II. EXPEDIENTE D-11172 - SENTENCIA C-389/16 (Julio 27)
M.P. María Victoria Calle Correa

1. Normas acusadas

LEY 685 DE 2001
(Agosto 15)

Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 16. VALIDEZ DE LA PROPUESTA. La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.

ARTÍCULO 53. LEYES DE CONTRATACIÓN ESTATAL. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.

ARTÍCULO 122. ZONAS MINERAS INDÍGENAS. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.

ARTÍCULO 124. DERECHO DE PRELACIÓN DE GRUPOS INDÍGENAS. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

ARTÍCULO 128. TÍTULOS DE TERCEROS. En caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo, a sus trabajos y obras y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia.

ARTÍCULO 270. PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 926 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La propuesta de contrato se presentará por el interesado directamente o por medio de su apoderado ante la autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la residencia del proponente, o por envío a través de correo certificado. En estos casos, si la primera propuesta concurriere con otra u otras posteriores sobre la misma zona, se tendrá como fecha de presentación la de su recibo por la autoridad competente o comisionada, o la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expida el recibo de envío.

También será admisible la presentación de la propuesta a través de medios electrónicos, cuando la autoridad minera disponga de los equipos y servicios requeridos para tal fin. Toda actuación o intervención del interesado o de terceros en los trámites mineros podrá hacerse directamente o por medio de abogado titulado con tarjeta profesional. Los documentos de orden técnico que se presenten con la propuesta o en el trámite subsiguiente, deberán estar refrendados por geólogo, ingeniero de minas o ingeniero geólogo matriculados, según el caso, de acuerdo con las disposiciones que regulan estas profesiones.

ARTÍCULO 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:

a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;
b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;
c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;
d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;
e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;
f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;
g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.

La propuesta deberá verterse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

ARTÍCULO 272. MANEJO AMBIENTAL. En la propuesta el interesado deberá hacer la manifestación expresa de su compromiso de realizar los trabajos de exploración técnica con estricta sujeción a las guías ambientales, que para esa actividad expida la autoridad competente, en un todo aplicadas a las condiciones y características específicas del área solicitada descrita en la propuesta. En caso de que la actividad de exploración requiera usar o aprovechar recursos naturales renovables, deberá obtener el permiso, la concesión o la autorización ambiental de la autoridad competente.

ARTÍCULO 273. OBJECIONES A LA PROPUESTA. La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por la autoridad minera, si no puede identificarse al proponente, no se puede localizar el área o trayecto pedido, no se ajusta a los términos de referencia o guías o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo 34 de este Código, cuando dicha área o trayecto estuvieren ubicados en los lugares o zonas mencionados en dicha disposición. El término para corregir o subsanar la propuesta será de hasta treinta (30) días y la autoridad minera contará con un plazo de treinta (30) días para resolver definitivamente.

Una vez corregida la propuesta, cuando fuere el caso, se procederá a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.

ARTÍCULO 274. RECHAZO DE LA PROPUESTA. La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente.

ARTÍCULO 275. COMUNICACIÓN DE LA PROPUESTA. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

ARTÍCULO 276. RESOLUCIÓN DE OPOSICIONES. Vencido el término de treinta (30) días de que trata el artículo anterior, en una sola providencia se resolverán las oposiciones presentadas y se definirán las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Si las oposiciones y superposiciones que fueren aceptadas comprendieren solo parte del área pedida, se restringirá la propuesta a la parte libre y si la comprendieren en su totalidad, se ordenará su archivo.

ARTÍCULO 277. RECHAZO DE SOLICITUDES. Las solicitudes e intervenciones de terceros que no se refieran a oposiciones, al ejercicio del derecho de prelación, a superposiciones y a intervención de los representantes de la comunidad en interés general, serán rechazadas por improcedentes mediante providencia motivada. De estas solicitudes y de su rechazo se formará informativo separado, y los recursos que se interpongan contra la mencionada providencia se concederán en el efecto devolutivo.

ARTÍCULO 279. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. Dentro del término de diez (10) días después de haber sido resueltas las oposiciones e intervenciones de terceros, se celebrará el contrato de concesión y se procederá a su inscripción en el Registro Minero Nacional. Del contrato se remitirá copia a la autoridad ambiental para el seguimiento y vigilancia de la gestión ambiental para la exploración.

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, por los cargos analizados.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 16, 53, 570 y 271 de la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, por los cargos analizados y bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados.

Tercero.- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, por los cargos analizados y bajo el entendido de que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.

Cuarto.- INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la constitucionalidad del artículo 128 de la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

3. Síntesis de la providencia

En el presente proceso, la Corte analizó cinco cargos dirigidos contra diversos artículos de la Ley 685 de 2001 o Código de Minas. De una parte, los accionantes señalaron que los artículos que definen el modo de entrega de un título minero desconocen un amplio conjunto de principios constitucionales, relacionados con el derecho a un ambiente sano, los principios de la función pública, la intervención del Estado en el manejo de los recursos naturales, el principio de participación ciudadana en materia ambiental, los derechos de las generaciones futuras y los atributos de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras de resguardo (Preámbulo y artículos 1º, 2º, 4º, 13, 20, 58, 63, 80, 209, 330, 333 y 334 de la Constitución Política).

La Sala dividió la exposición en dos partes. La primera, para el análisis de los cargos contra los artículos relacionados con la entrega del título minero (artículos 16, 53, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 del Código de Minas). La segunda, para decidir los cuestionamientos dirigidos contra las disposiciones relacionadas con la prelación de los pueblos indígenas para la obtención de títulos mineros dentro de sus territorios.

En cuanto a la **primera parte,** la Corporación comenzó por señalar que la minería es una actividad constitucionalmente admitida y políticamente promovida, que debe adecuarse al respeto de un amplio conjunto de mandatos superiores. Así, la minería debe asegurar los más altos estándares de respeto a las normas ambientales, proveer empleos que respeten las condiciones mínimas del derecho al trabajo, permitir el aprovechamiento de los recursos naturales sin sacrificar esta posibilidad para las generaciones futuras, y ser respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas.

En concepto de la Sala Plena, el método actual de concesión de títulos genera un déficit de protección a esos principios, pues parte del momento de llegada del interesado (derecho de preferencia, previsto en el artículo 16 del Código de Minas), exige el cumplimiento de requisitos de naturaleza estrictamente formal (como los que se encuentran en los artículos 271 a 279 del mismo código) y excluye la aplicación de las reglas de contratación administrativa (artículo 53, Código de Minas).

Si bien la Corte consideró que el método diseñado por el Legislador para las concesiones mineras obedecía a un razonamiento de acceso democrático a los recursos naturales, permitiendo también a las personas de bajos o medianos recursos económicos ejercer esta actividad gracias al derecho de preferencia, concluyó también que esta finalidad y el medio escogido para alcanzarla, no toman en consideración ninguna de las tensiones constitucionales previamente mencionadas.

La Corporación sentó entonces algunas premisas de análisis esenciales para la decisión. Primero, indicó que realizaría un estudio conjunto de los cargos contra el sistema de entrega

de títulos, pues los accionantes no cuestionaban uno u otro requisito de entrega de la concesión minera, sino el método, considerado en su integridad; segundo, que el estudio exigía un punto de vista prospectivo, o a futuro, debido a que los principios asociados al ambiente tienen esa característica, especialmente, el desarrollo sostenible (que es aquel que garantiza los derechos de las generaciones futuras) y el principio de precaución. Tercero, que la decisión de la Corte no debe admitir ningún riesgo de una interpretación plausible de las normas que no respete los estándares constitucionales descritos, precisamente, en atención al principio de precaución, ahora aplicado en el plano judicial; y cuarto, que la entrega de títulos mineros es una actividad que debe ejercerse de forma razonable, pues obedece a una forma de concebir el uso del suelo, el aprovechamiento del subsuelo y el crecimiento económico.

En ese contexto, concluyó que *(i)* el mecanismo actualmente establecido para la concesión de títulos mineros tiene fallas de naturaleza estructural que, por su complejidad, deben ser resueltas de manera integral por el Congreso de la República, bajo los parámetros de la jurisprudencia constitucional; y *(ii)* mientras se dicta esta regulación, que ya ha sido requerida al órgano de representación democrática, la administración deberá establecer un protocolo que garantice la idoneidad de los interesados, en materia de respeto por los derechos laborales y cumplimiento de los estándares ambientales.

También, la Corte indicó, que la normativa minera debe tener un componente diferencial, que atienda adecuadamente los distintos tipos de explotación minera, en atención al tamaño e impacto de la actividad. Señaló, que corresponde al Congreso establecer las clasificaciones pertinentes, aunque, con base en la doctrina, propuso tomar en consideración los siguientes parámetros: la normativa minera *(i)* debe proteger la minería de subsistencia, tradicional de comunidades campesinas y ancestral de pueblos indígenas y comunidades negras; *(ii)* permitir la adecuación progresiva de la minería informal, esto es, aquella que no satisface algún requisito legal, pero puede llegar a hacerlo; *(iii)* desarrollar normas efectivas para el control de la minería ilegal, la cual es aquella que no satisface ninguno de esos requisitos, y *(iv)* reforzar la lucha contra la minería criminal, que se adelanta al margen de todo parámetro jurídico y ético, y hace parte de las acciones que adelantan los grupos armados al margen de la ley para su financiamiento. Aclaró la Corte, que esta clasificación doctrinaria puede ser acogida o modificada por el Congreso de la República.

En la **segunda parte** de la providencia se estudiaron dos cargos por presunta violación a los derechos de los pueblos indígenas: el eventual desconocimiento de los atributos de los territorios ancestrales (inembargabilidad, imprescriptibiliad e inalienabilidad) y la trasgresión de su autonomía para actuar como autoridades ambientales, en virtud de los artículos 122, 124 y 128 del Código de Minas y, especialmente, por la consagración de lo que se ha denominado el derecho de prelación de los pueblos para obtener titulaciones mineras dentro de sus territorios.

En concepto de los accionantes, el derecho de prelación lleva a una situación de amenaza a los derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que sólo les permite optar por un título minero, pero no los faculta para oponerse al desarrollo de la minería en sus territorios, especialmente, debido al carácter no vinculante de la consulta previa.

La Corporación comenzó por explicar la necesidad de integrar la unidad normativa con el artículo 133 del Código de Minas, norma que establece la misma prerrogativa, es decir, el derecho de prelación, para las comunidades negras. Posteriormente, reiteró las líneas jurisprudenciales desarrolladas en materia de los derechos a la propiedad colectiva sobre los territorios ancestrales y la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado.

La Corporación señaló que el artículo 330, tal como lo proponen los accionantes, confiere a los pueblos indígenas, entre otras, la potestad de actuar como autoridades ambientales dentro de sus territorios, al tiempo que la sentencia T-955 de 2003 resalta sus deberes hacia el desarrollo sostenible y el uso responsable de sus recursos. Añadió, que se trata de supuestos correlativos, que no pueden ser desconocidos por las demás autoridades y que deben llevar a espacios de concertación con las entidades territoriales y las corporaciones autónomas, en caso de conflictos. Sin embargo, señaló que las normas bajo control no impiden el ejercicio de este derecho/deber, contenido en el artículo 330 Superior.

En cuanto a la integridad territorial, la Corporación consideró que no es acertado interpretar el derecho de prelación en el sentido de que los pueblos indígenas deben, inexorablemente, tolerar la minería en sus territorios. Indicó que, desde el punto de vista jurídico, los resguardos tierras y territorios no pueden ser objeto de expropiación, pero añadió que desde un punto de vista fáctico, sí resulta claro que la minería puede tener impactos muy serios en su uso, goce y disposición, y en virtud de la naturaleza cultural del territorio, también pueden afectar el ejercicio de la autonomía, el desenvolvimiento de sus formas de vida y la posibilidad de subsistencia.

En ese contexto, consideró necesario establecer un condicionamiento para explicar el alcance del derecho a la consulta previa en materia de minería, como principal instrumento jurídico para la defensa de los territorios ancestrales de los pueblos originarios, pero siempre que esta se entienda a la luz de su complejidad y el conjunto de principios, reglas y normas adscritas a la jurisprudencia constitucional, entre las que destacó: *(i)* el carácter activo y efectivo de la consulta, es decir, que esta tenga efectos reales en las decisiones estatales; *(ii)* la prohibición de arbitrariedad por parte del Estado y su obligación de adoptar medidas razonables y proporcionadas en relación con la vigencia de los derechos de los pueblos protegidos; y *(iii)* la obligatoriedad de obtener el consentimiento previo libre e informado, cuando la medida suponga una afectación intensa, como sucede con el desplazamiento de comunidades en los términos del artículo 16.2 del Convenio 169 de 1989, la amenaza de extinción física o cultural o el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.

4. Salvamentos parciales y aclaraciones de voto

Los magistrados **Alejandro Linares Cantillo** y **Luis Ernesto Vargas Silva,** por distintas razones, se apartaron de las decisiones de exequibilidad condicionada adoptadas en la sentencia C-389/16, de un lado, en relación con los artículos 16, 53, 570 y 271 de la Ley 685 de 2001 y de otro, respecto de los artículos 122, 124 y 133 de la misma ley, actual Código de Minas.

En concepto del magistrado **Linares Cantillo,** las normas en mención no infringen los preceptos constitucionales invocados en la demanda y por tanto, han debido ser declarados exequibles, sin ningún condicionamiento. Observó, que el condicionamiento de la exequibilidad de las disposiciones que regulan el procedimiento de concesión del título minero parte de una interpretación aislada de la normatividad minera, toda vez que las condiciones de idoneidad del concesionario y de garantía de participación en el proceso, ya están previstas en el ordenamiento jurídico. En particular, indicó que el artículo 22 de la actual Ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1753 de 2015), dispone que para el otorgamiento de títulos mineros y cesiones de derechos y de áreas, la autoridad minera debe requerir a los interesados la acreditación de la capacidad económica para la exploración, explotación, desarrollo y ejecución del proyecto minero. Así mismo, incluye la obligación del concesionario de elaborar y ejecutar planes de gestión social que contengan los programas, proyectos y actividades determinados por la autoridad minera, de acuerdo a la escala de producción y capacidad técnica y económica de los titulares. Además, la ley establece que la verificación del cumplimiento de esta obligación por parte de la autoridad minera hará parte del proceso de fiscalización, el cual comprende el cumplimiento delas normas ambientales.

De igual manera, consideró que no se configura la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas en cuanto se refiere a su derecho de preferencia, el cual se encuentra garantizado y en su concepto, no se debía establecer un condicionamiento para establecer de manera general la consulta previa a dichas comunidades, como quiera que su consentimiento es solo para casos especiales.

Por el contrario, el magistrado **Vargas Silva** consideró que los mismos preceptos acusados que en la sentencia se declaran exequibles de manera condicionada, quebrantan la Constitución Política, por desconocer el derecho de participación de grupos afectados por proyectos de aprovechamiento de recursos naturales no renovables y de los atributos de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas, así como el hábitat de las comunidades afrocolombianas. A su juicio, el procedimiento legal cuestionado no prevé por ejemplo la comunicación previa a quienes se verán afectados con

la decisión, en especial, las entidades territoriales, que según la establecido la Corte, debe asegurarse su participación activa y eficaz en la adopción de medidas de protección ambiental, acorde con su competencia en materia de ordenación de los usos del suelo. Por consiguiente, más que una exequibilidad condicionada, la Corte ha debido declarar inexequibles los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001.

La magistrada **María Victoria Calle Correa** anunció aclaración de voto para explicar algunos aspectos adicionales de la jurisprudencia constitucional en torno al derecho fundamental a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. De igual modo, los magistrados **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio** y **Luis Ernesto Vargas Silva** presentarán aclaraciones de voto sobre distintos aspectos de la fundamentación. Por su parte, el magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** se reservó una aclaración de voto.

EL SUBSIDIO A LA COTIZACIÓN EN PENSIÓN PARA LOS CONCEJALES DE MUNICIPIOS DE CATEGORÍAS 4ª A 6ª, QUE NO TENGA OTRO INGRESO ADICIONAL, NO CONFIGURA UNA MEDIDA QUE *PER SE* RESULTE VIOLATORIA DE IGUALDAD FRENTE A LOS CONCEJALES DE LOS MUNICIPIOS DE CATEGORÍA 3ª, PUESTO QUE DEBE COMPARARSE INTEGRALMENTE CON REGÍMENES PENSIONALES DISTINTOS