacho concluyó que la violación a la autonomía territorial por parte del Decreto 2691 era evidente. Este mismo análisis es de nuevo plenamente aplicable al artículo 192 de la Ley 1753 de 2015. En efecto, esta disposición no prevé ni da ninguna directriz para que el procedimiento que se cree en virtud de él sea uno en el cual se materialice y valore efectivamente la voz de los municipios, que son la entidad más próxima a los ciudadanos, sino uno en el que, simplemente, estos “pueden pedirle” medidas de protección al Ministerio de Minas y Energía. Esto va en franca violación del diseño constitucional que le garantiza una participación efectiva a las entidades territoriales, donde su voz debe ser valorada, en el tipo de decisiones como la realización de actividades mineras en su territorio.

Como conclusión a este apartado preliminar, consideramos que la Corte Constitucional debería, siguiendo su precedente sentado en la C-123 de 2014 y en consonancia con la decisión mencionada del Consejo de Estado (que se basa a su vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional) declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada. En su defecto, debería al menos declarar que en el proceso que se diseñe en virtud del artículo 192 de la Ley 1753 de 2014 – y sin perjuicio de su inconstitucionalidad por otros motivos, tanto los esgrimidos en la demanda como los que desarrollamos más adelante en este escrito - no solo se debe garantizar la participación formal de los municipios sino que esta debe ser activa y eficaz, con el objetivo de que su voz sea efectivamente valorada e influya realmente en la decisión.

A continuación abordamos con detalle el cargo contra el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 por desconocimiento del precedente constitucional sentado en la sentencia C-123 de 2014 y otros que, en su mayoría, se derivan de este precedente. Sin embargo, no abordamos el cargo relativo a la autonomía territorial de manera individual a pesar de que lo compartimos plenamente, primero por haberlo desarrollado tangencialmente en esta sección a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y porque estamos plenamente de acuerdo con los argumentos ya desarrollados en la acción de inconstitucionalidad de la referencia.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015) Radicación núm.: 11001 0324 000 2015 00163 00

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015) Radicación núm.: 11001 0324 000 2015 00163 00

1.2.El artículo 192 de la Ley 1753 desconoce el precedente constitucional sentado en la sentencia C-123 de 2014, pues prevé la creación de un procedimiento mediante el cual la participación de las entidades territoriales en las decisiones sobre la toma de medidas de protección frente a las afectaciones de la actividad minera **no es activa y eficaz.**

Como señalamos en el apartado anterior, el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 va en absoluta contravía de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014. Esto en la medida en que lejos de crear un procedimiento mediante el cual las entidades territoriales puedan participar activa y eficazmente en la toma de decisiones sobre si se realizan o no actividades mineras en sus municipios y en las decisiones relativas a la toma de medidas de protección frente a las posibles afectaciones que se deriven de la actividad minera, el artículo simplemente prevé que se cree un procedimiento mediante el cual las entidades territoriales “puedan pedirle” dichas medidas al Ministerio de Minas y Energía.

En la mencionada sentencia C-123 de 2014, la Corte Constitucional se ocupó de los siguientes problemas jurídicos:

- (1) si la prohibición absoluta para que los concejos municipales y distritales excluyan zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y explotación minera, presente en el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, constituía una limitación desproporcionada de la competencia para la regulación de los usos del suelo dentro del territorio del municipio, competencia reconocida a los concejos municipales y distritales en los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución, y
- (2) si dicha prohibición implicaba el incumplimiento del deber de proteger el patrimonio cultural de la nación y el ambiente en los territorios municipales y distritales.

Para enfrentarlos, abordó la tensión que existe entre los principios de autonomía territorial y la forma unitaria del Estado, discusión que es fundamental en esta demanda. En el examen de constitucionalidad, la Corte concluyó que las medidas de protección al medio ambiente que se tomen en el proceso mediante el cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, deben “*acordarse*” con las autoridades municipales y distritales en desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional concluyó que las autoridades involucradas debían llegar a un acuerdo, justamente porque en el ámbito de aplicación del artículo 37 de la Ley 685 del 2001 confluyen competencias tanto de las entidades de nivel nacional como de las autoridades territoriales. En efecto, así como la regulación de las actividades relativas a la extracción de recursos naturales no renovables es competencia de las autoridades del orden nacional, la protección del medio ambiente y las cuencas hídricas configuran competencias y deberes de las autoridades territoriales.

Para abordar estos problemas, la Corte examinó el balance que debe existir entre los principios constitucionales de autonomía territorial y de organización unitaria del Estado. Este balance es fundamental para los argumentos de esta intervención dado que, como mostraremos a continuación, el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 lo desconoce. Respecto a la manera de armonizar estos principios y de proteger los contenidos mínimos del principio de autonomía territorial la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

“Una adecuada protección de los contenidos principales en tensión deberá permitir la participación de los municipios en la determinación de aspectos como i) los fines que la exclusión de la actividad de exploración y explotación minera en determinadas áreas del territorio busque alcanzar; ii) las causas y condiciones que determinan que un área del territorio se declare como zona excluida de esta actividad; iii) la forma en que cada uno de los niveles competenciales participen en el proceso de creación normativa; iv) las funciones específicas que uno y otro nivel tendrá en ejercicio de dicha competencia; y v) los parámetros que deban

cumplir los procedimientos que se creen para declarar una zona excluida de la actividad minera.”¹³

Así, la Corte encontró que:

“(…) el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas- estará acorde con la Constitución, siempre y cuando en el proceso de autorización para la realización de actividades de exploración y explotación minera ... se tengan en cuenta los aspectos de coordinación y concurrencia, los cuales se fundan en el principio constitucional de autonomía territorial. En este sentido, una autorización al respecto **deberá dar la oportunidad de participar activa y eficazmente** a las entidades municipales o distritales involucradas en dicho proceso, **mediante acuerdos** sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como, del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades.”¹⁴

Sin embargo, el artículo 192 de la Ley 1753 es contrario a lo dispuesto por la Corte puesto que no prevé que las autoridades de nivel nacional *acuerden* con las autoridades de nivel local estas medidas de protección. El artículo 192 solo prevé que en el procedimiento que se cree las autoridades de nivel local le “puedan pedir” dichas medidas al Ministerio de Minas y Energía.

En esta medida, el artículo 192 de 2014 no dispone que la opinión de los municipios o distritos sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de la decisión, sobre todo en aspectos principales de la vida del municipio, como la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades. La disposición acusada contradice y desconoce entonces lo dispuesto en la ya comentada sentencia C-123 de 2014 de la Corte Constitucional pues en lugar de crear un procedimiento mediante el cual las autoridades locales puedan *acordar* con las autoridades nacionales las medidas referidas, crea un mecanismo para *poder pedir* las medidas de protección necesarias.

Así, conforme a la Real Academia Española “acordar” significa “determinar o resolver de común acuerdo”¹⁵ y el artículo 192 no prevé que se cree un procedimiento con un espacio o una metodología que busque que la decisión respecto a la adopción de las medidas referidas sea adoptada de mutuo acuerdo entre las autoridades concernidas. Simplemente, lo que prevé es la creación de un procedimiento por medio del cual los municipios y distritos le *puedan proponer* al Ministerio de Minas y Energía la adopción de medidas de protección frente a las posibles afectaciones mineras sin garantizar, de ninguna manera, que tales “propuestas” serán tenidas en cuentas o con qué criterios y garantías serán valoradas por el Ministerio de Minas y Energía.

En esta medida, es claro que el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 viola varios postulados de la Constitución Política (artículos 287, 288, 311, 313.7) y de la Ley colombiana (Ley 388 de 1997) dentro de los cuales se encuentran justamente aquellos que hacen referencia a la autonomía territorial que quiso proteger la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, motivo por el cual debería ser declarado inconstitucional por este tribunal.

1.3. El artículo 192 de la Ley 1753 vulnera también el principio de subsidiariedad, previsto en el artículo 288 de la Constitución Política pues le da prelación a una autoridad del orden central para decidir sobre asuntos sobre los que en principio tienen competencia las entidades territoriales.

En la demanda de la referencia, uno de los cargos señala que el artículo 192 de la Ley 1753 vulnera los principios de coordinación y concurrencia, consagrados en la Constitución en el artículo 288 y establecidos en la sentencia C-123 de 2014 por la Corte Constitucional, como unos de los principios que deben orientar el procedimiento

¹³ Corte Constitucional, C-123 de 2014

¹⁴ Corte Constitucional, C-123 de 2014

¹⁵ RAE. Disponible en : <http://lema.rae.es/drae/?val=acordar> (Consultado 10 de febrero de 2015)

mediante el cual las autoridades territoriales y nacionales acuerden las medidas de protección en cuestión.

Lo cierto es, no obstante, que tanto el artículo 288 de la Constitución como la sentencia C-123 de 2014 señalan que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales se deben ejercer conforme a los principios de coordinación, concurrencia y *subsidiariedad*. Estos tres principios deben orientar el procedimiento mediante el cual las autoridades nacionales y locales acuerden las aludidas medidas de protección con el Gobierno nacional.¹⁶ En consecuencia, y dado que la demanda se concentra en los principios de coordinación y concurrencia, en este apartado desarrollamos el cargo según el cual el artículo 192 vulnera también el principio de subsidiariedad previsto en el artículo 288 de la Constitución Política.

El artículo 288 de la Constitución señala en su segundo inciso que “Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.” El principio de subsidiariedad señala que la intervención del Estado debe efectuarse en el nivel más próximo al ciudadano y que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo han de intervenir en asuntos que, en principio, corresponderían a las entidades locales, cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades. Así, por ejemplo, en sentencia C-072 de 2014 la Corte Constitucional se refirió al principio de subsidiariedad en los siguientes términos:

“El principio de subsidiariedad, finalmente, corresponde a un criterio, tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado, y la correspondiente atribución de competencias, debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo cual es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades.”¹⁷ (el subrayado es nuestro)

Así las cosas, la intervención de las entidades territoriales en defensa del patrimonio ecológico constitucional es un imperativo, pues (1) las entidades territoriales son las más próximas al ciudadanos, (2) la defensa del patrimonio ecológico es una competencia específicamente ordenada por la Constitución y (3) dicha intervención está orientada a la protección del ambiente, que es también un imperativo constitucional.

De hecho, en materia ambiental rige expresamente el principio de rigor subsidiario, que está consagrado en el artículo 63 de la Ley 99 de 1993¹⁸. Esta disposición señala que para asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano, el ejercicio de las competencias entre las autoridades nacionales y las entidades locales deberá realizarse de manera armónica y coordinada. Señala asimismo que en la función de policía ambiental, las

¹⁶ El artículo 288 de la Constitución Política señala que “Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.” Por su parte la sentencia C-123 de 2014, la Corte Constitucional declaró exequible “(...) el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano (...) mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.”

¹⁷ Corte Constitucional C-072 de 2014

¹⁸ “**Artículo 63°.- Principios Normativos Generales.** A fin de asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, y de garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la Nación, el ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales, se sujetará a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario definidos en el presente artículo.

(...) *Principio de Rigor Subsidiario.* Las normas y medidas de policía ambiental, es decir aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se desciende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la presente Ley” (El subrayado es nuestro)¹⁸.

regulaciones relativas a la protección del medio ambiente podrán hacerse más exigentes, pero no más flexibles por las entidades de corte departamental o nacional, con relación a las regulaciones que en ejercicio de sus funciones hagan las entidades territoriales.

El artículo 192 de la Ley 1753 de 2014 viola, así, el principio de subsidiariedad porque no prevé la creación de un procedimiento en el cual las diferentes entidades del orden nacional (es decir, el Ministerio de Ambiente) y los municipios y distritos puedan ejercer sus competencias relacionadas con la protección medio ambiente, en este caso dentro del marco de las medidas de protección necesarias frente a las afectaciones que se derivan de la actividad minera, de manera “armónica y coordinada”. Tampoco permite que los municipios puedan adoptar medidas de protección ambiental más estrictas puesto que dicho artículo convierte a los municipios en meros solicitantes de las medidas y confiere toda la capacidad de decisión a una entidad –Ministerio de Minas y Energía- que no es ambiental, incluso si un municipio considera que una medida es indispensable o debe ser más protectora que la del nivel nacional.

El artículo 192 de la ley 1753 también viola el principio de subsidiariedad en cuanto no es claro con qué criterios el Ministerio de Minas y Energía concede o no dichas medidas. Como no existe directriz alguna respecto a los parámetros que debe aplicar el Ministerio para autorizar dichas medidas, y como tampoco es obligatorio incluir a las otras autoridades directa y constitucionalmente competentes de los asuntos ambientales, sociales y de salud, podría por ejemplo darse el caso de un municipio que, dentro del marco del desarrollo de actividades relacionadas con la minería, prohíba que se viertan desechos en un yacimiento de agua determinado para evitar su contaminación. Entendida este tipo de prohibición como una medida para proteger el medio ambiente en el marco de actividades relacionadas con la minería, aplicaría el proceso que se cree en virtud del artículo 192 de la Ley 1753. En consecuencia, el Ministerio de Minas y Energía podría decidir implementar una regulación más flexible o simplemente pasar por alto la determinación del municipio. Lo anterior, en clara violación del principio de subsidiariedad y rigor subsidiario.

La disposición acusada viola entonces el principio de subsidiariedad puesto que prevé que en materia de medidas que son evidentemente de policía ambiental, será la autoridad de orden nacional, y no la territorial – a saber, la más alejada al ciudadano – la que tome la decisión. Lo ordenado por el principio de subsidiariedad es totalmente lo contrario, pues este principio consagra justamente que la intervención del Estado debe realizarse por la autoridad más próxima al ciudadano, sobre todo en materia ambiental. En conclusión, la Corte debería declarar la inconstitucionalidad del artículo 192 de la Ley 1753 pues va en absoluta contravía del principio de subsidiariedad previsto en el artículo 288 de la Constitución Política.

1.4. El artículo 192 de la Ley 1753 vulnera la reserva legal que rige en materia de creación de procedimientos administrativos porque otorga al Gobierno Nacional facultad de decidir arbitrariamente, y según su conveniencia, un procedimiento sin sentar parámetros sobre el alcance de la restricción de derechos que tal regulación implica.

Siguiendo la línea argumentativa del Consejo de Estado en el auto de suspensión del Decreto 2691, el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 debe declararse inexecutable además, porque ordena al Gobierno Nacional que cree un procedimiento que será necesariamente de índole administrativa, cuando tal facultad es de competencia exclusiva del Congreso. En efecto, el artículo 192 prevé únicamente la creación de un procedimiento mediante el cual los municipio “le puedan pedir” medidas de protección frente a las afectaciones de la minería al Ministerio de Minas y Energía. Un proceso de tal índole requerirá necesariamente, entonces, lineamientos, etapas, términos y definirá la supervisión y el control del mismo al que deberán someterse los entes territoriales de suerte que será un proceso administrativo. La norma acusada, no ofrece ninguna clase de criterios orientadores para la creación de dicho procedimiento, de suerte que la autoridad administrativa podrá ejercer la competencia que le otorga de forma arbitraria, en franca violación de la reserva legal.

Para desarrollar este argumento con más detalle, a continuación presentamos la jurisprudencia Constitucional respecto a la reserva legal y las modalidades de articulación de la potestad legislativa en materias reservadas para luego aplicarla al caso concreto.

La creación de procedimientos administrativos es un asunto que conforme a la Constitución tiene reserva legal, es decir, que para que dichas reglas resulten legítimas, deben tener origen en la voluntad de los órganos democrático representativos, es decir en el Congreso. En efecto, según la reserva legal, es competencia del Congreso regular aquellos asuntos expresamente asignados a la ley por las cláusulas constitucionales particulares o por alguno de los numerales del artículo 150 de la Constitución Política. En la sentencia C-228 de 2010, la Corte precisó que la reserva legal ordinaria opera cuando la Constitución le asigna directamente una materia específica al legislador.

Ahora, la reserva legal no significa, sin embargo, que el Congreso deba regular los detalles de todas las materias, pues tal tarea sería prácticamente imposible. La reserva legal exige, no obstante, que en las materias con reserva legal la aplicación del reglamento sea esencialmente técnica, para lo cual el legislador deberá prever suficientes criterios orientadores. Al respecto se manifestó la Corte en la sentencia C- 228 de 2010 de la siguiente manera:

“De esta forma, el principio de reserva legal marca un límite en la actividad reglamentaria, de manera que aquél espacio que la Constitución ha reservado a la ley no puede ser ocupado por normas de inferior jerarquía que no tienen la legitimación propia de las decisiones adoptadas por el legislador.”¹⁹

Con base en estos argumentos, la Corte ha identificado tres modalidades de articulación de la potestad legislativa en materias reservadas y la competencia regulativa de las autoridades administrativas. La primera, es “(...) posibilidad que las normas que desarrollan asuntos materia de reserva de ley hagan uso de lo que doctrinariamente se ha denominado como *conceptos jurídicos indeterminados*.”²⁰ La segunda es “(...) la de la *remisión expresa al reglamento*, la cual opera cuando en virtud del asunto que se regula, generalmente técnico y dinámico, no puede ser objeto de determinación exhaustiva por el legislador.”²¹ Y la tercera, “(...) consiste en la definición, por parte del legislador, de normas abiertas respecto de instancias propias del Estado regulador. (...)Esta posibilidad, por supuesto, está supeditada a que la normatividad correspondiente ofrezca claros criterios orientadores, que impidan que la autoridad administrativa ejerza sus competencia de forma arbitraria.”^{22,23}

Al aplicar el anterior razonamiento al caso concreto para determinar si el legislativo podía delegar en el Gobierno Nacional un procedimiento de índole administrativa sin ofrecer criterios orientadores, como lo hace en el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015, resulta que tal disposición viola reserva legal y debe, por tanto, ser declarado inconstitucional por la Corte Constitucional. Esto sucede por cuanto (1) la creación de procedimientos administrativos es un asunto que tiene reserva legal y (2) la norma demandada no ofrece ninguna suerte de criterios para orientar la facultad reglamentaria.

En efecto, los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política le asignan al legislativo la competencia de “1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.” y “2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.” Esta competencia es entonces exclusiva del legislador puesto que le fue asignada expresamente al mismo. Los procedimientos administrativos, por su parte, contenidos en disposiciones especiales se entienden partes integrantes del Código Contencioso

¹⁹ Corte Constitucional, C-228 de 2010

²⁰ Corte Constitucional, C-288 de 2010

²¹ Corte Constitucional, C-288 de 2010

²² Corte Constitucional, C-288 de 2010

²³ Sobre el particular, en la sentencia C-265/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se señaló que es posible que “... que la rama legislativa con la utilización de un lenguaje amplio reconozca a la autoridad administrativa competente un margen suficiente para el desarrollo específico de algunos de los supuestos definidos en la ley con el propósito de concretar la aplicación de ciertos preceptos legales a circunstancias diversas y cambiantes. Eso es propio de un Estado regulador. Sin embargo, en esos eventos la acción de la administración y el cumplimiento de las políticas públicas que animan la ley y las regulaciones administrativas que las materializan dependen de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho.”

Administrativo. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de abril de 2010:

“La Sala, en primer lugar precisa que **la competencia de establecer los procedimientos administrativos**, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y **no a la autoridad administrativa**. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.²⁴

Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, **todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley**, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política (...)”^{25,26}. (el resaltado es nuestro)

Ahora bien, en virtud de las tres modalidades de articulación de la potestad legislativa en materias reservadas y la competencia regulativa de las autoridades administrativas que explicamos arriba, cabe la posibilidad de que en algunos escenarios el legislador reconozca a la autoridad administrativa competente un margen suficiente para el desarrollo específico de algunos de los supuestos definidos en la ley y que tal reconocimiento sea plenamente constitucional. Siguiendo las tres modalidades de articulación reseñadas, es claro que el caso previsto en el artículo 192 encaja en la tercera, puesto que “consiste en la definición, por parte del legislador, de normas abiertas respecto de instancias propias del Estado regulador.” Las otras dos modalidades no son aplicables en tanto no se trata de un asunto eminentemente “técnico y dinámico” (segunda modalidad) ni uno en el cual la ley haga uso de “conceptos jurídicos indeterminados” (primera modalidad).

Como señalamos también, la modalidad en cuestión exige que “las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho.”²⁷ El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015, no obstante, no cumple con este requisito pues no establece ningún de criterio claro ni orientador para que la administración diseñe el procedimiento en cuestión²⁸. Por tanto, la disposición deja entonces a la entera discreción y arbitrariedad de la administración la definición de un procedimiento administrativo mediante el cual las autoridades territoriales “pueden pedirle” al Ministerio de Minas y Energía medidas de protección frente a las afectaciones que se derivan de la actividad minera.²⁹

El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 viola entonces el principio de reserva legal porque (1) delega en el Gobierno Nacional la creación de un procedimiento administrativo, asunto que tiene reserva legal y (2) no establece ningún criterio para orientar la facultad

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁶ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010 proferida dentro del proceso número 11001-03-26-000-2008-00101-00 (36054)B.

²⁷ Corte Constitucional C-265 de 2002

²⁸ **Artículo 192, Ley 1753 de 2015.** Acuerdos con entidades territoriales. El Gobierno Nacional establecerá el procedimiento para que las entidades territoriales puedan proponer al Ministerio de Minas y Energía, con fundamento en estudios técnicos, sociales y ambientales; medidas de protección del ambiente sano, las cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, frente a las posibles afectaciones que pueden derivarse de la actividad minera.

Los estudios antes referidos podrán basarse en los realizados para fundamentar la expedición de los Planes de Ordenamiento Territorial, Esquemas de Ordenamiento Territorial o en los estudios que hayan sido elaborados por las Corporaciones Autónomas Regionales en el ejercicio de sus funciones.

²⁹ Tal delegación ilimitada vulnera además, como se evidencia en este escrito y en la demanda de la referencia, principios básicos del estado social de derecho que creó la Constitución de 1991, como la autonomía territorial, la salvaguarda del medio ambiente o la garantía de gobernarse por autoridades propias.

reglamentaria, como debe hacerlo de acuerdo a la jurisprudencia constitucional sobre las modalidades de articulación de la potestad legislativa en materias reservadas y la competencia regulatoria de las autoridades administrativas. En consecuencia, respetuosamente solicitamos a la Corte que declare la inconstitucionalidad de esta disposición.

1.5. El artículo 192 de la Ley 1753 acapara en cabeza del Ministerio de Minas y Energía funciones las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Protección Social, que tienen la obligación de velar por la conservación del medio ambiente. Así, el artículo 192 de la Ley 1753 vulnera los artículos 150 y 189.17 de la Constitución Política.

El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 desplaza no solo las competencias de las entidades territoriales sino también las de otras entidades del orden nacional y regional que tienen competencias en materia ambiental, en la medida en que dispone que será al Ministerio de Minas y Energía a quien se le “podrán pedir” las citadas medidas y quien, aparentemente, las aprobará. Las autoridades con competencias en materia ambiental son las Corporaciones Autónomas Regionales, el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Salud y Protección Social. Estas entidades, en ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de sus obligaciones deberían al menos participar en la toma del tipo de decisiones de que trata el proceso previsto en el artículo 192, como la necesidad de adoptar medidas para proteger el medio ambiente o la salubridad pública. No obstante, la norma cuestionada las excluye totalmente, contrariando varias disposiciones de orden constitucional, como se desarrolla a continuación:

1.5.1. El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 viola el artículo 150 de la Constitución Política por violar el régimen de autonomía de las Corporaciones Autónomas Regionales y desconocer su carácter de máxima autoridad ambiental en su región.

El artículo 150 de la Constitución Política señala que las Corporaciones Autónomas Regionales deberán ser creadas conforme a un régimen de autonomía. Esta disposición señala que “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 7. (...) reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; (...)”. Respecto a este régimen de autonomía y a la importancia de las Corporaciones Autónomas Regionales en la toma de decisiones relativas a la conservación del medio ambiente, como lo son evidentemente las medidas de que trata el artículo 192 de la Ley 1753, la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 1995, estableció que estas entidades son organismos “**que están encargados, principalmente, aun cuando no exclusivamente, de funciones policivas, de control, de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del ambiente** y con el aprovechamiento de los recursos naturales renovables”³⁰ (el subrayado es nuestro).

No obstante, el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 no hace ninguna alusión a estas autoridades, que tienen funciones de control y reglamentarias relacionadas con la preservación del ambiente y que son la máxima autoridad ambiental de las regiones donde se ubican.³¹

³⁰ Corte Constitucional, C-593 de 1995

³¹ Las funciones de las CAR están ampliamente desarrolladas en el ordenamiento legal. El artículo 23 de la Ley 99 de 1993 dispone por ejemplo, que “Las Corporaciones Regionales son entes corporativos de carácter público (...) encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible (...)”.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley 99 de 1993 dispone que el objeto de las CAR es la “(...) ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente (...)”

Adicionalmente, el artículo 31 de la misma ley, señala entre las funciones de las CAR la de actuar como máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción. En efecto, esa disposición señala:

“2. Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente.” Ahora, como se señaló anteriormente, el artículo 37 del actual Código de Minas prevé que “(...) ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.”

El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 vulnera entonces lo previsto en el artículo 150 de la Constitución Política sobre el régimen de autonomía de las CAR porque prevé que será exclusivamente ante el Ministerio de Minas y Energía ante quienes los municipios “podrán pedir” medidas de protección ambientales ante las afectaciones mineras. Esta disposición vulnera también el régimen de autonomía de las CAR en la medida en que también parece prever que será este quien decida sobre la pertinencia o no de las medidas necesarias para proteger el medio ambiente en desarrollo de actividades relacionadas con la minería, con independencia del concepto de estas corporaciones. De esta manera, el artículo 192 desconoce palmariamente la función de las CAR como máxima autoridad ambiental en el territorio de su jurisdicción y sus funciones de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del ambiente, desconociendo entonces su autonomía e ignorándolas completamente, motivo por el cual debería ser declarado inconstitucional por la Corte Constitucional.

1.5.2. El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 viola el artículo 189.17 de la Constitución pues prevé que el Gobierno Nacional cree un procedimiento que viola el requisito de distribuir los negocios según su naturaleza entre Ministerios.

La disposición acusada vulnera el artículo 189.17 de la Constitución, que establece que el Presidente de la República deberá “distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos” porque desplaza de los Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Salud y Protección Social la obligación que tienen de coordinar la ejecución de planes y programas del ámbito de sus competencias. Este desplazamiento ocurre cuando el artículo 193 de la Ley 1753 de 2015 señala que será *al* Ministerio de Minas a quien se le podrán solicitar las medidas ambientales, sociales y de salud y quien decidirá sobre la adopción de las mismas.

El artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 prevé, a pesar de esta disposición, que el Gobierno Nacional, cuya cabeza es el Presidente de la República, creará un procedimiento en el cual será al Ministerio de Minas y Energía a quien se le “podrán pedir” las medidas de protección aludidas, otorgando entonces facultades al Ministerio de Minas y Energía en ámbitos que no son de su competencia y que lo son, en cambio, de otros Ministerios. En esa medida, el artículo 192 vulnera el artículo 189.17 de la Constitución según el cual los negocios deben distribuirse entre ministerios según su naturaleza.

Conforme al mandato de distribuir los negocios entre ministerios según su naturaleza, aún en el marco de la autorización de actividades de exploración y explotación minera y con relación a las medidas de protección, los ministerios encargados de la toma de decisiones relacionadas con el medio ambiente y/o la salud pública deberían al menos participar en el proceso de formular medidas y decidir sobre su implementación, pues si bien es cierto que el Ministerio de Minas y Energía es el coordinador de la política minera, también lo es que son los Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Salud y Protección Social los encargados de las políticas ambientales o de salud. Así, los ministerios que deban ocuparse de los asuntos relacionados con el medio

Respecto a las funciones de las CAR el artículo 31 de la Ley 99 de 1993 señala que estas consisten entre otras “Artículo 31º.- Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones: (...) Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente; Promover y desarrollar la participación comunitaria en actividades y programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables; Coordinar el proceso de preparación de los planes, programas y proyectos de desarrollo medioambiental que deban formular los diferentes organismos y entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental (SINA) en el área de su jurisdicción (...) Participar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito de su jurisdicción, en los procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta en las decisiones que se adopten; 6., Fijar en el área de su jurisdicción los límites permisibles de emisión, descarga, transporte o depósito de sustancias, productos, compuestos o cualquier otra materia que puedan afectar el medio ambiente o los recursos naturales renovables y prohibir, restringir o regular la fabricación, distribución, uso, disposición o vertimiento de sustancias causantes de degradación ambiental. Estos límites restricciones y regulaciones en ningún caso podrán ser menos estrictos que los definidos por el Ministerio del Medio Ambiente. (...) 18. Ordenar y establecer las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, conforme a las disposiciones superiores y a las políticas nacionales; Implantar y operar el Sistema de Información Ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente; (...)”

ambiente o la salubridad pública deberían estar al menos involucrados en la toma de medidas que busquen proteger el medio ambiente y la salubridad, según sea el caso.

En efecto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el encargado de coordinar la toma de decisiones que estén relacionadas con el medio ambiente, como lo es la decisión sobre si se deben o no adoptar medidas de protección del mismo. Así, el Decreto 3570 de 27 de septiembre de 2011, por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible siguiendo lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, señala, de la misma manera a como lo hace la Ley 99 de 1993, que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el rector de la gestión del ambiente, el encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se sujeta el aprovechamiento sostenible del ambiente de la nación (artículo 1). Consecuentemente, el artículo 2 de esta disposición señala que corresponde al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible:

- “1. Diseñar y formular la política nacional en relación con el ambiente (...)
2. Diseñar y regular las políticas públicas y las condiciones generales para el saneamiento del ambiente, y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales.
3. Apoyar a los demás Ministerios (...) en la formulación de las políticas públicas, de competencia de los mismos, que tengan implicaciones de carácter ambiental y desarrollo sostenible, y establecer los criterios ambientales que deben ser incorporados en esta formulación de políticas sectoriales. (...)”.

Por su lado, el Decreto 4107 de 2011, por medio del cual se determinaron los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, también siguiendo lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, señala entre los objetivos de esta entidad la de “(...) formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud (...)” (Artículo 1). Así como le atribuye las funciones de:

- “1. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos del Sector Administrativo de Salud y Protección Social.
2. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud y Protección Social.
3. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales, y de control de los riesgos provenientes de enfermedades comunes, ambientales, sanitarias y psicosociales, que afecten a las personas, grupos, familias o comunidades.
4. Formular, adoptar, coordinar la ejecución y evaluar estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida, y de prevención y control de enfermedades transmisibles y de las enfermedades crónicas no transmisibles.
5. Dirigir y orientar el sistema de vigilancia en salud pública.”

En vista de lo hasta aquí expuesto y del artículo 189.17, que señala que el Presidente de la República distribuirá a los ministerios los diferentes negocios según su naturaleza, es evidente que el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Salud y Protección Social deberían estar presentes en procesos como los que prevé el artículo 192 de la Ley 1753. No obstante, el artículo 192 desconoce este mandato y desplaza de manera contraria al ordenamiento constitucional las funciones de los ministerios de Medio Ambiente y Salud y Protección Social, además de las entidades territoriales, y las sitúa en cabeza del Ministerio de Minas y Energía.

En esta medida, no es conforme al ordenamiento constitucional que el Ministerio de Minas y Energía sea la única entidad, a quien se le “podrán pedir” las medidas de protección necesarias frente a las afectaciones que pueden derivarse de las actividades mineras. – sin perjuicio de los problemas ya mencionados de que se trate tan solo de una

petición.³² Tampoco es conforme al ordenamiento constitucional que sea el Ministerio de Minas y Energías quien eventualmente decida, sin la intervención de los demás ministerios competentes o las CAR, asuntos en materia de medio ambiente y salubridad, como la adopción o idoneidad de esas medidas, aún si esto sucede en el marco de la exploración y explotación minera. Lo contrario, es decir, lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015, va en contravía del orden constitucional y viola lo dispuesto en los artículos 150 y 189.17 de la Constitución Política.

En cualquier caso, la Corte podría también aclarar que la interpretación constitucional de dicha disposición es que el procedimiento que se cree en virtud del artículo 192 de la Ley 1753 no excluye otras formas para que las entidades territoriales tomen medidas de protección frente a las posibles afectaciones que puedan derivarse de la actividad minera, porque el procedimiento en cuestión es simplemente uno para que las entidades “*puedan proponer*” medidas de protección. Una posible interpretación acorde con la Carta, que requiere en cualquier caso de una aclaración de la Corte, sería entonces que dicho procedimiento no ata a las entidades territoriales a la decisión del Ministerio de Minas Energías y no hace que la decisión frente a dicha “propuesta” sea de ninguna manera obligatoria. Bajo esta interpretación, la disposición pretende, más bien, simplemente ampliar la coordinación y el diálogo entre entidades, sin cercenar las competencias de ninguna de ellas. En su defecto, la Corte debería al menos declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 192 de la Ley 1753 a que en el procedimiento que se cree se garantice la participación activa y eficaz de las entidades territoriales – y no la mera “posibilidad de pedir de medidas” – en las decisiones relativas a la toma de medidas de protección frente a las posibles afectaciones que puedan derivarse de la actividad minera, esto, en consonancia con el precedente sentado en la sentencia C-123 de 2014.

2. El párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 viola la obligación estatal de no regresividad en materia de protección del medio ambiente, pues permite la realización de actividades económicas en los páramos que habían sido prohibidas por la Ley 1450 de 2011.

El artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018, prevé que no se podrán realizar actividades agropecuarias o de exploración y explotación de recursos naturales en las áreas delimitadas como páramos a escala 1:100.000 o 1:25.000. En su párrafo primero, autoriza la realización de las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en las áreas delimitadas como páramo, que cuenten con contrato y licencia ambiental que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para las actividades de hidrocarburos.

Esta disminución en el régimen de protección de los páramos y del medio ambiente constituye una violación del mandato de progresividad que rige en materia de la garantía de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), uno de los cuales es el derecho al medio ambiente³³, y viola la consecuente obligación estatal de no regresividad en la protección de estos derechos.

Con el fin de desarrollar este argumento, empezaremos por hacer una breve síntesis sobre el alcance y el contenido de la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, uno de los cuales es el derecho al medio ambiente. Luego, contrastaremos el nivel de protección alcanzado previamente por la Ley 1450 de 2011, en relación con la realización de actividades económicas en páramos, frente a la regulación del párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015. Finalmente, demostraremos que el retroceso de la norma acusada es injustificado porque no cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad estricta del test de regresividad.

2.1. La prohibición de regresividad de los derechos sociales

³² Ver página 7 y siguientes de este escrito.

³³ Artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención de Derechos Humanos Sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

De acuerdo con la definición que ha hecho la Corte Constitucional³⁴ y los instrumentos internacionales ratificados por Colombia en la materia³⁵, el principio de progresividad exige que el Estado adopte las medidas necesarias y hasta el máximo de sus recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales y ambientales. Como consecuencia de este principio, se ha prohibido la regresividad en la protección de estos derechos: con posterioridad a que el Estado ha alcanzado cierto nivel de protección de un derecho social o ambiental, no le es dable retroceder en el nivel de protección alcanzado, salvo que se justifique que la medida regresiva obedece a un fin legítimo y que es adecuada, necesaria y proporcional.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en lo que sigue Comité DESC) ha dicho que la disminución del alcance de un derecho social, supone la violación de obligaciones internacionales. Según el Comité DESC, las medidas regresivas se presumen contrarias al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), salvo que estén plenamente justificadas en relación con la necesidad de garantizar todos los derechos enunciados en el PIDESC. De esa forma, el Comité DESC ha señalado que:

“(…) existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas (…). Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.”³⁶

En concordancia con esto, para la Corte Constitucional la protección de los derechos sociales también involucra una prohibición de retroceso. Consolidando su propia línea jurisprudencial, la Corte ha dicho que las medidas regresivas frente a los derechos sociales se presumen inconstitucionales y que sólo son admisibles, si se demuestra que se trata de una regresión que fue analizada exhaustivamente y que resulta justificada con base en un fin legítimo y en criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad³⁷. Para la Corte, las medidas regresivas “serían consideradas *prima facie* inconstitucionales salvo que se justifique la necesidad de adoptarlas”³⁸. Esta opción concibe la progresividad en la satisfacción de los derechos sociales como un principio, que debe ser acatado por todas las autoridades, sin “desconocer, las restricciones que imponen los contextos sociales y económicos y sin anular la libertad de configuración de los órganos democráticas”³⁹.

La doctrina ha distinguido dos ámbitos principales de aplicación del alcance del principio de no regresividad: primero, los resultados de una política pública y segundo, la extensión de los derechos concedidos por una norma. El primero, más desarrollado en el sistema internacional de derechos humanos, es una prohibición de *regresividad en los resultados*. Se considera que una política pública es regresiva cuando los resultados que se obtienen en un momento determinado son peores a la situación existente en otro momento anterior, elegido como parámetro. El segundo, que es el ámbito en el que se ha concentrado la jurisprudencia de la Corte y en el que se ubica nuestra intervención sobre el párrafo primero (parcial) del artículo 173 demandado, es la *regresividad normativa*. Aquí la obligación de no retroceso implica que, en principio, no son admisibles las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un

³⁴ Véase por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencias C-1064 de 2001, C-671 de 2002, C-789 de 2002, C-1017 de 2003, C-038 de 2004, C-931 de 2004, T-1318 de 2005, C-1141 de 2008, C-727 de 2009, C-767 de 2014

³⁵ Ver Protocolo de San Salvador, artículo 1. PIDESC, artículo 2; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26.

³⁶ Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. Igualmente, véase la Observación General N° 3 (párr. 9), y la Observación General N° 13 (párr. 45).

³⁷ “Este principio no implica una prohibición absoluta de adoptar medidas regresivas; se trata de una prohibición *prima facie*, pues tales medidas pueden tener lugar al amparo de la Carta, siempre y cuando se encuentren debidamente justificadas en términos de realización de otros derechos fundamentales y después de un exhaustivo análisis de las otras opciones disponibles. En este sentido, en la sentencia C-1141 de 2008, la Corte precisó que la cláusula de no retroceso en definitiva supone que una vez logrados ciertos avances en la concreción de los derechos, (...) las condiciones preestablecidas no pueden ser desmejoradas sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa por las autoridades competentes” Corte Constitucional. Sentencia C-767/14. Sentencia C-931 de 2004.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-1318 de 2005

³⁹ Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180. (junio 30 de 2006). P. 55

determinado derecho social⁴⁰. Esto es, la prohibición de regresividad normativa limita la capacidad de configuración del legislador.

Para establecer que una norma es regresiva, debe llevarse a cabo un juicio de comparación entre normas, y luego establecer la razonabilidad de ese cambio normativo. En cuanto a lo primero, tal como lo indica Courtis, “es necesario comparar [la norma objeto de estudio] con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”⁴¹. Es decir, para aplicar un juicio de regresividad normativa debe partirse de la existencia de (i) dos normas, (ii) que se suceden en el tiempo, y (iii) que se refieran al alcance y aplicación del mismo derecho social⁴².

En cuanto tiene que ver con el contenido y alcance del derecho, la Corte ha señalado, de manera reiterada, que una medida es regresiva en los siguientes eventos: “(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho”⁴³. De la lectura de estas subreglas establecidas por la Corte se puede concluir, por una parte, que la Corte entiende que la obligación de retroceso se aplica de manera general a las “medidas” que establezcan límites a la protección de un derecho social. Por otra parte, que lo que interesa contrastar para establecer si una medida es regresiva es el ámbito sustantivo de protección (en el primer evento), el aumento de los requisitos para acceder al derecho (en el segundo evento) o el monto de recursos públicos destinados (en el tercer caso), y mostrar que este retroceso es injustificado.

Luego de que se lleva a cabo esta comparación entre las normas y se establece que la segunda sí retrocede en la protección de un determinado derecho social, la Corte ha dicho que esta norma debe considerarse inconstitucional *prima facie*. Pero aún puede probarse que la medida regresiva es (i) idónea, es decir, que tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique; (ii) necesaria, lo cual ocurre si se prueba que de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos lesiva de derechos sociales; y (iii) proporcional en estricto sentido, lo cual se verifica al confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional al que se enfrenta⁴⁴. Además, para la Corte, “el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad”⁴⁵. Si la medida en cuestión no supera este test, debe ser declarada inconstitucional por desconocer la prohibición de regresividad en la protección de los derechos sociales.

Frente a este escrutinio, la Corte ha concluido que “una vez alcanzado determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada”⁴⁶. En otras palabras, si se busca ir avanzando hacia la satisfacción plena de las obligaciones que se derivan de un derecho social, una vez logrados ciertos avances en la concreción de estos derechos, las condiciones no pueden ser desmejoradas sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa.

2.2. La excepción introducida en el párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 constituye un retroceso injustificado en el nivel de protección alcanzado en el derecho al medio ambiente sano.

El párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 autoriza la realización de las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en las áreas delimitadas como páramo, que cuenten con contrato y licencia

⁴⁰ Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En Christian Courtis (comp.) Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto.

⁴¹ Courtis, op. cit

⁴² En efecto, así lo ha hecho la Corte en todas las sentencias puestas a su consideración cuyo problema jurídico consiste en establecer si se desconoció la prohibición de regresividad de los derechos sociales.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014.

⁴⁴ Ver por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004 y Sentencia C-228 de 2011.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencias C-313 de 2014; C-991 de 2004 y T-025 de 2004.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2002

ambiental que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para las actividades de hidrocarburos. Esta norma restringe la protección al medio ambiente sano, alcanzada hasta el momento de su expedición. Para verificar que esta restricción constituye un retroceso injustificado y desproporcionado de la garantía del derecho al ambiente sano, realizaremos un test de regresividad, siguiendo los parámetros fijados por la Corte Constitucional en esta materia.

Consideramos que procede el test de regresividad para constatar la inconstitucionalidad del citado párrafo, pues éste afecta un derecho social: el derecho al medio ambiente sano. En efecto, el derecho al medio ambiente sano está previsto en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, es vinculante para el Estado colombiano. Conforme a esta disposición, el derecho al medio ambiente sano implica la obligación de los Estados de promover “la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”

Este derecho también está ampliamente previsto en la Constitución Política. Así, el artículo 79 Superior consagra expresamente el derecho al medio ambiente sano, y a la participación en las decisiones susceptibles de afectarlo. Más que eso, la Constitución Política contiene 34 disposiciones -como el desarrollo sostenible-, que conforman lo que la jurisprudencia ha llamado la Constitución Ecológica⁴⁷.

El párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 cambió el nivel de protección de los páramos fijado en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011.

Como indicamos arriba, el artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 prevé que no se podrán realizar actividades agropecuarias o de exploración y explotación de recursos naturales en las áreas delimitados como páramos a escala 1:100.000 o 1:25.000. Sin embargo, en su párrafo primero, **autoriza la realización de las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en las áreas delimitadas como páramo** que cuenten con contrato y licencia ambiental que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para las actividades de hidrocarburos.

El artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, por su parte, consagraba un mayor estándar de protección a favor de los páramos, respecto a la realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables. Esa norma, contrario al párrafo primero parcialmente demandado, establecía una prohibición absoluta respecto a la realización de actividades agropecuarias y de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales en los ecosistemas de páramo.

En esa forma, existe un cambio normativo por parte del párrafo demandado. Esto podemos visualizarlo claramente en el siguiente cuadro comparativo de las dos normas en cuestión:

Ley 1753 de 2015	Ley 1450 de 2011
<p>“Artículo 173. Protección y delimitación de páramos. En las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias ni de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos.</p> <p>El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible hará la delimitación de las áreas de páramos al interior del área de referencia definida en la cartografía generada por el Instituto Alexander Von Humboldt a escala 1:100.000 o 1:25.000,</p>	<p>“Artículo 202. Delimitación de ecosistemas de páramos y humedales. Los ecosistemas de páramos y humedales deberán ser delimitados a escala 1:25.000 con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. La delimitación será adoptada por dicha entidad mediante acto administrativo.</p> <p>Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los grandes</p>

⁴⁷ Corte Constitucional, C-632 de 2011

<p>cuando esta última esté disponible. En esta área, la autoridad ambiental regional deberá elaborar los estudios técnicos que permitan caracterizar el contexto ambiental, social y económico, de conformidad con los términos de referencia expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Al interior de dicha área, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá delimitar el área de páramo, con base en criterios técnicos, ambientales, sociales y económicos.</p> <p><u>Parágrafo Primero. Al interior del área delimitada como páramo, las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables que cuenten con contrato y licencia ambiental o con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente, podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga. (...)</u></p>	<p>centros urbanos y los Establecimientos Públicos Ambientales realizarán el proceso de zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos de estos ecosistemas, con fundamento en dicha delimitación, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. Para lo anterior, tendrán un plazo de hasta tres (3) años a partir de que se cuente con la delimitación.</p> <p><u>Parágrafo 1o. En los ecosistemas de páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos.</u> Para tales efectos se considera como referencia mínima la cartografía contenida en el Atlas de Páramos de Colombia del Instituto de Investigación Alexander von Humboldt, hasta tanto se cuente con cartografía a escala más detallada.</p>
--	--

La excepción introducida en el parágrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 constituye un retroceso injustificado en el nivel de protección alcanzado del derecho al medio ambiente sano y la protección del medio ambiente

Luego de constatar que el parágrafo demandado modificó la protección fijada en la norma anterior (artículo 202 de la Ley 1450 de 2011), procedemos a verificar que ese cambio, en primer lugar, constituye un retroceso en la protección del medio ambiente sano y, en segundo lugar, que ese retroceso, además, es injustificado y desproporcionado.

Del análisis del parágrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 podemos evidenciar que esta norma crea un régimen de conservación de los ecosistemas de páramos menos protector que aquel que estaba vigente anteriormente, a saber, el del artículo 202 de la Ley 1450 de 2011. Ello por cuanto la Ley 1450 ya había prohibido que en los páramos se adelantara cualquier tipo de actividad agropecuaria o de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales. Pero el parágrafo acusado modifica esa prohibición y, en su lugar, permite que, en determinadas condiciones, se realicen actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables. Esas condiciones hacen referencia a que dichas actividades cuenten con contrato y licencia ambiental o con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente anterior al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o al 16 de junio de 2011 para las actividades de hidrocarburos. En estos términos, la nueva norma pasó de la prohibición total de actividades relacionadas con extracción de recursos en los ecosistemas de páramos, a la permisión de tales actividades, en determinadas circunstancias.

Este no es un cambio de menor importancia. Por el contrario, la autorización de actividades extractivas en páramos, aunque sean procedentes con ciertas condiciones, implica una seria amenaza a la supervivencia del ambiente en esas áreas, la cual no es potencial sino cierta. De hecho, en la actualidad en Colombia hay unos 448 títulos mineros en zonas de páramo que, bajo lo dispuesto en esta disposición, podrían explotarse hasta por 30 años.

Con todo, el retroceso establecido por la norma demandada sería constitucional si se lograra demostrar que se trata de una medida idónea, necesaria y justificada. Sin embargo, la posibilidad de realizar actividades extractivas en los páramos, tal como lo autoriza la norma demandada, no supera el test de regresividad, como veremos en seguida.

En el test de regresividad, después de que se ha constatado que ha operado un cambio normativo y que éste constituye un retroceso, debe indagarse si ese retroceso tiene alguna justificación. Para esto, la Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha puntualizado que el intérprete constitucional debe analizar si la norma objeto de estudio es idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido.

En cuanto a la idoneidad, en el caso concreto, la autorización para desarrollar actividades de hidrocarburos y minería en los páramos tiene como fin el desarrollo económico del país y la protección de la confianza legítima de los inversionistas. De hecho, las actividades de hidrocarburos y minería se han justificado por las importantes ganancias económicas que representan y por su contribución en el desarrollo del país, en términos netamente económicos (véase Conpes 3762 de 2013), y por ello es entendible que se quiera proteger las situaciones jurídicas de los inversionistas de estas actividades. Este fin es constitucionalmente legítimo, de acuerdo a los artículos 2 y 334 de la Constitución Política.

No obstante, el retroceso del párrafo acusado no se justifica solamente en que persigue un fin constitucionalmente legítimo. Para que esa medida sea constitucional debe, además, mostrar que es un mecanismo necesario y proporcional en estricto sentido para alcanzar el objetivo perseguido. Pero esto no ocurre con la medida del párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015. La medida de autorizar actividades minería e hidrocarburos en los páramos no es necesaria, por cuanto existen otros mecanismos adecuados para alcanzar el fin del desarrollo económico y que son menos lesivos de los páramos. En efecto, existen otras actividades que pueden contribuir al desarrollo económico del país sin afectar gravemente el medio ambiente, como lo hace esta medida.

Ahora, en cuanto al fin de proteger las situaciones jurídicas consolidadas de quienes tienen títulos mineros con licencia ambiental otorgados antes de 2010, apoyamos la demanda en cuanto a que es claro que los derechos que emanan del contrato de concesión minera y del otorgamiento de la licencia ambiental *no* constituyen derechos adquiridos. Esto en virtud de que al ser los recursos naturales no renovable propiedad del Estado, los derechos que se emanan de la exploración o explotación de los mismos son derechos públicos subjetivos que están sujetos a una regulación diferente que los derechos subjetivos que emanan de leyes civiles. Al respecto el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

"Surge de allí una diferencia específica entre las situaciones jurídicas individuales o derechos subjetivos que emanan del derecho privado y las que se derivan de normas de derecho público. Mientras las primeras deben serle respetadas íntegramente a su titular por todos los demás particulares, por la autoridad y por la ley, que no puede vulnerarlos ni desconocerlos sino apenas regular su ejercicio, aquellas que nacen del derecho público son susceptibles de modificaciones en el futuro y aun de ser extinguidas por obra de la voluntad legislativa en aras del interés supremo de la colectividad y de sus necesidades inmanentes de progreso y equilibrio social"⁴⁸ (Subrayado es nuestro).

En ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante la sentencia T-001 de 1992 en la que determinó que “en materia de derecho público, la noción de derechos adquiridos tiende a diluirse, pues esta noción, admitida universalmente se refiere sustancialmente a los derechos que regulan las leyes civiles”.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4a., sentencia de marzo 20 de 1970. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

Asimismo, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado fue claro al decir que las licencias ambientales no constituyen derechos adquiridos⁴⁹ ya que son actos provisionales subordinados al interés público.

Sin embargo, aunque es claro que los derechos derivados de la exploración y explotación de recursos naturales no son derechos adquiridos, se podría pensar que en virtud del principio de confianza legítima se deben proteger las expectativas que tienen quienes son titulares de este tipo de contratos y de la respectiva licencia ambiental. No obstante, en cuanto al principio de confianza legítima, la Corte también ha establecido que este principio no es absoluto y que no puede llevar a que situaciones en donde un particular tiene una expectativa legítima de que se mantenga cierta regulación jurídica vuelvan inmutable el ordenamiento jurídico. Así es claro que las regulaciones jurídicas pueden cambiar incluso cuando hay expectativas legítimas que se deriven de ellas pero que “la administración debe asumir medidas para que la variación sea justa, indispensable, proporcional y lo menos traumática posible para los afectados⁵⁰”. En esa medida, existían otras posibilidades menos gravosas para el medio ambiente, como el régimen de compensación y transición propuesto en la demanda, en virtud de las cuales la administración podía modificar la situación jurídica de quienes tenían títulos y licencias en páramos antes de que ello estuviere prohibido.

Igualmente, la medida del párrafo demandado no es proporcional en estricto sentido. Esto debido, principalmente, a que la medida en mención, al permitir ciertas actividades mineras y de hidrocarburos en los páramos, implica altísimos costos ambientales a corto y largo plazo, los cuales son mucho más altos que cualquier beneficio o salvaguarda económica que la medida pueda perseguir a corto plazo. De hecho, la intervención extractiva en zonas de páramos es un factor suficiente para amenazar de muerte y de forma irreparable estos ecosistemas. Adicionalmente, el Estado tampoco está enfrentando alguna “dificultad” que amerite poner en riesgo estos ecosistemas. Todo lo contrario, la situación climática mundial actual y el hecho de que Colombia sea el tercer país del mundo más vulnerable al cambio climático⁵¹ hacen imperativa la protección de los mismos.

Pero aún si hubiera alguna dificultad excepcional que amerite este tipo de medidas, la autorización de la explotación minera en los páramos, en los casos que menciona la ley, tampoco es proporcional. Ello por cuanto esta medida no sólo afecta desproporcionadamente los páramos y otros bienes constitucionales, como el derecho al medio ambiente, sino también porque tiene serios impactos en la protección del agua. La falta de cuidado en la conservación de los páramos es muy peligrosa. Esta situación pone en peligro ecosistemas sumamente importantes para la generación y regulación del recurso hídrico, lo cual, además, contribuye a la regulación climática gracias a su capacidad de absorber gas carbónico⁵². Entonces, evitar esta afectación es obligación del Estado colombiano y, por tanto, permitir la minería en ellos no es una medida proporcional para procurar ganancias económicas para el Estado.

Asimismo, apoyamos la demanda con respecto al cargo de que limitar la protección de los *ecosistemas de páramo* a las áreas “delimitadas como páramo” constituye también una regresión en materia ambiental. Esto en la medida en que en la Ley 1450 de 2011 se estableció una prohibición para actividades de minería e hidrocarburos (entre otras) en el *ecosistema de páramo* y en la norma demandada dicha prohibición se limita a las áreas delimitadas como páramo. Si las áreas delimitadas como páramos llegasen a ser diferentes y menores que el ecosistema de páramo se estaría desprotegiendo un área que en la legislación anterior se había protegido. Por ende, consideramos que dicha limitación puede ser regresiva y violar el principio de progresividad en materia ambiental.

⁴⁹ “Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos”. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 12 de agosto de 1999, expediente 5500, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

⁵⁰ Sentencia T-361 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁵¹ “Cambio Climático: lo peor está por venir”. Revista Semana, Mayo de 2014. Disponible en: <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/cambio-climatico-lo-peor-esta-por-venir/382686-3> (Consultado: 13 de junio de 2015)

⁵² “Páramos”. Parques Nacionales Naturales. Disponible en: <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.201214> (Consultado: 13 de junio de 2015)

En estos términos, la medida del párrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 y la limitación que hace a la protección únicamente dentro de las “áreas delimitadas como páramo” constituyen un retroceso injustificado en la protección de estos ecosistemas. Esto es, se trata de una medida que viola la obligación del Estado colombiano de progresividad en protección del ambiente y la consecuente prohibición de regresividad. Por ello, es una medida inconstitucional que debe ser declarada inexecutable.

3. El procedimiento previsto en el artículo 179 desconoce la obligación constitucional del legislador de garantizar la participación ciudadana en las decisiones que afecten o puedan llegar a afectar el medio ambiente.

3.1. El procedimiento previsto en el artículo 179 limita la participación a la información allegada por el solicitante de la licencia ambiental y por otras entidades o autoridades.

El artículo 179 de la Ley 1753 de 2015 que establece el procedimiento que debe seguirse para obtener una licencia ambiental desconoce el claro mandato constitucional de garantizar la participación ciudadana en este tipo de decisiones puesto que no incluye una instancia para la participación de las comunidades o una instancia de decisión en la que se tenga en cuenta sus opiniones, conocimientos, posiciones o propuestas.

En el procedimiento previsto se dan dos oportunidades para que la autoridad competente para expedir la licencia solicite información adicional, pero en ninguna se menciona la comunidad como actor relevante para adicionar información o participar. La primera de ellas es durante la reunión que se realiza luego de recibir la solicitud y realizar la visita al proyecto. Esta reunión tiene como fin “solicitar por una única vez la información adicional que se considere pertinente”. De la redacción posterior del artículo no es claro si a quien se solicita esta información adicional es al interesado en obtener la licencia o a cualquier interesado en el procedimiento. El artículo establece que “una vez en firme la decisión sobre información adicional, el interesado contará con el término de un (1) mes para allegar la información requerida”; no es claro si el interesado es únicamente quien está solicitando la licencia o si puede ser, por ejemplo, un tercero que puede tener información relevante para la decisión.

En esa medida, si se llegase a interpretar que “el interesado” puede ser cualquier persona que tenga interés en la decisión esta podría ser una instancia para que la comunidad allegue la información que considere necesaria para el trámite de la licencia. Sin embargo, dado que en ninguna parte del articulado se hace mención a la comunidad o a la intervención de terceros, consideramos que es necesario que la Corte aclare si en ese momento procesal la comunidad puede aportar información. La perspectiva de la comunidad es esencial en la expedición de la licencia, ya que es esta quien, desde el conocimiento local que tiene de su territorio, puede ayudar a identificar los impactos del proyecto y proponer las medidas necesarias para contrarrestarlos. Aclaramos que la comunidad está compuesta por agricultores, terratenientes, campesinos y empresarios (entre otros) que pueden aportar una perspectiva diferente, adicional a la información técnica que por lo general suele primar en este tipo de decisiones, y que por ello la información que desde sus conocimientos aporten puede enriquecer de forma sustancial la decisión. Por ello, si la interpretación de quién es “el interesado” que puede aportar información adicional se da en el sentido contrario, es decir, si se entiende que únicamente es el solicitante de la licencia, entonces habría un vacío en la norma puesto que no incluye a la comunidad en ninguna parte del proceso.

Ahora bien, luego hay una segunda oportunidad para que la autoridad ambiental competente solicite la información adicional o conceptos que considere relevantes a otras entidades o autoridades. El inciso sexto del artículo dispone que “la autoridad ambiental competente dispondrá de diez (10) días hábiles adicionales para solicitar a otras entidades o autoridades los conceptos técnicos o informaciones que estime pertinentes para resolver la solicitud, y estos deberán ser remitidos por las entidades o autoridades requeridas en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles”. Como puede verse, si se entiende que en la primera oportunidad de solicitar información adicional únicamente se tiene en cuenta al interesado en la licencia y en la segunda únicamente se considera

relevante la información o conceptos que puedan allegar las autoridades o entidades, entonces es claro que la comunidad es un actor ausente en el proceso. En ninguna parte del artículo se hace mención de alguna instancia para que la comunidad pueda allegar información o pueda participar de alguna forma. Como se mencionó más arriba, el conocimiento que ésta puede aportar es fundamental para garantizar que en la toma de la decisión se tengan en cuenta *todos* los factores relevantes y que las medidas ambientales exigidas en la licencia sean lo más completas y adecuadas posible. La misma Corte Constitucional ha reconocido la importancia de que se tenga en cuenta el conocimiento local en este tipo de procedimientos. Al respecto, en una providencia reciente⁵³, estableció lo siguiente:

“(…) la justicia ambiental incorpora una demanda de *justicia participativa*, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.” (Subrayado es nuestro)

Por ello, obviar a la comunidad en un procedimiento mediante el cual se expide una licencia ambiental, como lo hace la norma acusada, desconoce abiertamente el precedente de esta Corporación y, como se verá en el apartado siguiente, el deber constitucional y legal que existe de garantizar la participación de la comunidad en la decisiones que afecten o puedan llegar a afectar el medio ambiente.

3.2 La no inclusión de una instancia de participación ignora un mandato constitucional y legal.

El hecho de que el legislador no haya incluido o previsto de forma expresa una instancia de participación ciudadana en el procedimiento de licenciamiento ambiental ignora de forma vehemente el mandato contenido en el artículo 79 de la Constitución Política que establece: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo” (subrayado fuera del texto). Asimismo, la omisión de la participación ciudadana en un procedimiento que por su misma naturaleza deriva en una decisión con claros impactos sobre el medio ambiente va en clara contravía de los principios orientadores de la política ambiental consagrados en el artículo primero de la Ley 99 de 1993. En virtud de estos, en primer lugar, el desarrollo económico y social del país debe orientarse según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de 1992 (numeral 1º) y, en segundo lugar, el manejo ambiental del país debe ser descentralizado, democrático y participativo (numeral 12)⁵⁴. Dentro de los principios contenidos en la Declaración de Río a los que se hace referencia el artículo está el Principio 10, que prevé lo siguiente:

“**Principio 10.** El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos” (subrayado fuera del texto).

⁵³ Sentencia T-294 de 2014.

⁵⁴ Artículo 1º.- *Principios Generales Ambientales.* La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
(...)

12. El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo.

Al haber sido introducido al ordenamiento por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, el Principio 10 es, además, vinculante en Colombia, y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en repetidas ocasiones⁵⁵.

Ahora bien, la Declaración de Río no es el único instrumento internacional ratificado por Colombia que contiene disposiciones referentes a la participación en temas ambientales. El Convenio de Diversidad Biológica (Ley 165 de 1994), trae tres principios que por su estrecha relación con el derecho a la participación en materia ambiental vale la pena resaltar. Así, el Principio 1º establece que “la elección de los objetivos de la gestión de los recursos de tierras, hídricos y vivos debe quedar en manos de la sociedad”, el Principio 2º señala que “la gestión debe estar descentralizada al nivel apropiado más bajo” y el Principio 12 determina que “en el enfoque por ecosistemas deben intervenir todos los sectores de la sociedad y las disciplinas científicas pertinentes”.

En esa medida, es claro que existe un mandato previsto en la constitución, en la ley y en diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia que exige que en la toma de decisiones ambientales se garantice la participación de los ciudadanos. Incluso, existen otros instrumentos que también desarrollan este mandato y, si bien no son vinculantes dentro del ordenamiento jurídico, han sido reiteradamente citados y tenidos en cuenta en la decisiones de la Corte Constitucional. Como ejemplo está la Convención de Aarhus de 1998 de la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas. Este es un referente necesario en esta materia ya que se trata de la primera convención vinculante sobre el tema de participación ambiental. La Convención reconoce que “en la esfera del medio ambiente, un mejor acceso a la información y una mayor participación del público en la toma de decisiones permiten tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente (...) y, así mismo reconoce “el importante papel que los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado pueden desempeñar en la protección del medio ambiente”. Respecto de la significancia de dichos instrumentos internacional no vinculantes, la Corte recientemente se manifestó diciendo lo siguiente:

“Si bien tales estándares están recogidos en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que carecen de fuerza obligatoria en el derecho interno, con fundamento en lo previsto en el artículo 94 CP es posible entender que aquellos suministran razones para la acción dotadas de autoridad, en el sentido de ofrecer pautas interpretativas que orientan la definición del sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, estas sí plenamente vinculantes, que reconocen el derecho a la participación ciudadana en asuntos ambientales, como los artículos 40 y 79 superiores” (Sentencia T-294 de 2014).

Como puede apreciarse, tanto en Colombia como en el ordenamiento internacional está claramente previsto el derecho a la participación ciudadana en asuntos susceptibles de afectar el medio ambiente. La participación en la toma de decisiones relacionadas con la afectación del medio ambiente es, entonces, tanto una previsión constitucional, como, valga la redundancia, un principio de rango legal que debe orientar la interpretación que se haga de todas aquellas otras disposiciones de su mismo nivel o inferior. En esa medida, es claro que al obviar una instancia de participación para las comunidades que se pueden llegar a ver afectadas con un proyecto que requiere una licencia ambiental se está desconociendo esta obligación.

Ahora bien, la Corte puede llegar a considerar que, aunque no se menciona en la disposición acusada, en la legislación nacional existe una instancia para garantizar la participación de la comunidad en este tipo de procedimientos. Esta es la “audiencia pública sobre decisiones ambientales en trámite” prevista en el artículo 72 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Decreto 330 de 2007. Sin embargo, como se argumentará en la siguiente sección, dichas audiencias no garantizan una participación real de la comunidad en los términos desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional. En esa medida, entendiendo que las audiencias de la Ley 99 de 1993 no suplen el vacío de participación existente en el artículo 179 de la Ley 1753 de 2015, coincidimos con el análisis hecho en la demanda de la existencia de una omisión legislativa relativa. Ahora, aunque no analizaremos los elementos necesarios para que

⁵⁵ Al respecto véase, entre otras, las sentencias C-293 de 2002 y C-123 de 2014.

esta se configure, procederemos a explicar por qué consideramos que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no existe una instancia que garantice la participación real de la comunidad dentro del proceso de licenciamiento ambiental, haciendo necesaria la intervención de la Corte para que mediante una sentencia integradora supla el vacío generado por el legislador

3.3. Las audiencias públicas previstas en el artículo 72 de la Ley 99 de 1993 no garantizan una participación activa y eficaz, y por ende no pueden ser consideradas como una instancia de participación de la comunidad dentro del procedimiento de licenciamiento ambiental.

Como se mencionó, al igual que los demandantes, reconocemos que para este tipo de trámites ambientales hay una instancia de participación prevista en el artículo 72 de la Ley 99 de 1993 denominada “Audiencias públicas sobre decisiones ambientales en trámite”, que daría a pensar que no es necesario garantizar la participación en el procedimiento nuevo. Sin embargo consideramos que dicha instancia no garantiza el derecho a la participación plenamente ya que restringe dichas audiencias, que además son potestativas, a un mero trámite de información y socialización del proyecto. En esa medida, dichas audiencias no garantizan una participación efectiva, y por ende, **no suplen el vacío existente en la disposición acusada.**

La Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente el derecho a la participación en temas ambientales y ha reiterado en diversas ocasiones que no cualquier tipo de participación de las comunidades es válida. Mediante el desarrollo jurisprudencial, la Corte ha ido definiendo los componentes necesarios para que el derecho a la participación se vea plenamente garantizado.

Así, en un fallo reciente⁵⁶ este Tribunal reconoció la aplicación del concepto de justicia ambiental, definido por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos como “*el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales*”, dentro del ordenamiento jurídico colombiano⁵⁷.

Para desarrollar lo anterior, en esa misma providencia, la Corte definió los elementos que componen la esfera participativa de la justicia ambiental. Al respecto dijo:

“la justicia ambiental incorpora una demanda de justicia participativa, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.”

Con base en esta definición de la justicia participativa y en otros pronunciamientos jurisprudenciales en donde se ha abordado el tema de la participación en temas ambientales (entre ellos, las sentencias T-294 de 2014, C-535 de 1993, T-348 de 2012) hemos hecho un ejercicio de integración jurisprudencial para definir cuáles son los componentes necesarios para que el derecho a la participación en materia ambiental se garantice en debida forma. De manera que si bien la Corte no ha definido de forma unificada estos componentes, una lectura integral del amplio desarrollo jurisprudencial sobre este derecho, nos permite concluir que para que la participación en temas

⁵⁶ Sentencia T-294 de 2014

⁵⁷ Al respecto, la Corte determinó que “*el componente de justicia participativa viene asegurado, de manera general, por el artículo 2º Superior, que consagra, entre los fines esenciales del Estado, el “de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, así como por el derecho fundamental a la participación recogido en el artículo 40 de la Carta Política. Pero además, el constituyente consagró de manera específica el derecho de todas las personas a participar en las decisiones que puedan afectar el disfrute de un ambiente sano (art. 79 CP) y, para el caso específico de los grupos étnicos, a través del mecanismo de la consulta previa (art. 330 CP).*”

ambientales sea real debe ser: previa⁵⁸, representativa⁵⁹, informada⁶⁰, activa⁶¹ y eficaz. De acuerdo con el análisis integral de la jurisprudencia realizado, es evidente que para garantizar realmente el goce efectivo de este derecho, la participación debe cumplir con *todos* los componentes ya que si bien todos son necesarios ninguno es suficiente.

Respecto de las audiencias previstas en la Ley 99 de 1993 y reglamentadas mediante el Decreto 330 de 2007, es manifiesto que no se cumple con el requisito de que la participación sea eficaz. La razón de esta afirmación es que el decreto reglamentario establece que “la audiencia pública [para decisiones en trámites ambientales] no es una instancia de debate, ni de discusión”. Es claro entonces que si bien dichas audiencias pueden llegar a ser una instancia en donde se oyen inquietudes del público, se expone el alcance del proyecto y las medidas propuestas para contrarrestar los impactos ambientales, no son una instancia verdadera de participación pues de ellas no se deriva un efecto tangible y significativo.

En diferentes ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre el requisito de que la participación en materia ambiental sea eficaz. Por ejemplo, ha reiterado que las intervenciones de quienes participan deben “tener una influencia apreciable en la toma de la decisión”⁶². Siguiendo esa línea de razonamiento, en un pronunciamiento reciente, la Corte determinó que⁶³:

*“las poblaciones que no son titulares del derecho a la consulta previa, en todo caso tienen un derecho fundamental a la participación **efectiva y significativa** en las decisiones relacionadas con la ejecución de proyectos susceptibles de causar impactos ambientales y de alterar de manera significativa sus condiciones de vida. Se trata de un derecho consagrado de manera específica en el artículo 79 de la Carta, al que se ha reconocido carácter fundamental y, por tanto, es exigible a través de la acción de tutela.*

*Uno de los contenidos que la jurisprudencia constitucional ha adscrito a esta disposición constitucional, es el derecho de la población local impactada por la ejecución de este tipo de proyectos a **disponer de espacios de participación y concertación, y no de mera socialización, en el momento de la evaluación de los impactos y del diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación, de modo tal que en ellos se incorpore el conocimiento local y la voz de los afectados**”.*

En esa medida, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, un espacio de participación en donde la opinión de los participantes, que son quienes se ven afectados por la decisión, no tienen incidencia alguna sobre la misma, no son verdaderos espacios de participación a la luz de las disposiciones y la jurisprudencia constitucional. Por

⁵⁸ La Corte Constitucional ha dicho que es la mejor forma de armonizar la obligación estatal de prevenir el deterioro ambiental y garantizar la participación de la comunidad es a través de una participación previa a la toma de la decisión. Así, en la sentencia T-348 de 2012 la Corte señaló que este requisito de temporalidad es el que garantiza la función instrumental de la participación: “la participación tiene una función instrumental en el marco de las decisiones ambientales, ya que sirve al propósito de realizar diagnósticos de impacto comprensivos. En efecto, cuando se van a realizar proyectos que afectan el ambiente, es necesario realizar estudios de impacto, los cuales sirven para verificar cuáles serán las posibles afectaciones que se producirán, y en esa medida, establecer las medidas de compensación y de corrección más adecuadas.”

En esa medida, de no contar con una participación previa a la toma de la decisión, será imposible tener claro cuáles serán los efectos de dicha decisión y como se podrán compensar y corregir teniendo en cuenta el conocimiento que tienen los ciudadanos de su territorio y los usos que quieren darle al mismo.

⁵⁹ A través del amplio desarrollo jurisprudencial la Corte ha sido clara en que En los espacios de participación que se constituyan para la toma de decisiones ambientales debe haber una representación real de todos los sectores que se puedan llegar a ver afectados. Así, en la sentencia T-135 de 2013 este tribunal estableció lo siguiente:

Deben analizarse cuáles son las comunidades que se verán afectadas, y por ende, a quienes debe garantizarse los espacios de participación y de concertación oportunos para la ejecución de determinada decisión. Se recuerda entonces que, cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según qué personas vayan a verse afectadas;

⁶⁰ En el desarrollo jurisprudencial de la Corte es claro que para poder participar en las decisiones que los puedan afectar los ciudadanos deben tener acceso a la información relacionada con la decisión. En palabras de la Corte: “En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna” (sentencia C-891 de 2002).

⁶¹ La Corte Constitucional ha sido clara en establecer que la participación en temas ambientales no debe limitarse a un mero “trámite de información y socialización” de proyectos y decisiones, sino que los ciudadanos deben contar con espacio en donde puedan expresar sus opiniones, inquietudes, reclamos y que los mismos sean tenidos en cuenta de forma efectiva y real. Así, por ejemplo, en la sentencia T-348 de 2012 se determinó que *la participación de una comunidad específica no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto, sino que éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación*” (subrayado es nuestro). En ese sentido, para que la participación sea activa la comunidad debe tener las herramientas para participar vivamente y no como meros espectadores pasivos dentro de un procedimiento meramente informativo.

⁶² Sentencia C-123 de 2014.

⁶³ Sentencia T-294 de 2014.

consiguiente, una audiencia como la del artículo 72 de la Ley 99 de 1993 que “no es un espacio de discusión ni debate” no puede ser considerada como un mecanismo de participación eficaz.

Ahora bien, también debe tenerse en cuenta que como están previstas en la ley y en el decreto estas audiencias pueden ser solicitadas una vez se inicia el trámite de licencia ambiental pero no son obligatorias sino potestativas. Según establece el artículo 61 del Decreto 330 de 2007, la autoridad competente puede negar la solicitud para que se realice la audiencia si considera que la misma no es pertinente.⁶⁴ En esa medida, puede haber casos en los que se otorgue una licencia sin que se realice dicha audiencia. Asimismo, es necesario tener en cuenta los requisitos exigidos para la solicitud de la audiencia. Tanto el artículo 72 de la Ley 99 de 1993 como el decreto reglamentario establecen que si son los ciudadanos los que piden que se realice, la solicitud debe ir acompañada de 100 firmas. Este es un requisito engorroso que puede llegar a obstaculizar el goce efectivo del derecho a la participación de la comunidad en temas ambientales.

En efecto, estudios muestran que la realización de estas audiencias dentro del proceso de licenciamiento ambiental es poco común. De acuerdo con información presentada por la Profesora Gloria Amparo Rodríguez, entre 2010 y 2014 se otorgaron 638 licencias ambientales y únicamente se realizaron 24 audiencias públicas ambientales⁶⁵. Igualmente, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) reconoció esta realidad en las Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Colombia 2014⁶⁶ realizadas en el marco del proceso de incorporación del país a esta organización, al determinar lo siguiente:

“El nivel de participación del público en los procesos de las EIA [evaluaciones de impacto ambiental] es muy bajo: se estancó entre el 10% y el 15% durante largo tiempo, desde mediados de la década de 1990. Si bien asegurar la participación del público es tarea de quien propone el proyecto, las autoridades ambientales han sido muy permisivas con el cumplimiento de este requisito” (pág. 64).

Por lo anterior, una de las recomendaciones hechas al país fue: “Promover la participación pública en el proceso de las evaluaciones de impacto ambiental; considerar formas de participación para ciudadanos de países vecinos en las evaluaciones de impacto de los proyectos colombianos que los afecten” (Pág. 45).

Es claro entonces que si bien las audiencias del artículo 72 de la Ley 99 de 1993 existen como instancia de participación en el proceso de licenciamiento ambiental, no garantizan una participación real y efectiva, ni son comúnmente utilizadas. En esa medida, no sería válido desestimar los cargos propuestos en la demanda y en esta sección frente al artículo 179 de la Ley 1753 de 2015 por el hecho de que exista dicha instancia. Por eso, a la luz de estas recomendaciones, de la realidad fáctica del país y de los mandatos constitucionales y legales que exigen que el legislador garantice la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente, consideramos necesario que la Corte emita una sentencia integradora en donde establezca que en el procedimiento de licenciamiento ambiental se debe garantizar la participación previa, representativa, informada, activa y efectiva de las comunidades que se ven afectadas por la decisión. Garantizar esta participación no solo va a lograr que la protección del medio ambiente se haga de la forma más completa posible, teniendo en cuenta la información que desde sus conocimientos especiales aportan los diferentes actores relevantes, sino que ayudará a disminuir la conflictividad social que se genera cuando las comunidades sienten que no son debidamente escuchadas ni tenidas en cuenta para el desarrollo de proyectos que las afectan.

4. El artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 establece una medida que es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas de abandono forzado y despojo de tierras, y vulnera la cláusula de reserva legal

⁶⁴ Decreto 330 de 2007, Artículo 6.

⁶⁵ Información presentada el 22 de septiembre de 2015 en el Foro: Acceso a la Democracia Ambiental en Colombia. Proceso de negociación de un instrumento regional que implemente el Principio 10 de la Declaración de Río en América Latina y el Caribe; realizado en la Universidad del Rosario, Bogotá D.C.

⁶⁶ OECD/ECLAC (2014), OECD Environmental Performance Reviews: Colombia 2014, OECD Publishing.

El artículo 50 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 establece una limitación al derecho a la restitución de tierras. Esta norma dispone que “[l]a **inclusión del predio en los PINE se entenderá en los términos del artículo 72° de la Ley 1448 de 2011 como una imposibilidad jurídica para la restitución** que impondrá al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas la obligación de compensar a las víctimas con un predio de similares condiciones, en el orden y lineamientos establecidos en el artículo 98° de la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios. (...)” (Subrayas fuera del texto)

En nuestro concepto, ese artículo es inconstitucional por al menos dos razones. Primero, porque la restricción al derecho a la restitución de tierras que esa norma consagra es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas de abandono forzado y despojo de tierras. Y segundo, pues no cumple con la obligación de reserva legal que sobre la materia tiene el Congreso de la República.

Con el fin de argumentar nuestra posición, en primer lugar, desarrollaremos los elementos centrales sobre el contenido y alcance del derecho a la restitución; en segundo lugar, daremos aplicación al test de proporcionalidad; y, en tercer lugar, expondremos por qué la disposición demandada no cumple con los requisitos establecidos en materia de reserva legal.

(i) *Contenido y alcance del derecho a la restitución*

De acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁶⁷, la normatividad nacional⁶⁸ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁹, el derecho a obtener una reparación integral implica el deber de adoptar distintas medidas orientadas a la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas. Tales medidas incluyen, como componente básico, la restitución de las tierras usurpadas o despojadas, el cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional colombiana como un derecho fundamental de la población víctima de despojo y abandono forzado⁷⁰.

Ahora bien, una de las características de este derecho de tipo fundamental es su carácter *preferente*. Tanto los principios de la Ley 1448 de 2011⁷¹, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷² y los estándares internacionales establecidos en materia de restitución de tierras de población desplazada⁷³, indican que la restitución es la medida que por excelencia satisface el derecho a la reparación de las víctimas de abandono forzado y despojo de predios. Esta característica encuentra su justificación en al menos dos razones. La primera de ellas es la intención de la reparación restitutiva⁷⁴, que implica volver las cosas al estado anterior de los hechos victimizantes⁷⁵. Por lo tanto, en primera instancia, los esfuerzos del Estado deben estar encaminados siempre a devolver las tierras que originalmente fueron despojadas a las víctimas o de las cuales se vieron avocadas a abandonar forzosamente.

La segunda razón de la prevalencia de la restitución, es la reversión del despojo y la concentración de tierras. Los fenómenos de desplazamiento forzado y despojo en muchas ocasiones tuvieron origen en la intención consciente de actores armados y no armados de

⁶⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; ONU. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Aprobado el 17 de julio de 1998, artículo 75 (Ratificado por Colombia mediante la Ley 472 de 2002); Artículo 1.1 de La Convención Americana de Derechos Humanos; ONU, Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Doc. Res/60/147 del 16 de diciembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria*, Sentencia del 27 de agosto de 1998, párr. 48; Corte IDH. *Caso Blake*, Sentencia del 22 de enero de 1999, párr. 31; Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 221; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 226.

⁶⁸ Ley 975 de 2005, Ley 1424 de 2010, Ley 1448 de 2011 y Decreto 1592 de 2012.

⁶⁹ Corte Constitucional: Sentencias C – 1199 de 2008, T – 450 de 2010, SU – 254 de 2013 y C – 912 de 2013.

⁷⁰ Corte Constitucional: Sentencias T – 821 de 2007, T – 085 de 2009, T – 076 de 2011, T – 159 de 2011, C – 715 de 2012, C – 099 de 2013, SU – 254 de 2013 y C – 795 de 2014.

⁷¹ Numeral 1 del artículo 73 de la Ley 1448 de 2011.

⁷² Corte Constitucional: Sentencias T – 085 de 2009, C – 715 de 2012, C – 820 de 2012, SU – 254 de 2013 y C – 912 de 2013

⁷³ Principios sobre la Restitución del Patrimonio a la Vivienda de los Desplazados y Refugiados o Principios Pinheiro y Principios rectores de los desplazamientos internos o Principios Deng.

⁷⁴ En Colombia se ha hecho una apuesta por la reparación transformadora, que trasciende este concepto e implica no solo volver las cosas al estado anterior de los hechos victimizantes, sino transformar las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraban las víctimas y que facilitaron su victimización. No obstante, esto no implica que la compensación pueda ser una medida preferente; todo lo contrario, la reparación transformadora implica la adopción de medidas que transformen las condiciones de vida del restituido en el predio del cual fue despojado.

⁷⁵ Corte Constitucional: Sentencias C – 755 de 2003 y T – 450 de 2010.

hacerse a las tierras de la población desplazada⁷⁶. Luego, la restitución es la única medida que garantiza el reasentamiento de las comunidades y personas en sus territorios y, por lo tanto, es la única medida que garantiza que no haya una legitimación del desplazamiento y despojo.

El carácter preferente implica, además, que otras opciones alternativas, como es el caso de la *compensación*, sean absolutamente excepcionales y subsidiarias⁷⁷, y que operen en los casos en los cuales la restitución material es imposible⁷⁸. Esto encuentra justificación si se tiene en cuenta que el derecho a la restitución no es absoluto, que puede entrar en tensión con otros intereses constitucionalmente relevantes o que su aplicación a ultranza podría –en casos muy particulares– ser más lesivo para la víctima que busca ser reparada.

(ii) La declaratoria de imposibilidad jurídica de la restitución de tierras en predios en los que haya Proyectos de Interés Nacional Estratégico (PINE) es desproporcionada

La medida contenida en el artículo demandado afecta el goce de un derecho de carácter fundamental de la población en situación de desplazamiento forzado⁷⁹, la cual ha sido considerada como sujeto de especial protección constitucional⁸⁰. Por ello, cualquier test que revise la proporcionalidad de medidas que restrinjan el goce de los derechos de estas víctimas, debe ser estricto⁸¹. Esto significa que el test de proporcionalidad debe estudiar con especial atención, de una parte, si existe un fin legítimo, importante e imperioso; y, de otra parte, si el medio seleccionado para alcanzar ese fin es legítimo, adecuado, necesario y si los beneficios de adoptar esa medida exceden claramente los costos que de la misma deriva en el ejercicio de los derechos en cuestión. A continuación, analizaremos si la medida del artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 es proporcional frente a los derechos de las víctimas de abandono forzado y despojo, para lo cual aplicaremos el test estricto de proporcionalidad.

¿La finalidad que persigue el artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 es constitucionalmente legítima, importante e imperiosa?

En relación con el primer elemento del test, relativo a la finalidad de la medida, tenemos que los PINE buscan contribuir al crecimiento económico y social, por lo que el artículo 49 de la Ley 1753 de 2015 declara que estos proyectos constituyen motivo de utilidad pública y social⁸². Estas medidas encuentran respaldo constitucional en los artículos 2 y 334, los cuales establecen como fines del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y garantizar la intervención del Estado en la economía con el fin de alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho, respectivamente. Aun cuando este fin es importante, la Corte Constitucional ha reconocido que este objetivo no es absoluto y, por lo tanto, admite restricciones, por lo que debe armonizarse con otros bienes y valores constitucionalmente relevantes⁸³. Esto significa, entonces, que el desarrollo económico y social del país es un fin constitucionalmente legítimo e importante, pero no necesariamente imperioso, dado que admite ciertas limitaciones.

¿La declaratoria de imposibilidad jurídica de la restitución de tierras en predios en los que haya PINE es una medida adecuada?

El segundo elemento hace referencia a la **adecuación** de la medida para alcanzar la finalidad propuesta. En principio, uno podría pensar que la medida dispuesta en el

⁷⁶ “Sin duda, evidencia la Corte que el principal reto de la política de tierras sigue relacionado con el conflicto armado y con los intereses económicos de distintos agentes sobre la tierra y los territorios, factores que han sido reconocidos como la principal causa de graves, sistemáticos y continuos delitos en contra de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, como el desplazamiento forzado y el confinamiento, así como de asesinatos, amenazas, entre otras graves violaciones de Derechos Humanos contra las víctimas del despojo, usurpación y abandono forzado de tierras (...)” – Corte Constitucional: Sentencia C – 715 de 2012.

⁷⁷ Artículo 73 de la Ley 1448 de 2011.

⁷⁸ Ibid: “(...) en aquellos casos en que la restitución material del bien sea imposible por alguna de las siguientes razones (...)”

⁷⁹ La Corte Constitucional ha reconocido que las víctimas de este flagelo se encuentran en estado de indefensión y en una situación de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta, al evidenciar la gravedad y el carácter estructural de este fenómeno, la naturaleza masiva, sistemática y continua de este delito, y la dimensión del daño antijurídico que causa. Ver al respecto Sentencia T – 702 de 2012

⁸⁰ Corte Constitucional: Sentencias T –167 de 2011 y T – 202 de 2012.

⁸¹ Corte Constitucional: Sentencias C-673 de 2001, C-015 de 2014 y C-239 de 2014

⁸² Sobre este punto, remitirse al aparte anterior acerca de la reserva legal.

⁸³ En variada jurisprudencia la Corte Constitucional ha impuesto restricciones al crecimiento económico en aras de proteger otros fines constitucionalmente importantes, tales como el ambiente (C-339 de 2002, C-189 de 2006 y C-123 de 2014), la inversión extranjera (C-320 de 2006), el interés social y el patrimonio cultural de la Nación (C-263 de 2013), entre otros.

artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 es adecuada para la consecución del objetivo planteado. Esto porque, aparentemente, la consideración de la inclusión de un predio en los PINE como imposibilidad jurídica para la restitución que, por tanto, haría procedente la compensación a favor de la víctima, permitiría destinar el predio en cuestión a tales proyectos y así se dirigiría a garantizar la utilidad pública e interés social.

No obstante, no existe certeza de la adecuación de la medida demandada, por al menos dos razones. Primero, ya que la ley no define con claridad qué proyectos se consideran PINE ni los criterios que deberá tener en cuenta la Comisión Intersectorial de Infraestructura y Proyectos Estratégicos (CIPE) para seleccionar dichos proyectos. Y segundo, porque en razón a que se desconoce cuál es la relación entre los predios solicitados en restitución y las zonas donde se implementarán los PINES, no se puede establecer con claridad si la disposición demandada va a contribuir efectivamente al desarrollo de la economía. Esta falta de certeza de la adecuación de la medida bastaría para que la Corte Constitucional declare la inexecutable del artículo 50 de la Ley 1753 de 2015, pues estamos aplicando un test estricto de proporcionalidad, en el que no es necesario que se reúnan todos los elementos para considerar una medida inconstitucional. Sin embargo, continuaremos aplicando el test para otorgar mayores razones a la Corte de la inconstitucionalidad de la norma acusada.

¿La declaratoria de imposibilidad jurídica de la restitución de tierras en predios en los que haya PINE es una medida necesaria?

El tercer elemento es el relativo a la **necesidad de la medida**, esto es, si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto, aspecto que normalmente se determina examinando la inexistencia de otras medidas **menos lesivas**, pero igualmente conducentes al propósito esperado.

En este paso del test la pregunta es: ¿la declaración de la imposibilidad jurídica de la restitución en predios donde se desarrollarán PINE es una medida **necesaria y la menos lesiva**, en aras de generar el crecimiento económico?

Como fue señalado en el anterior paso, debido a la inexistencia de criterios para determinar qué proyectos son de interés nacional y estratégico, su ubicación, su impacto en la región, y su efectividad en el alcance de los fines propuestos, entre otros elementos, resulta imposible afirmar en abstracto que la norma objeto de escrutinio es absolutamente necesaria o la menos lesiva, siendo únicamente posible la evaluación a partir del estudio de los casos concretos. En este sentido, establecer con claridad la definición, caracterización y criterios de selección de estos proyectos es requisito previo esencial a fin de determinar si la medida supera este paso del test.

Nuevamente, la medida no cumple otro de los requisitos de la proporcionalidad: la necesidad. Así, nuestro análisis demuestra que la norma demandada es inconstitucional. No obstante, en seguida finalizaremos el test de proporcionalidad para mostrar que la medida tampoco es proporcional en sentido estricto.

¿La declaratoria de imposibilidad jurídica de la restitución de tierras en predios en los que haya PINE es una medida proporcional en estricto sentido frente a los derechos de las víctimas de abandono forzado y despojo de tierras?

Por último, debemos analizar si esta medida resulta **proporcionada en sentido estricto**. Ello requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría. En relación con este punto, surge una primera dificultad al tratar de apreciar esa relación, pues al haberse constatado la alta indeterminación de los beneficios que esta medida puede generar, al menos frente al objetivo de contribuir al crecimiento económico, queda entonces en un plano puramente especulativo evaluar la relación **costo - beneficio** que al respecto pudiera plantearse y, a partir de allí, deducir si se está quebrantando el principio de proporcionalidad.

No obstante, aun cuando es considerablemente difícil examinar en sentido estricto los beneficios que podría reportar la medida objeto de examen, es posible determinar los costos que esta impone frente a la garantía del derecho a la restitución, los cuales pasaremos a exponer.

Al mismo tiempo que el artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 consagra una limitación al derecho a la restitución de tierras, establece que en estos supuestos procede la compensación a las víctimas con un predio de similares condiciones. Por eso, a primera vista, la restricción establecida en el artículo 50 podría considerarse como una medida admisible por cuanto, tanto instrumentos internacionales como el ordenamiento nacional, admiten la procedencia de la compensación de forma subsidiaria y excepcional respecto a la restitución. Sin embargo, como mostraremos en seguida, la norma no supera el test de proporcionalidad estricto respecto a la restricción que estipula y a la procedencia de la compensación como primera opción de reparación.

Para finalizar el test, debemos examinar si la disposición acusada es proporcional en estricto sentido. Esto exige demostrar que los beneficios de adoptarla excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales⁸⁴. En este sentido, el juicio de proporcionalidad implica que si se va a imponer una restricción, ésta debe ser lo más benigna posible y no debe afectar excesivamente el derecho⁸⁵. Ello implica, además, que la afectación al derecho establecida en la regulación mencionada no debe reducir los estándares internacionales y del ordenamiento interno para aceptar y validar derechos de terceros sobre los predios que se pretenden restituir.

Lo anterior cobra especial relevancia cuando se tiene en cuenta que la explotación de las zonas declaradas como PINE no están a cargo solamente del Estado, sino también de empresas mixtas y de particulares. Además, en el caso concreto, la declaratoria de la imposibilidad jurídica de la restitución y la consecuente compensación operan de plano, lo cual tiene serias repercusiones en la garantía del derecho a la restitución de las víctimas de abandono forzado y despojo de tierras. Esto por cuanto la declaratoria de imposibilidad jurídica de la restitución de plano, exime a los eventuales explotadores de la zona PINE de al menos las siguientes obligaciones establecidas en la Ley 1448 de 2011, en relación con en el proceso de restitución:

- a) *La demostración de la buena fe exenta de culpa*: En general, quienes se oponen a un proceso de restitución de tierras están obligados a demostrar que ejercieron todas las acciones positivas para tener el convencimiento de que los predios sobre los cuales ejercen derechos no hubieran sido adquiridos de manera fraudulenta. La declaratoria de un PINE implicaría la posibilidad de que una empresa no cumpla con este estándar probatorio y aun así pueda participar en la explotación del predio objeto de restitución.
- b) *La demostración de su no participación en los hechos que produjeron el desplazamiento o despojo*: Los explotadores actuales de los predios objeto de restitución están en la obligación de demostrar en el desarrollo del proceso judicial que no estuvieron involucrados de manera directa o indirecta en los hechos victimizantes que ocasionaron el despojo o abandono forzado. No obstante, la declaratoria de imposibilidad jurídica de plano por encontrarse en una zona PINE los relevaría de esta carga probatoria.
- c) *La demostración de un mejor derecho sobre el predio*: La declaratoria de imposibilidad jurídica releva de la carga de argumentar durante el proceso, por qué efectivamente la restitución debe ceder ante el interés constitucional del crecimiento económico. La declaratoria de PINE no es suficiente al tratarse de una categoría demasiado abierta y vacía de contenido, lo que implica entonces una obligación de los explotadores de argumentar satisfactoriamente por qué la declaratoria de un PINE sobre ese predio en particular es absolutamente necesaria para lograr el fin constitucional del crecimiento económico.
- d) *La aceptación de las víctimas de la compensación*: La Corte Constitucional en sentencias C- 820 de 2012 y C-715 de 2012 ha evaluado la tensión entre la restitución y la ejecución de proyectos agroindustriales como parte del crecimiento económico. En ambos fallos, esta Corporación ha indicado que la

⁸⁴ Corte Constitucional: Sentencias T – 630 de 1997 y C – 673 de 2001.

⁸⁵ La Rota, Miguel. Lalinde, Sebastián y Uprimny, Rodrigo. Derechos de las víctimas en el proceso penal. Dejusticia (2012). Ver también: Uprimny, Inés Margarita. Uprimny, Rodrigo y Parra, Oscar. Módulo de autoformación en DIH y DDHH. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

afectación al derecho a la restitución requiere la aceptación de la continuación de los proyectos por parte del reclamante, incluso cuando los recursos de la explotación del proyecto vayan a ser destinados a una política pública como la de la reparación colectiva, que beneficia a un grupo poblacional considerable.

Adicionalmente, es importante reiterar que el carácter prevalente del derecho a la restitución se relaciona estrechamente con la protección reforzada del derecho a la propiedad de la población desplazada, sujeto de especial protección, por cuanto de este derecho se desprende la garantía de otros derechos constitucionalmente importantes, tales como el mínimo vital, el acceso a la vivienda digna⁸⁶, el trabajo, entre otros. En consecuencia, garantizar la restitución protegiendo las relaciones jurídicas con los bienes de la población desplazada, implica también la garantía de otros derechos adicionales constitucionalmente protegidos. Esta interdependencia y reciprocidad de derechos es otra de las razones que justifica la especial protección que se le ha dado a esta medida de reparación de las víctimas despojadas o desplazadas.

En ese sentido, la restricción establecida en el artículo 50 no sólo limita un componente central del derecho a la restitución, a saber su prevalencia, sino que además desconoce el deber del Estado de brindar una especial y preferencial protección a las víctimas de abandono forzado y despojo de tierras. Esto implica que el Estado debe realizar acciones afirmativas que propendan por materializar el goce efectivo de los derechos fundamentales de este grupo poblacional.⁸⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, la medida de declarar la imposibilidad jurídica de plano es desproporcionada, por cuanto (i) ignora la categoría de derecho fundamental de restitución, dejando a un lado su carácter de mecanismo prevalente y preferente; ii) representa un retroceso en la garantía de este derecho, por cuanto reduce significativamente los estándares de protección de los intereses de las víctimas en el proceso, quienes son sujeto de especial protección, y las obligaciones establecidas en la Ley 1448 de 2011 que buscan impedir que particulares se aprovechen del contexto de violencia para obtener beneficios económicos de los predios despojados o abandonados forzosamente; y (iii) sacrifica el derecho de las víctimas a recibir el predio despojado o abandonado, sin que esté debidamente probada la consecución de un beneficio que justifique tal decisión, lo cual es absolutamente contrario a la obligación de interpretar estas limitaciones “(...) de forma restrictiva y estrictamente ceñidas a las justas exigencias de una sociedad democrática.”⁸⁸ En conclusión, el daño que consagra esta medida es evidentemente desproporcionado frente al beneficio que se pretende obtener.

Por las razones expuestas, consideramos que el artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 no supera un test estricto de proporcionalidad, por lo que es inconstitucional y debe ser declarado inexecutable.

(iii) La declaratoria de imposibilidad jurídica de la restitución de tierras en predios en los que haya Proyectos de Interés Nacional Estratégico (PINE) vulnera la reserva de ley que sobre la materia tiene el Congreso de la República.

El artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 debe declararse inexecutable por cuanto, además, no formula los criterios básicos que determinan la procedencia de la limitación del derecho a la restitución de tierras sobre predios que sean destinados para la ejecución de los PINE. Esto constituye una violación al principio constitucional de reserva legal y de ahí deriva la inconstitucionalidad de la norma.

Con el propósito de sustentar nuestra posición, y teniendo en cuenta que previamente se presentaron los elementos centrales sobre el alcance de la reserva legal, a continuación: primero, reiteraremos la doctrina constitucional vigente sobre la regulación de la reserva legal en materia de derechos fundamentales; segundo, identificaremos los elementos centrales de la obligación de regulación específica; y tercero, aplicaremos los criterios de suficiencia en la regulación legal, al artículo 50 de la Ley 1753 de 2015, para demostrar

⁸⁶ Corte Constitucional: Sentencia C – 076 de 2011.

⁸⁷ El criterio jurisprudencial citado ha sido reiterado en las siguientes sentencias T – 025 de 2004, T – 136 de 2007, T – 156 de 2008, T – 358 del 2008, T – 501 de 2009, T – 579 de 2012, T – 702 de 2012, T – 239 de 2013, entre otras.

⁸⁸ Ibid.

que esa norma no cumple con los requisitos para el establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho a la restitución que recae sobre los predios destinados a los PINE.

La reserva legal en materia de derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte ha señalado que, en virtud de su potestad legislativa, es el Congreso el foro idóneo y facultado por la Constitución para expedir las normas restrictivas de las libertades y derechos ciudadanos, con base en razones de orden público e interés general.⁸⁹

La reserva de ley en esta materia cuenta con un amplio sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, que es constitucionalmente relevante por virtud del mandato del artículo 93 de la Constitución Política. Al respecto, el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que sólo serán permisibles aquellas restricciones establecidas “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general”.⁹⁰

En relación con este punto, el numeral 1º del artículo 152 de la Constitución Política establece una cláusula específica de reserva legal, de acuerdo con la cual corresponde al Legislador regular los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. En particular, la reserva legal tiene dos importantes consecuencias en la actividad legislativa: por una parte, implica que cualquier restricción a derechos fundamentales debe encontrarse consagrada en una ley; y, de otra parte, incluye el deber del legislador de regular de forma precisa y suficiente la respectiva materia.

El primer deber a cargo del legislador en virtud de la reserva ley, esto es, la obligación de consagrar en una ley cualquier limitación a derechos fundamentales, no conlleva al deber irrestricto de que tales limitaciones se estipulen en determinadas leyes especiales, como las leyes estatutarias. Así se desprende de la consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha fijado cinco reglas interpretativas para determinar cuáles son las regulaciones que requieren de este trámite especial:

- “i) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario.*
- ii) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material (...). En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe.*
- iii) Mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria.*
- iv) Las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada y,*
- v) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario”.*⁹¹

En el caso que nos ocupa, la disposición normativa demandada no corresponde a asuntos concernientes al núcleo esencial del derecho fundamental a la restitución, ni pretende ser una regulación integral en la materia, razón por la cual consideramos que esta regulación se rige por el trámite legal ordinario. Ello no significa, sin embargo, que esta materia no tenga reserva legal y, por lo tanto, pueda ser reglamentada abiertamente por una entidad estatal diferente al Congreso de la República.

La obligación de regulación específica a cargo del Congreso de la República

La cláusula de reserva legal en materia de restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. Al primero,

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 593 de 2005.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Corte Constitucional: Sentencias C – 818 de 2011 y C – 902 de 2011.

impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y al segundo, evitando que se pronuncie sobre asuntos que, como se dijo, deben ser materia de ley⁹².

Lo anterior implica que el Legislador de ninguna manera puede despojarse de las funciones que la Constitución le ha atribuido para delegarlas en otra autoridad, so pretexto de su reglamentación. En consecuencia, en relación con derechos fundamentales existe, por un lado, una prohibición general de que se puedan establecer restricciones en fuentes diferentes a la ley; y, por el otro, una obligación de regular los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia en una norma de rango legal. En otras palabras, las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución⁹³.

El deber de regulación legal específica, que deriva de la reserva legal, puede constatarse su cumplimiento a partir del estudio de algunos criterios que para tal fin la Corte ha delimitado⁹⁴. Esos lineamientos son: primero, debe identificarse si se trata de una materia que hace parte de la cláusula general de competencia o si es un asunto que tiene reserva legal. Segundo, debe valorarse si la regulación está o no vinculada estrechamente con el ejercicio de derechos. Tercero, debe analizarse si la disposición examinada adopta o no las decisiones políticas fundamentales relativas a la materia regulada. Cuarto, debe estudiarse si la respectiva disposición deja o no al reglamento “en la posibilidad de erigirse en una fuente autónoma de deberes, obligaciones o limitaciones a la actuación de los asociados”⁹⁵. Y quinto, debe establecerse si la regulación analizada contiene los elementos mínimos de reglamentación, de acuerdo al asunto de que se trate.

Estos criterios los usamos para demostrar que el artículo 49 de la Ley 1753 de 2015 es inconstitucional, porque viola la reserva legal al no regular de forma específica los asuntos relacionados a la selección, ejecución y desarrollo de los PINE. Por la relevancia de estos lineamientos para constatar si en determinados casos el Congreso ha cumplido su deber de reserva legal, a continuación utilizamos nuevamente tales parámetros de análisis.

Evaluación de la obligación de reserva legal y regulación específica en el caso concreto

Como lo hemos señalado, el artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 impone una limitación al derecho a la restitución, pues establece que la inclusión de un predio en los PINE debe entenderse como una imposibilidad jurídica a la restitución, por lo que en esos casos procede la compensación por equivalente. Esa norma fija de tal manera una limitación al derecho a la restitución de tierras. De acuerdo a los estándares internacionales, la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional reseñada, este tipo de limitaciones tienen reserva legal, por cuanto se trata de restricciones a derechos fundamentales. Por este motivo, a continuación aplicaremos los criterios usados por la Corte Constitucional para verificar si determinada disposición cumple con el requisito de reserva legal.

En primer lugar, la limitación impuesta al derecho a la restitución de tierras, por parte del artículo 50 acusado, es objeto de reserva legal. Ello por cuanto se trata de una limitación a un derecho fundamental (la restitución de tierras). Además, se trata de una reserva legal con prohibición de delegación, por cuanto este asunto no se encuentra dentro de las materias respecto de las cuales el Congreso puede conceder al Gobierno Nacional facultades extraordinarias de reglamentación (numeral 18, artículo 150 de la Constitución Política).

En segundo lugar, la regulación está estrechamente relacionada con el ejercicio de derechos. En efecto, esa norma establece una limitación a la restitución de tierras, por cuanto estipula que la inclusión de un predio en los PINE se considerará como una imposibilidad jurídica para la restitución, en los términos del artículo 72 de la Ley 1448 de 2011, por lo que en esos eventos procede la compensación por equivalente.

En tercer lugar, la disposición examinada no contiene decisiones políticas y jurídicas fundamentales relativas a la materia regulada, esto es, de la protección de las víctimas de

⁹² Corte Constitucional: Sentencias C – 570 de 1997 y C – 507 de 2014.

⁹³ Corte Constitucional: Sentencias C – 710 de 2001, C – 1262 de 2005, C – 507 de 2014, y C – 810 de 2014.

⁹⁴ Corte Constitucional: Sentencias C – 1041 de 2007 y C – 644 de 2012.

⁹⁵ Corte Constitucional: Sentencias C – 228 de 2010 y C – 644 de 2012.

despojo o abandono forzado, de asegurar de manera preferente y prevalente su derecho a la restitución. Esto se presenta porque la norma traslada la competencia de definir los supuestos en los que procede la limitación a la restitución de tierras, a una entidad administrativa del orden central. De hecho, la CIIPE está facultada por el artículo 49 para seleccionar los PINE, a partir de un lineamiento general y vago, como es “el alto impacto en el crecimiento económico y social del país”.

En cuarto lugar, el artículo demandado no establece los contenidos mínimos para definir las circunstancias bajo las cuales resulta procedente la restricción al derecho de restitución, por al menos dos motivos. Primero, el artículo 50 simplemente estipula que la inclusión de un predio en los PINE constituye una imposibilidad jurídica para la restitución, que hace procedente la compensación por equivalente. En estos términos, la imposibilidad jurídica opera cuando se incluye un predio en los PINE. Pero, segundo, la Ley 1753 de 2015 no delimita de forma puntual y específica cuáles son los supuestos en los que un predio debe incluirse como PINE. El artículo 49 se limita a señalar que la CIIPE se encargará de seleccionar los proyectos que se considerarán como PINE, sin precisar los criterios que servirán de sustento a esa entidad administrativa para tomar tal decisión. El único elemento que la norma consagra es el “alto impacto en el crecimiento económico y social del país”, el cual es un parámetro muy amplio y vago.

Y en quinto lugar, por las razones expuestas, el artículo 50 no contiene los elementos mínimos de reglamentación de la restricción que consagra al derecho a la restitución. Tal es el grado de la vaguedad de la regulación que ni siquiera resulta claro cuáles son las circunstancias en las que opera la imposibilidad jurídica a la restitución de tierras, por la inclusión de un predio en los PINE.

En conclusión, el artículo 50 de la Ley 1753 de 2015 viola la reserva legal por falta de regulación específica de la limitación que esa norma estipula respecto del derecho a la restitución de tierras. En este caso, evidenciamos que el Legislador delegó injustificadamente a la administración la concreción de una restricción al derecho fundamental a la restitución, deslegalizando materias que imperativamente le corresponde definir y garantizar. Por ello, la Corte debe declarar inexecutable tal disposición.

5. Solicitudes.

Por los argumentos ampliamente expuestos en los apartes precedentes, solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional que declare: i) INEXEQUIBLE el artículo 192 de la Ley 1753 de 2015 por desconocer el precedente constitucional, violar el principio de subsidiariedad y la reserva legal y otorgar competencia al Ministerio de Minas y Energía que deberían estar en cabeza de otras entidades. ii) INEXEQUIBLE el parágrafo primero del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, en el aparte demandado, pues constituye un retroceso injustificado en la protección de los páramos; iii) INEXEQUIBLE el artículo 50 de la ley 1753 de 2015, debido a que la limitación al derecho a la restitución de tierras que preceptúa es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas de abandono forzado y despojo de tierras, y viola la reserva legal que en estos asuntos aplica; y, finalmente iv) solicitamos que se dicte una SENTENCIA INTEGRADORA que supla la omisión legislativa generada al no incluir una instancia de participación ciudadana en el proceso de licenciamiento ambiental.

Cordialmente,

César Rodríguez Garavito
Director de Dejusticia

Diana Rodríguez Franco
Investigadora de Dejusticia

Diana Isabel Güiza Gómez
Investigadora de Dejusticia

Aura Patricia Bolívar Jaime
Investigadora de Dejusticia

Beatriz Botero Arcila
Investigadora de Dejusticia

Laura Gabriela Gutiérrez Baquero
Investigadora de Dejusticia

Angy Paola Botero Giraldo
Investigadora de Dejusticia

Helena Durán Crane
Investigadora de Dejusticia

Mauricio Albarracín
Investigador de Dejusticia

Dirección de notificaciones: Carrera 24 No. 34-61 en la ciudad de Bogotá