

Sentencia C-389/16

Referencia: expediente D-11172

Actores: Laura Juliana Santacoloma
Méndez y Rodrigo Elías Negrete Montes

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 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”*.

Magistrada ponente
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Laura Juliana Santacoloma Méndez y Rodrigo Elías Negrete Montes instauraron acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001.

II. NORMAS DEMANDADAS

El texto normativo se transcribe a continuación:

“Ley 685 de 2001

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

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

[...]

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. 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 concurre con otra u otras posteriores sobre la misma zona, se tendrá como fecha de su 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 o ingeniero de minas 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. Los ciudadanos consideran que las normas acusadas violan el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 58, 63, 79, 80, 209, 330, 333 y 334 de la Constitución Política. Como contexto para la comprensión de los cargos, los demandantes presentaron las siguientes premisas de análisis:

“[...] con la obtención del título minero se faculta al beneficiario para adelantar actividades de exploración de los minerales yacentes en el suelo y en el subsuelo, según los artículos 14 y 95 de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas–, sin que para ello se requiera licencia ambiental. Esta situación implica que durante el desarrollo de actividades de exploración minera de mediana y gran minería, que requieran un gran despliegue operativo en términos de vías, campamentos y aprovechamiento de recursos naturales renovables públicos, no existan mecanismos de gestión integral de los daños que se puedan generar, sin importar la dimensión del impacto acumulativo que se llegue a producir.

[...] Como consecuencia adicional, no existe instancia alguna de participación ciudadana antes del otorgamiento del título o del inicio de la etapa de la exploración minera, lo que viola flagrantemente el

Preámbulo por ausencia de un marco participativo, así como los artículos 1, 2 y 79 de la Constitución Política.

[...] Adicional a lo anterior, se resalta que con el contrato de concesión se otorga al beneficiario la facultad de explorar y explotar [para lo cual sí se debe obtener de manera previa licencia ambiental] los minerales a cambio del pago de regalías y, por ende, la titularidad jurídica para extraer y apropiarse de los minerales yacentes en el suelo y subsuelo –que son bienes del Estado–. Lo mencionado tiene una importante incidencia en la responsabilidad sobre el manejo de dicho patrimonio público, en tanto que debe ser tratado con tanta o más diligencia de la que se tiene con los recursos monetarios estatales, en especial por cuanto la actividad minera no solo implica la extracción del mineral sino la realización de importantes daños ambientales y sociales, que a su vez redundan en generación de conflictos si no son gestionados de manera eficiente.

[...] En esa lectura, la adecuada gestión de los impactos ambientales y de los recursos mineros tiene un serio impacto fiscal en tanto que ambos hacen parte del patrimonio público de la Nación, razón por la cual el Estado está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para que esas riquezas sean administradas y utilizadas de la mejor manera posible, esto es, con transparencia, equidad y eficiencia, [...]. No obstante lo mencionado, en consideración de los demandantes, la sola existencia del título minero, dadas las condiciones contractuales de la concesión, no es suficiente garantía para que se cumpla con las disposiciones constitucionales que consagran la obligación de proteger los bienes públicos ya señalados –recursos naturales renovables y no renovables–, conforme con los artículos 8, 63, 80, 95 (8) y 333 de la Carta Política”.

2.2. Sentadas las premisas de su análisis, elevan las siguientes acusaciones contra las disposiciones demandadas:

2.2.1 Violación de la Constitución Política por ausencia de selección objetiva en la suscripción de las concesiones mineras y consecuente ineficiencia financiera en el manejo de recursos públicos de la Nación.

Señalan los accionantes que los requisitos legales que debe cumplir la propuesta de contrato de concesión a los que hace referencia el artículo 271 del Código de Minas, y, en general, el procedimiento para conceder el recurso minero establecido en los artículos 270 al 279 ibíd., no aseguran un proceso de *selección objetiva*, toda vez que según el artículo 16 acusado, por el solo hecho de cumplir con los requisitos formales para obtener un título minero y ser el primero en solicitarlo, se procede a su otorgamiento sin entrar a valorar la capacidad económica, técnica, operativa y administrativa, y el grado de cumplimiento de la normativa minera, ambiental, territorial y cultural, es

decir, sin que se garantice la elección del mejor proponente para que explote y se apropie de recursos naturales que le pertenecen al Estado, lo cual vulnera los artículos 1º, 29, 58, 79, 80, 209 y 334 de la Constitución, pues las disposiciones normativas van en detrimento de los principios de protección del patrimonio público y moralidad, eficacia y economía que rigen la función administrativa.

Entienden que como estos principios se asocian a reglas de carácter general, a pautas de justicia material, las normas sobre contratos de concesión mineros deberían acatarlos, toda vez que es la protección del patrimonio público, la moralidad, la eficacia y la economía del Estado lo que se ve afectado por el otorgamiento de un contrato de concesión.

Anotan que al no acudirse a la selección objetiva, se está impidiendo al Estado que cuente con el particular más competente en condiciones de calidad y oportunidad, a fin de que se obtengan los más altos beneficios, el menor daño posible para la realización de una actividad de tan alto impacto social y ambiental, el respaldo patrimonial y la gestión más adecuada de los perjuicios que se llegaren a causar.

Desde esta óptica, expresan que las normas acusadas resultan abiertamente transgresoras de los principios de prevalencia del interés general, debido proceso, protección de la diversidad e integridad del ambiente y de la planeación de los recursos naturales consagrados en los artículos 1, 29, 58, 79, 80 y 209 de la Carta, en tanto que los importantes estímulos tributarios y jurídicos que benefician a los interesados en desarrollar la actividad minera se ven potenciados por la ausencia de cualificación específica para adelantarla, en detrimento de los recursos públicos de la Nación y de los recursos naturales.

Adicionalmente, aducen que el derecho de preferencia contenido en el artículo 16 del Código de Minas que en la práctica se ha traducido en la escogencia del primer proponente del contrato de concesión minero sin un proceso de selección objetiva, se constituye en una violación del principio de igualdad, *“por cuanto excluye la posibilidad de que otros proponentes, con iguales o mejores propuestas y condiciones, sean seleccionados para suscribir con el Estado (Agencia Nacional de Minería) un contrato de concesión que los legitime para explorar y explotar los minerales yacientes en el suelo y subsuelo”*.

Lo anterior, precisan, lleva a que no solo se declare la inconstitucionalidad de los artículos 16 y 53 del Código de Minas, sino también *“los artículos 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 de la norma citada que consagran el procedimiento para suscribir el contrato de concesión sin dar aplicación a un proceso de selección objetiva en razón a que atentan contra el principio de igualdad, el derecho a la libre competencia y los principios generales de la función administrativa”*.

2.2.2. Violación de la Constitución Política por desconocimiento del derecho fundamental a la participación de grupos afectados por proyectos de aprovechamiento de recursos naturales no renovables.

Frente a esta acusación por presunta vulneración de los artículos 2º, 40, 79 y 330 de la Carta Política, los actores consideran que el proceso de otorgamiento de los títulos mineros no establece un mecanismo que de manera adecuada garantice el derecho fundamental a la participación ciudadana. Aducen que *“los propietarios, tenedores, poseedores u ocupantes de los predios donde existe interés minero, no son notificados, ni siquiera informados sobre la existencia de solicitudes de contratos de concesión minera, ni de su suscripción, pese a la relación con los predios donde habitan. Tampoco tienen la posibilidad real de hacerse partícipes de dicho trámite y ser escuchados de manera efectiva”*.

2.2.3. Violación de la Constitución Política por desconocimiento de los derechos de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna.

Los demandantes plantean que las normas acusadas vulneran el derecho de las personas que habitarán en el futuro el país, a gozar de un ambiente sano (art. 79 C.P.), debido a las implicaciones de la desordenada y acelerada actividad minera con el propósito de obtener beneficios económicos derivados de la extracción de minerales. Además, el derecho a disfrutar efectivamente de los recursos que les permitirán acceder a una calidad de vida apropiada, lo que redundará *“en un muy posible futuro inequitativo”*. Es así, que consideran que *“la concesión indiscriminada e insostenible actual del recurso minero y su alto impacto y duración en el tiempo, sin respaldo real frente a las consecuencias ambientales, sociales y culturales, aunado a la velocidad con la que se pretenden adelantar dichas actividades por parte del gobierno nacional, pone en alto riesgo el derecho a gozar de un ambiente sano y a una calidad de vida adecuada a los que tienen las generaciones futuras”*.

Asimismo, anotan que junto con el referido derecho se debe tener en cuenta el principio de solidaridad, que implica el reconocimiento del otro, razón por la cual, al excluir las generaciones futuras de las acciones que les permitan acceder a garantías reales ajustadas a su naturaleza, el ordenamiento jurídico y la sociedad colombiana las alejan de medidas que puedan equilibrar las cargas que la economía presente colombiana le impone a sus generaciones futuras.

2.2.4. Violación de la Constitución Política por ausencia de planificación del aprovechamiento de los minerales.

Indican que las normas acusadas no tienen en cuenta el principio de planificación (artículo 80 C.P.),

“[...] con fundamento en el cual es preciso que se ordene el territorio y, para ese efecto, se requiere conocer la base natural existente y las comunidades asentadas, lo que en gran medida se pretende con los instrumentos de planificación y ordenamiento existentes en materia ambiental, como los planes de ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas, los planes de ordenación forestal, declaratoria de áreas protegidas y planes de ordenamiento territorial, entre otros, con fundamento en los cuales –en el marco de un proceso participativo e incluyente–, se determina el régimen de usos y, por ende, lo que se puede hacer en el territorio y la mejor forma de llevarlo a cabo.

Tratándose de la explotación de minerales, es necesario dar aplicación a un proceso de selección objetiva, con el que se le permita al mismo Estado garantizar la escogencia del mejor postor para que explote los recursos naturales no renovables (minerales) que se encuentran en el suelo y subsuelo, puesto que la extracción necesariamente ocasiona grave afectación al medio ambiente y a las comunidades presentes en el área de influencia directa e indirecta, por lo que la responsabilidad social ambiental empresarial del beneficiario del título minero, es un referente necesario a fin de evitar la vulneración de los principios, derechos y obligaciones previstas en la Constitución Política”.

2.2.5. Violación de la Constitución Política por desconocimiento de los atributos de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas.

Al respecto, los actores consideran que las normas demandadas vulneran el artículo 63 de la Constitución Política, pues estiman que existe una *“contradicción entre las normas mineras y ambientales, en tanto que las autoridades ambientales pueden establecer zonas prohibidas o restringidas para minería (artículo 34 Código de Minas) y, siendo las autoridades de las comunidades étnicas verdaderas autoridades ambientales dentro de su jurisdicción (artículo 330 Constitución Política), se les impide ejercer las facultades en esa materia. Así, las autoridades étnicas no pueden oponerse al desarrollo de la actividad minera porque aun cuando en el marco de la consulta previa decidan de manera autónoma que no quieren actividad minera en sus territorios, lo cierto es que ésta no es vinculante y termina imponiéndose una actividad que desconoce sus usos y costumbres”*.

En ese mismo sentido, expresan que la imposición de la actividad minera implica una sustracción de hecho de los resguardos indígenas que al tenor del artículo 63 Superior, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En tal virtud, los artículos 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 del Código de Minas conllevan la apropiación material, no jurídica, de estas áreas por parte de quienes realizan la actividad minera.

En consecuencia, consideran que en la medida en que el Código de Minas establece el derecho a apropiarse de los minerales yacientes en el suelo y el

subsuelo (artículo 15), y dado que no existen normas que se refieran a las controversias entre derechos reales y patrimoniales de manera puntual, dicha disposición normativa también está estableciendo cargas negativas sobre la propiedad de los predios. En el caso de los resguardos indígenas, la propiedad colectiva que es otorgada con las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y con la finalidad de proteger la integridad de las comunidades, se ve modificada de hecho en sus atributos por la intervención minera en dichos territorios.

En escrito adicional, los accionantes reiteraron y profundizaron sus argumentos. Dejando de lado los aspectos que constituyen únicamente una complementación de lo afirmado en la sentencia, los accionantes argumentan que, en relación con el quinto cargo, que pese a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-891 de 2002,¹ en la actualidad se continúan otorgando títulos mineros sin que se lleve a cabo la consulta previa a las comunidades indígenas. Recuerdan que con la titulación se da vía a la exploración, la cual no requiere licencia ambiental lo que implica que se intervenga la respectiva comunidad étnica sin que ésta tenga oportunidad de participar.

Intervenciones

1. Intervenciones de Instituciones Públicas

1.1. Agencia Nacional de Minería (ANM)

La Agencia Nacional de Minería presentó concepto solicitando que se declare la exequibilidad de las disposiciones demandadas, contenidas en la Ley 685 de 2001, por encontrarse ajustadas a la Constitución Política, con base en las siguientes razones.

a. El primer cargo propuesto carece de sustento jurídico, pues el solo hecho de que al procedimiento administrativo de otorgamiento de títulos mineros no sean aplicables las normas de contratación estatal previstas en la Ley 80 de 1993 no significa que se trasgredan los principios de la contratación estatal y los fines esenciales del Estado.

La aplicación del principio “*primero en el tiempo primero en el derecho*” no implica que quien se llame a suscribir el contrato no deba cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Minas, sino que este principio da al primer proponente el derecho a que la autoridad minera evalúe su solicitud, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, sin que esto signifique que por ese hecho se haga acreedor de un título minero, pues en caso de no reunir los requisitos legales contenidos en el artículo 271 del Código de Minas, su propuesta será rechazada de plano.

¹ MP. Jaime Araujo Rentería.

b. De acuerdo con la exposición de motivos y los artículos 45 y 46 de la Ley 685 de 2001, el contrato de concesión minera es sustancialmente diferente al contrato de concesión de servicio público o de obra pública previstos en la Ley 80 de 1993, lo que no significa que ello desconozca *per se* los principios constitucionales y legales de la contratación estatal. El mismo Código de Minas señala los parámetros, requisitos y procedimientos para el otorgamiento del título; el seguimiento, control y sanciones aplicables al titular.

Luego de describir los requisitos que debe contener la propuesta de contrato de concesión minera, indica que en la fase precontractual se exige que el proponente acredite la capacidad económica para la exploración, explotación, desarrollo y ejecución del proyecto minero, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015, desarrollada por la Resolución 831 de 2015 de la Agencia Nacional de Minería. En ese orden de ideas, considera que no le asiste razón al demandante cuando afirma que como este contrato no está sometido al proceso de selección objetiva contenido en la Ley 80 de 1993, el Estado deja de valorar la capacidad económica, técnica, operativa y administrativa del proponente.

Ello descarta la supuesta violación del principio de igualdad y el argumento según el cual las concesiones son entregadas de forma automática.

b. Afirma que no existe violación al derecho a la participación de propietarios, tenedores, poseedores y ocupantes de predios en los que exista interés minero. Con base en la sentencia C-983 de 2010,² afirma que la demanda desconoce que la codificación minera establece la figura de la servidumbre minera para garantizar que esta actividad, de utilidad pública e interés social, se desarrolle sin afectar los derechos a la propiedad privada y previendo las afectaciones que puedan causarse por el desarrollo de la actividad minera a los predios, mediante el pago de la indemnización a que haya lugar al propietario afectado con la medida.

Sostiene que *“pretender (...) que, cada vez que se presente una propuesta de contrato de concesión se tenga que notificar o informar al propietario del predio, a todas luces desnaturaliza el concepto de utilidad pública y del interés social que caracterizan la industria minera (...) así como los fines esenciales del Estado”*.

Por otra parte, cita la sentencia C-123 de 2014³ y sostiene que las regulaciones de orden nacional que imponen límites a la facultad de los municipios de regular los usos del suelo no vulneran el principio de autonomía territorial, siempre que se actúe en el marco de los principios de coordinación

² MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz.

y concurrencia entre las autoridades nacionales y locales, lo que garantiza a su vez la participación de los ciudadanos.

c. Añade que la actividad minera va ligada a instrumentos jurídicos y normas de contenido ambiental establecidas en el ordenamiento minero. Al respecto, señala que el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 establece las zonas excluibles de la minería, como son las zonas de especial protección previstas en convenciones internacionales y en el derecho interno. Agrega que los artículos 1, 2, 3, 13, 37, 38, 85, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 206 y 211 del Código de Minas regulan aspectos ambientales, lo que permite concluir que *“la actividad minera legal, se encuentra blindada ambientalmente por las exigencias legales contempladas en el Código de Minas, las cuales garantizan la preservación de un ambiente sano, el cumplimiento del principio de sostenibilidad y conservación del equilibrio ecológico, seguridad y salubridad públicas”*.

d. En relación con el cuarto cargo, argumenta que frente al otorgamiento de títulos que eventualmente pudiesen afectar el patrimonio ecológico por estar en áreas posiblemente excluidas de la minería, existen diversos decretos y resoluciones que prohíben que se otorguen nuevos títulos mineros en áreas que han sido declaradas de protección especial.

e. Frente al quinto cargo, señala que en virtud del artículo 5° de la Ley 685 de 2001, el Estado como titular de los recursos mineros solo otorga derechos para explorar y explotar los minerales, sin atención a la posesión o tenencia de los correspondientes terrenos.

De acuerdo con lo señalado en las sentencias C-461 de 2008, T-348 de 2012,⁴ T-462A de 2014, precisa que la consecuencia jurídica inmediata del otorgamiento de una concesión minera es el derecho exclusivo de realizar unos estudios técnicos, ambientales y jurídicos para determinar la viabilidad del proyecto, entendiendo que se trata de una etapa donde no existe una afectación directa a las comunidades, elemento sustancial para que proceda la consulta previa, por lo tanto el desarrollo de la actividad de explotación minera donde se cuenta con los estudios ambientales y técnicos necesarios para fijar cómo se adelantará el proyecto minero, así como los impactos y medidas de manejo, es la etapa donde se podría causar afectaciones a los territorios de las comunidades étnicas y donde es indispensable el adelantamiento de la consulta previa.

Agrega que el Código de Minas prevé instrumentos jurídicos para proteger los derechos de los resguardos indígenas, siempre que se vaya a intervenir su territorio en actividades mineras tal y como se desprende de su artículo 124 (derecho de prelación de grupos indígenas), la Resolución 396 de 2013 de la Agencia Nacional de Minería y las directrices del Ministerio del Interior, que

⁴ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

regulan la consulta previa cuando se adelanten actividades mineras en territorios indígenas.

1.2. Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas intervino en el presente asunto solicitando que declare la constitucionalidad de las normas demandadas.

Su análisis jurídico hace alusión (i) a las normas que señalan el procedimiento para la obtención del contrato de concesión (arts. 16, 53, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 del Código de Minas); y (ii) a las disposiciones que hacen referencia a la protección de derechos de comunidades indígenas especialmente al de consulta previa (arts. 122, 124 y 128 Ley 685 de 2001).

a. En primer lugar se refiere al procedimiento para la obtención del contrato de concesión del régimen legal de propiedad de recursos mineros. Al respecto sostiene que de conformidad con la sentencia C-983 de 2010⁵ quedó establecida la constitucionalidad de la propiedad del suelo y del subsuelo, así como del contrato de concesión, la potestad del legislador en esta materia y la capacidad constitucional del Estado para regular e intervenir en la exploración y explotación minera.

Con base en las sentencias T-371 de 1998 y C-300 de 2012 donde la Corte Constitucional se pronunció sobre el alcance de los principios constitucionales que rigen la función administrativa, el Ministerio señala que *“la aplicación del principio de prelación en el trámite para la obtención de un contrato de concesión minera, sirve a los fines establecidos para el Estado en la Constitución Política de Colombia, en cumplimiento de los principios de igualdad, eficacia y celeridad”*.

Añade que la propuesta de los demandantes según la cual la minería debería seguir un proceso de concesión similar al de los hidrocarburos tiene como consecuencia que solo grandes empresas podrían dedicarse a la minería en Colombia, excluyendo a los pequeños mineros que no cuentan con la capacidad financiera pretendida por los demandantes, vulnerándose de esta forma sus derechos al trabajo, a la igualdad, al mínimo vital y derechos conexos.

b. Por otro lado, en criterio del interviniente, no se predica la vulneración del debido proceso alegada por los demandantes y cuyo fundamento es el derecho a la igualdad en relación con el principio de prevalencia utilizado para la primera solicitud o propuesta de concesión minera.

Frente a este aspecto señala que en virtud de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional no basta con que haya un trato desigual para que

⁵ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

pueda alegarse la vulneración del derecho a la igualdad; debe existir un referente de comparación que se encuentre en la misma situación de hecho al caso analizado, para aplicar un test de igualdad. Agrega además que los requisitos para acceder a un título minero, establecidos por el Legislador con base en su amplia potestad de regulación normativa y en atención a la preservación de los fines del Estado, en el marco de políticas macroeconómicas de gran aliento, debe ser analizado con deferencia por la Corte de manera que, en caso de llegar a un test de igualdad, debería utilizarse su categoría más débil.

c. En relación con la presunta vulneración de los derechos de las comunidades indígenas, indica que la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada en relación con los artículos del Código de Minas demandados, refiriéndose a ellos directamente, como es el caso de los artículos 122, 124 y 128, o a través de la interpretación integral de los demás artículos de la Ley 685 de 2001 demandados, encontrando que se encuentran en armonía con los mandatos de la Carta Política.

1.3. Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior presentó concepto solicitando que se declare la inhibición respecto a los cargos segundo, tercero y cuarto de la demanda, o la exequibilidad de las normas acusadas contenidas en la Ley 685 de 2001.

Ineptitud de la demanda: en cuanto a la ineptitud sustantiva de la demanda frente a los cargos señalados, indica que los actores proponen una omisión legislativa absoluta. En general, señalan que la demanda hace referencia a derechos y valores pero no evidencia de manera inequívoca y expresa cuáles son las normas constitucionales que se consideran trasgredidas por el Código de Minas y, en consecuencia, no existe una confrontación entre las normas acusadas con el texto constitucional.

Estudio de fondo. No obstante su solicitud inicial de inhibición, el Ministerio abordó cada uno de los cargos de la demanda presentando las razones por las que considera su constitucionalidad:

a. Señala que el contrato de concesión minera se diferencia de otras figuras similares, en que (i) éste no surge por una iniciativa estatal sino privada, lo que hace necesario que se ofrezca un trato distinto al particular que primero haya adelantado esfuerzos para acceder al contrato con el Estado, sin que esto implique que se abandone la calidad pública de la contratación, pues es la propia normativa en la materia la que contiene exigencias de derecho público y las ajustan a principios de interés general; (ii) es imprescindible una norma que concilie el interés por obtener los cuantiosos recursos esta ofrece, con la sostenibilidad del territorio, en condiciones de habitabilidad; (iii) si la cualificación toma como base únicamente aspectos financieros, ello implicaría que solo transnacionales o empresas con grandes capitales podrían ejercer la

actividad; (iv) este Código hace realidad el principio de la inclusión social contenida en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución, apuntando a que la explotación de minerales no sea exclusiva de grandes grupos empresariales.

Por otro lado, sostiene que no basta con el cumplimiento del artículo 271 del Código de Minas para convertirse en titular de un contrato de concesión minera, y que la demanda omite otras exigencias, como por ejemplo la contenida en el artículo 272 de dicho cuerpo normativo, así como las relativas a la obtención de licencias y a la materialización de todas las normas que circundan cada uno de los requisitos del artículo 271, cuyo cumplimiento demandan capacidad técnica, operativa y económica.

Destaca que los demandantes entienden que el proceso de selección es simple y que no contiene mayores exigencias, particularmente en relación con la preservación del medio ambiente y el respeto de los derechos de los ciudadanos que habitan en las zonas de actividad minera, sin tener en cuenta la enunciación de dichos derechos en 14 artículos de la Ley 685, haciendo necesaria una interpretación sistemática. Agrega que la prelación contenida en el artículo 16 es solo una estrategia idónea para elegir el proponente cuando se presenten propuestas idénticas en cuanto al cumplimiento de requisitos.

b. Respecto al segundo cargo indica la existencia de mecanismos de participación ciudadana, que no están excluidos de la Ley 685 de 2001. Asimismo, considera que los artículos acusados no contienen expresiones que pongan al margen los mecanismos con los cuales cuenta la ciudadanía para oponerse a cualquier gestión estatal. Indica que, de hecho, el Código de Minas contiene en sus artículos 289 a 291 acciones precisas para salvaguardar el principio de legalidad y el medio ambiente, y resalta que las acciones previstas en la Constitución y en la Ley 472 de 1998 son aplicables en la ejecución de la actividad minera.

c. Frente al tercer cargo señala que la Ley 685 entendida en su integridad regula los postulados del medio ambiente y desarrollo sostenible. Igualmente, plantea que los demandantes no se refirieron a las disposiciones que contiene la Ley 99 de 1993 ni exponen argumentos que evidencian la existencia de una omisión legislativa relativa, o la ineficacia de la institucionalidad creada con la ley acusada, para enfrentar la tensión que surge entre el desarrollo económico del país y la explotación de bienes naturales no renovables.

d. Estima que el cuarto cargo es difuso y no toma en cuenta se los artículos 37 y 38 del Código de Minas, que si bien *“prohíben que los planes de ordenamiento territorial restrinjan la actividad minera”* incluyen otras normas que se ocupan de definir el mapa de restricciones territoriales a esta actividad. Además, dichos artículos establecen los parámetros que deben observarse al momento de definir las zonas que pueden ser exploradas y explotadas.

e. Finalmente, estima que el quinto cargo es contradictorio, pues por un lado los accionantes consideran que la actividad minera es incompatible con la cosmovisión de las comunidades indígenas, pero (por otro) afirman que de ejercer el derecho de prelación, estas no tendrían la capacidad tecnológica y operativa que exigen este tipo de ejecuciones.

Luego, expone que existen fundamentos constitucionales y jurisprudenciales que facultan al Estado a intervenir los territorios indígenas y que, a su vez, imponen los límites a tal actividad, como la consulta previa y las demás acciones públicas colectivas con los que cuentan los grupos étnicos; al respecto menciona los artículos 330 CP y la sentencia T-294 de 2014.⁶ De igual forma, destaca que el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 contempla el deber de informar acerca de la existencia de grupos étnicos asentados en la zona de interés minero, y hace referencia a diferentes disposiciones de dicho cuerpo normativo que establecen restricciones geo-espaciales, atendiendo al valor ambiental y cultural de las comunidades.

2. Intervenciones ciudadanas, de instituciones educativas, organizaciones no gubernamentales o asociaciones gremiales.

2.1. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)

Dejusticia intervino en el presente asunto para solicitar a la Corte Constitucional que declare inexecutable los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270 a 277 y 279 de la Ley 685 de 2001, por las razones que se resumen a continuación.

Luego de realizar una síntesis de los cargos formulados en la demanda, el interviniente afirma que se concentrará en los dos primeros cargos, con el propósito de solicitar que se declare la inconstitucionalidad de los artículos que acusados, a partir de (i) la necesidad de un procedimiento de selección objetiva para los contratos de concesión minera, y; (ii) el derecho fundamental a la participación ciudadana, que se desconoce en la adjudicación de este tipo de contratos.

a. Respecto al primer cargo de la demanda, estima que el proceso actual por el que se otorgan títulos mineros carece de rigurosidad y control, toda vez que según las disposiciones demandadas, el contrato de concesión será otorgado a quien primero lo solicite y cumpla con unos requisitos meramente formales (art. 271 Código de Minas), “*sin importar si es la persona más idónea en términos técnicos, financieros, morales, sociales y ambientales*”.

En consecuencia, este proceso contradice los deberes del Estado en relación con la primacía del interés general (arts. 1 y 58 CP), los límites del bien

⁶ MP. María Victoria Calle Correa.

común en la actividad económica y la iniciativa privada (art. 333 CP); la planificación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible (art. 80 CP); la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental, y el deber de explotar los recursos naturales garantizando la preservación de un ambiente sano (art. 334 CP).

Menciona que, recientemente, el Gobierno Nacional ha reconocido las falencias del actual proceso para otorgar contratos de concesión minera, regido por el principio "*primero en tiempo, primero en derecho*", específicamente, en la regulación de las áreas estratégicas mineras, donde dicho principio no sería aplicable, sino que se aplicarían procesos de selección objetiva para lograr los fines relacionados con el crecimiento y desarrollo sostenible del sector y para hacer un aprovechamiento racional de los recursos naturales de la nación, donde se garantice no solo la responsabilidad técnica, ambiental y social en el desarrollo del sector minero, sino también las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentren ubicadas en estas áreas

Por las razones antes esgrimidas, Dejusticia concluye que el proceso contemplado en las normas acusadas debe ser declarado inconstitucional, y en su lugar debe establecerse uno de selección objetiva para todo el territorio, que garantice que en la actividad minera prime el interés general, el concepto de desarrollo sostenible y el uso racional de los recursos de la nación.

b. En cuanto al tercer cargo, relativo al desconocimiento del derecho a la participación, manifiesta que este es uno de los principios rectores de la Constitución de 1991, que lleva implícito un modelo de comportamiento para los ciudadanos y para el Estado, e indica su deber de participación en la definición del destino colectivo. A través de este derecho se materializan los principios básicos de la democracia participativa, que aseguran la intervención del ciudadano en las decisiones que lo afectan; y se desprenden obligaciones en cabeza del Estado, tendientes a fomentar las prácticas democráticas y a hacer efectiva dicha participación.

Diferentes disposiciones constitucionales apuntan a la efectividad del desarrollo democrático de la sociedad, entre estas, los artículos 40 y 85 de la Carta; a su vez, la jurisprudencia constitucional (sentencia C-263 de 2010) lo ha catalogado como un derecho universal, que ha de ampliarse progresivamente y ha señalado el deber de las autoridades públicas de incentivarlo y no obstaculizarlo. Además, a partir de los artículos citados, del principio de participación ciudadana y de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (art. 288 CP), se desprende la facultad de los entes territoriales para participar en las decisiones que los afectan.

Entendiendo que el contrato de concesión minera sí genera por sí solo una afectación al ambiente, y que la etapa de exploración no requiere licencia ambiental, el interviniente se refiere al alcance del derecho a la participación

ciudadana en la toma de decisiones ambientales. Señala las principales disposiciones constitucionales, legales e instrumentos internacionales ratificados por Colombia que regulan la participación en temas ambientales, como los artículos 79 Superior y la Ley 99 de 1993, el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y el Convenio de Diversidad Biológica (Principios 1, 2 y 12, aprobado mediante Ley 165 de 1994). Hace referencia a la Convención de Aarhus de 1998 de la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas, lo que se traduce en que la participación en la toma de decisiones relacionadas con la afectación del medio ambiente es una previsión legal y un principio de rango constitucional *“que debe orientar la interpretación que se haga de todas aquellas otras disposiciones de su mismo nivel o inferior”*.

Con base en las sentencias C-535 de 1993, T-348 de 2012⁷ y T-294 de 2014,⁸ en las que se ha abordado el tema de la participación en temas ambientales, Dejusticia efectúa 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, encontrando que ésta debe ser *previa a la toma de la decisión, libre, representativa, informada, activa y eficaz*.

Luego, procede a analizar el procedimiento demandado, con el fin de mostrar que éste no garantiza el derecho a la participación de quienes se ven afectados por la suscripción de contratos de concesión minera, toda vez que no prevé la obligación de notificar o comunicar previamente a quienes se verán afectados con la decisión, como el propietario del predio, la comunidad que habita la zona, las entidades locales y las entidades territoriales. Respecto a estas últimas, indica que de conformidad con la sentencia C-123 de 2014,⁹ debe garantizarse su participación activa y eficaz, junto con las entidades nacionales, para que acuerden las medidas de protección del medio ambiente, teniendo en cuenta que los entes territoriales son los constitucionalmente competentes para ordenar los usos del suelo.

Señala que, actualmente, la instancia de participación solo se predica para las comunidades étnicas, dejando por fuera a todos los actores que van a verse afectados por el eventual otorgamiento de un título minero. Sin embargo, considera también que las normas acusadas en el quinto cargo de la demanda deberían ser declaradas inconstitucionales, por desconocer sus garantías a la autodeterminación y la inalienabilidad de sus territorios, al verse obligadas a explotar los recursos minerales dentro de su territorio o a permitir que un tercero los explote.

⁷ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ MP. María Victoria Calle Correa.

⁹ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz.

2.2. Asociación Colombiana de Minería (ACM)

La Asociación Colombiana de Minería presentó concepto en el presente asunto solicitando que se declaren inexequibles los artículos demandados, contenidos en la Ley 685 de 2001.

a. Frente al primer cargo señala que el legislador, en virtud de lo dispuesto por el artículo 360 de la Carta Política y de sus facultades constitucionales, profirió la Ley 685 de 2001 con el fin de establecer un sistema que generara seguridad jurídica, mediante la figura única del contrato de concesión minera. Afirma que teniendo en cuenta la sentencia C-015 de 2014, todas las materias cuya competencia ha sido asignada de manera expresa por la Constitución a un órgano específico, deberán ser objeto de un control constitucional leve y, en consecuencia, las normas del Código de Minas deberán ser analizadas de tal forma que solo se declararían inexequibles las disposiciones que carezcan de racionalidad o que parezcan decisiones arbitrarias del legislador, no siendo ese el caso en esta oportunidad.

Sostiene que no es cierto que los contratos de concesión minera deban otorgarse bajo los mismos lineamientos de la Ley 80 de 1993, pues estos fueron diseñados para la contratación de proyectos distintos a los mineros tanto a nivel técnico, financiero como administrativo, y es por esa razón que el legislador a través del artículo 76 de la Ley 80 determinó que actividades tan especializadas como la minería necesitan una regulación que se adapte a las particularidades del sector. Agrega que esto no implica que por este motivo no deban cumplirse los principios de la contratación pública.

Adicionalmente, aclara que no solo con el cumplimiento de los requisitos del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, la Agencia Nacional de Minería puede otorgar un contrato de concesión minera, pues son requerimientos formales mínimos únicamente para presentar la solicitud del contrato, a partir de los cuales la autoridad minera competente debe entrar a evaluar los aspectos económicos, técnicos y jurídicos de la propuesta presentada.

Precisa que dentro de los requisitos en mención se exige un informe técnico sobre los trabajos de exploración y un estimativo de la inversión económica que se destinará para dichos trabajos, que de no cumplirse, llevarán al rechazo de la propuesta; asimismo, indica que la Ley 1753 de 2015 reactivó el requisito de demostración de capacidad económica, lo que demuestra que el proceso de contratación minera en Colombia está ampliamente regulado y obedece a las necesidades específicas del sector.

b. En cuanto al segundo cargo, menciona que el tema de la participación ciudadana de los grupos afectados por proyectos mineros fue abordado por la

Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2014,¹⁰ y expone que los artículos 69 a 71 Ley 99 de 1993 establecen el derecho de participación ciudadana en materia de permisos ambientales.

También indica que en todas las etapas de ejecución del contrato de concesión se requiere al titular minero contar con permisos y licencias ambientales (proceso en el cual la ciudadanía puede intervenir) para el desarrollo de sus actividades, y que uno de los requisitos para presentar una propuesta de contrato de concesión minera es aceptar el cumplimiento de guías medio ambientales, que establecen como etapa pre operativa la socialización del proyecto, con la comunidad del área de influencia. En ese orden, concluye que la ciudadanía sí tiene acceso a mecanismos para oponerse al desarrollo de proyectos mineros, cuando con estos se va a generar grave impacto ambiental.

Finalmente, considera que los demandantes no basan el primer y segundo cargo en una interpretación sistemática e integral del ordenamiento jurídico, violando el principio de interpretación conforme, que indica que las normas jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo establecido en la Constitución.

c. Respecto al tercer cargo, manifiesta que el sistema de contratación minera vigente está diseñado de forma tal que las actividades de exploración y explotación minera se realicen de forma sostenible, y con respeto al medio ambiente. Señala que si bien para la etapa exploratoria no se requiere licencia, sí es necesario el cumplimiento de varios requisitos ambientales contenidos en la Guía Minero Ambiental, lo que significa que incluso para realizar actividades de exploración se deben seguir lineamientos estrictos y se debe contar con planes que conlleven a preservar el medio ambiente y evitar los impactos negativos que se puedan causar.

Adicionalmente, indica que el incumplimiento de las obligaciones bajo la licencia ambiental puede dar lugar a la declaración de caducidad del contrato de concesión, de conformidad con lo establecido por el artículo 112 de la Ley 685 de 2001.

d. En relación con el cuarto cargo, estima que el sector minero energético cuenta con mecanismos y organismos de planeación robustos para desarrollar de manera estratégica el sector minero energético, como la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), cuya creación y funciones están reglamentadas en la ley; el Programa de Trabajos y Obras, con el que debe contar el titular del contrato de concesión después de superada la etapa de exploración y, en general, las normas que imponen obligaciones ambientales y que el concesionario debe cumplir, de acuerdo con los lineamientos de las autoridades mineras competentes.

¹⁰ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz.

Añade que, del contenido del artículo 1º de la Ley 685 de 2001, se desprende que todo su cuerpo normativo apunta a que el aprovechamiento de los recursos mineros se realice en armonía con las normas ambientales sobre explotación de recursos naturales no renovables y el principio internacional de desarrollo sostenible.

e. En cuanto al quinto cargo, plantea la necesidad de interpretar de forma sistemática e integral los artículos 122, 124 y 276, que se refieren a la participación de comunidades indígenas pues, en su criterio, los actores buscan su inexecutable basándose en la única interpretación que podría considerarse contraria a la Carta Política.

Señala además que no se puede desconocer la regulación existente en torno a la consulta previa y la protección de las comunidades negras e indígenas, establecida en el Convenio 169 de la OIT. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha determinado la necesidad de informar a las comunidades indígenas cuando en sus territorios se pretendan adelantar actividades de aprovechamiento de recursos no renovables.

Finalmente, con base en la sentencia C-123 de 2014¹¹ señala que “para la Corte Constitucional no existe usurpación a la autonomía de las comunidades étnicas frente a su territorio al facultar a la autoridad minera para definir las zonas excluidas de la minería” y respecto al artículo 122 del Código de Minas acusado, plantea la existencia de cosa juzgada constitucional, pues dicha disposición ya fue analizada en sentencia C-418 de 2002.¹²

2.3. Corporación Pensamiento y Acción PAS, Asociación Centro Nacional de Salud, Ambiente y Trabajo Censat Agua Viva

Irma Adela Perilla Piñeros y Liliana Tatiana Roa Avendaño, actuando en calidad de ciudadanas y en representación de la Corporación Pensamiento y Acción Social PAS, y la Asociación Centro Nacional de Salud, Ambiente y Trabajo (Censat Agua Viva), respectivamente, intervinieron en el presente asunto, con el propósito de solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Si bien su análisis jurídico coadyuva todos los cargos de la demanda, en concreto abordan y amplían algunos de los argumentos presentados en los cargos (ii) y (iii), que plantean la vulneración por parte de las normas acusadas, del derecho fundamental a la participación de grupos afectados por proyectos de aprovechamiento de recursos naturales no renovables, y de los

¹¹ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz.

¹² MP. Álvaro Tafur Galvis.

derechos de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna, los cuales gozan de protección constitucional.

En primer lugar, consideran que al no existir instancia alguna de participación ciudadana antes del otorgamiento del título o del inicio de la etapa de exploración minera, se vulnera el Preámbulo, los artículos 1, 2 y 79 de la Carta Política, debido a que los propietarios, tenedores, poseedores u ocupantes de predios donde existe interés minero, no son notificados o informados sobre la existencia de solicitudes ni de la suscripción de contratos de concesión a pesar de tener relación con los predios donde habitan y, en consecuencia, no cuentan con la posibilidad de ser escuchados de manera efectiva en dicho trámite. De igual forma, las normas acusadas no contemplan un medio de notificación a las comunidades y poblaciones que habitan dichos territorios. Añaden que el proceso de titulación minera solo contempla el mecanismo de comunicación en el caso de las comunidades indígenas, cuando éstas se encuentran en las zonas de minería, para que hagan efectivo su derecho de prelación; sin embargo, esta situación es excepcional teniendo en cuenta que a 2014 solo existían 17 zonas de minería indígena y de comunidades afrocolombianas registradas en el Ministerio de Minas, lo que conlleva a que el resto de comunidades campesinas, afrocolombianas e indígenas no se enteren de la adjudicación de un título minero previo a su ejecución.

El derecho fundamental a la consulta previa de todos los pueblos indígenas y tribales, exige que éstos sean consultados en relación con los temas que los afectan. Asimismo, requiere que dichos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. En ese orden de ideas y de acuerdo a lo anteriormente expuesto, el derecho a la consulta previa se vulnera por el Código de Minas en el proceso de otorgamiento de títulos mineros.

Igualmente, la ausencia de participación señalada, va en contravía del Preámbulo, los artículos 1, 2, 58 y 333 Superiores, toda vez que “desconoce que la propiedad y la empresa implican una función social que conlleva a obligaciones y, en consecuencia, le es inherente una función ecológica”.

Por otra parte, sostienen que la falta de mecanismos claros, efectivos y expresos de participación y consulta con las comunidades afectadas en las zonas mineras antes del otorgamiento de títulos mineros, vulnera el artículo 209 de la Carta Política “sobre los principios de igualdad y publicidad como ejes del desarrollo de la función administrativa en pro del interés general”.

Luego exponen situaciones concretas que evidencian las consecuencias por el desconocimiento por parte de proyectos de desarrollo minero, del derecho fundamental a la participación de grupos afectados, donde no se contó con mecanismos que invitaran a la intervención de esta población en decisiones que posteriormente implicaron significativos cambios en sus modos de vida,

que conllevaron a conflictos socio-ambientales y a daños irreversibles al medio ambiente.

- En cuanto al tercer cargo de la demanda, consideran que desde la expedición de las normas demandadas las decisiones sobre el desarrollo económico y minero se vienen tomando sin observar los impactos acumulativos y los costos sociales de las actividades de explotación de recursos naturales; sin reparar en las medidas necesarias para la sostenibilidad ambiental y económica futura del país, lo que pone en riesgo el derecho que tienen las generaciones a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna, contenido en el art. 80 CP.

Aducen que, de conformidad con el actual Plan Nacional de Desarrollo, el territorio nacional se viene ordenando en virtud del otorgamiento de títulos mineros, contrariando el deber del Estado de planificación integral que reconoce la base natural existente y su deber de protección ambiental.

En suma, concluyen que los artículos demandados del Código de Minas, desconocen el derecho al ambiente sano de las generaciones presentes y futuras ya que contienen estándares muy bajos de planeación y destinación de recursos naturales que contradicen la constitución ecológica contenida en la Carta de 1991.

De acuerdo con lo expuesto, las intervinientes solicitan como pretensión principal que se declaren inexecutable las normas acusadas, y de manera subsidiaria, mientras se expida la regulación del proceso de selección objetiva para el otorgamiento de títulos mineros, se ordene la aplicación del proceso de selección objetiva dispuesto en materia de hidrocarburos, a fin de que las áreas que cuenten con minerales de interés sean ofertadas y entregadas a la persona que acrediten las mejores condiciones financieras, legales, técnicas y operacionales para ejecutar las actividades.

2.4. Universidad Externado de Colombia

El grupo de investigación en derecho del medio ambiente de la Universidad Externado de Colombia intervino en el presente asunto para defender la constitucionalidad de las normas demandadas contenidas en la Ley 685 de 2001.

a. Respecto al primer cargo de la demanda, señala que el Legislador constituyó un régimen especial sobre los minerales sustentado en la importancia y en las características específicas de estos recursos, donde el principio “*primero en el tiempo, primero en derecho*” fue el resultado de la búsqueda de una manera organizada de brindar un trámite que no creara exclusiones injustificadas sobre la posibilidad de llevar a cabo la explotación de los minerales por parte de los particulares. En su criterio, este principio es el resultado de la aplicación del postulado de participación recogido en la Carta Política, que “evita que de manera excluyente sea solo quienes tengan

mayor capacidad económica los llamados a ejercer la actividad minera en el país, lo que de bulto es contrario a la realidad y limita la actividad ejercida por los mineros que explotan estos recursos en una menor escala”. Sin embargo, señala que frente a los grandes proyectos mineros se debería optar por una vía en la selección del concesionario que no responda al principio en comento, alejada también de la aplicación de los lineamientos de la Ley 80 que desconoce las características de la utilidad pública que detenta la minería en nuestro ordenamiento. En su lugar, propone la creación de un proceso que responda a criterios de selección objetiva en consonancia con los postulados de defensa de los mejores intereses del país aplicables solo a proyectos de gran escala.

b. En cuanto al segundo cargo refiere que el demandante olvida que la utilidad pública no se puede considerar en abstracto, sino que la misma se materializa en figuras jurídicas concretas como son la expropiación y las servidumbres mineras. Con base en la exposición de motivos de la Ley 685 de 2001 y en la sentencia C-297 de 2011 realiza unas apreciaciones acerca de dichas figuras jurídicas y su relación directa con el concepto de utilidad pública.

Por otra parte sostiene que, contrario a lo señalado por el demandante, sí existen espacios dentro del ordenamiento jurídico para que puedan participar los propietarios, tenedores, poseedores y ocupantes de los predios donde existe interés minero, como los diferentes territorios donde se desarrolla una actividad minera legal quienes representan a sus habitantes. Lo anterior sustentado en los lineamientos establecidos por las sentencias C-395 de 2012¹³ y C-123 de 2014¹⁴ *“en donde se otorga prelación al principio unitario frente al autonómico, en razón a objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera”*.

En relación con la crítica que el demandante realiza ante la ausencia de coherencia del sistema normativo, la Universidad refiere que las normas aplicables al ejercicio de la actividad minera no son exclusivamente las contempladas en el Código de Minas, el desarrollo de esta actividad también debe guardar armonía con las normas de carácter ambiental y, en consecuencia, no puede decirse que existe un conflicto entre el artículo 13 de la Ley 685 de 2001 y los mandatos constitucionales relacionados con la protección del medio ambiente, el ejercicio de competencias territoriales y el ejercicio de actividades agrícolas.

c. Frente al tercer cargo, estima que las concesiones mineras por sí solas no generan impacto ambiental y que no puede desconocerse el ciclo minero

¹³ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁴ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz.

compuesto por cinco etapas principales en las que es necesario cumplir con unas obligaciones ambientales. Agrega que el desarrollo sostenible es un concepto que abarca diversos intereses que requiere de la intervención de otras ramas del derecho y de otras ciencias para conciliar la conservación de los recursos naturales y el crecimiento económico de un país.

d. Sobre el cuarto cargo, sostiene que en efecto en el ordenamiento jurídico colombiano existen una serie de instrumentos e instituciones que realizan la planificación de la explotación minera al interior del Estado, entre las que menciona la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) a partir de la cual se creó el Plan Nacional de Ordenamiento Minero (PNOM); el Servicio Geológico Colombiano y el Sistema Nacional Ambiental SINA.

Considera que la declaratoria de utilidad pública de la minería brinda beneficios para una importante cantidad de bienes jurídicos protegidos por la Carta Política, lo cual justifica la restricción que se impone al derecho de propiedad y no lo hace contradictorio con la función ecológica de la propiedad ni con los mandatos ambientales contenidos en el mandato Superior.

e. En lo concerniente al quinto cargo, reconoce que los territorios étnicos y las tierras de resguardo tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables y luego sostiene que no es posible afirmar que el derecho de prelación, (o su falta de ejercicio) implica una vulneración de los atributos de la propiedad de los resguardos indígenas, toda vez que en ningún momento se obliga a transferir la propiedad de estas zonas. El interviniente plantea la necesidad de entender el proceso minero como un conjunto de fases y de diferenciar entre las zonas mineras indígenas y el derecho de prelación, donde la primera tiene como finalidad salvaguardar los intereses propios de estas comunidades frente a la explotación minera en sus territorios que opera incluso antes de iniciarse el proceso minero cuando se efectúa la planificación u ordenación minera y socio ambiental del territorio (art. 122 Código de Minas); mientras que la segunda opera cuando ya hay una iniciativa por parte de un interesado en solicitar un título minero (art. 275 Código de Minas).

De lo anterior se desprende que no solo existe el derecho de prelación a favor de las comunidades indígenas, también se cuenta con una previa zonificación minera que tiene en cuenta las particularidades de estos territorios. En ese orden, concluye que no es cierto que las normas demandadas afecten los derechos de las comunidades indígenas sobre su territorio, pues en cada instancia del proceso minero se atiende a la protección y salvaguarda de sus intereses.

Por último, considera que no existe contradicción entre las normas mineras y ambientales expuesta por los demandantes, toda vez que dentro de las competencias ambientales de las autoridades indígenas no se encuentra la de establecer zonas prohibidas o restringidas para la minería.

2.5. Universidad del Rosario

El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario intervino en el presente asunto solicitando que se declaren inexecutable los artículos demandados de la Ley 685 de 2001. De igual manera solicita que mientras se expida la regulación de selección objetiva para el otorgamiento de títulos mineros, se ordene la aplicación a la actividad minera del proceso que se realiza en materia de hidrocarburos.

Su análisis jurídico se enfoca en apoyar el primer y tercer cargo de la demanda, para lo cual se refieren a (i) la importancia de la selección objetiva en la suscripción de concesiones mineras, y (ii) los derechos de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una vida digna de acuerdo con el marco internacional.

a. Sostiene que el principio “primero en el tiempo, primero en derecho” aplicable en la suscripción de concesiones mineras, contraviene los principios de primacía de interés general sobre el particular, la libertad, la libre competencia, el goce de un ambiente sano, el cumplimiento de los fines estatales, el cumplimiento de los fines del Estado en la economía y la aplicación de los principios de la función administrativa, toda vez que permite que accedan a dichos títulos especuladores, empresas o empresarios ajenos al sector o personas sin experiencia que lograron adquirir el título cumpliendo los requisitos mínimos que se exigen en el artículo 271 de la Ley 685 de 2001.

Por esa razón, propone un proceso de selección objetiva coordinado por la Agencia Nacional de Minería que garantice el principio de transparencia por medio de una licitación o ronda, con la presencia de múltiples oferentes interesados compitiendo para ofrecer las mejores condiciones al Estado en la explotación de recursos mineros.

b. Señala que el principio de economía no se cumple con el actual modelo, en razón a que la primera propuesta por un título minero no supone las mejores condiciones para el Estado. Agrega que con la implementación de una selección objetiva, los servidores públicos darán cumplimiento al principio de responsabilidad al garantizar la elección de la mejor propuesta de manera que se satisfagan los intereses de todos los agentes de la sociedad.

c. Luego de realizar unas consideraciones sobre el ámbito internacional de los derechos humanos de las generaciones futuras, al principio de desarrollo sostenible, al ambiente sano y a la vida digna, así como su importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, concluye que la manera de conceder títulos mineros no responde a una política de sostenibilidad ambiental.

2.6. Universidad de los Andes

La Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública -MASP- de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes, intervino en el presente asunto solicitando que se declare la inconstitucionalidad de las normas demandadas por violar el deber del Estado de planificar el manejo de recursos naturales (art. 80 CP), así como las obligaciones internacionales asumidas por las Nación.

a. En primer lugar, plantea que los artículos 16, 53, 270 y 277 de la Ley 685 de 2001, vulnera el principio de selección objetiva que privilegia la calidad del contratista y no la rapidez con que se presenta la propuesta, toda vez que el procedimiento actual de obtención de un título minero (i) no obedece a las disposiciones generales sobre la contratación estatal, que tiene como presupuesto el proceso de selección objetiva en la mayoría de contratos, incluido el de concesión; (ii) no conlleva al cumplimiento de los objetivos trazados en la Ley 685, pues a pesar de que la primera persona que presente la solicitud puede no ser la más calificada para la actividad minera, tiene prelación sobre otros peticionarios que realicen la explotación de manera racional y atendiendo al desarrollo sostenible; (iii) atenta contra el deber constitucional del Estado consagrado en el artículo 80 CP de realizar una planeación de los recursos naturales para lograr su aprovechamiento y garantizar el desarrollo sostenible.

Luego afirma que los requisitos exigidos para la obtención de un título minero no garantizan que el Estado contrate a proponentes con un mínimo de idoneidad, necesarios para mitigar los posibles daños ambientales y riesgos inherentes a la explotación de recursos naturales.

b. Sostiene que de lo dispuesto en el artículo 226 CP y de los distintos tratados ratificados por Colombia en materia ambiental, se deriva la obligación en cabeza del Estado de planear la administración adecuada de los recursos naturales, lo que se traduce en la aplicación de un proceso de selección objetiva que tenga como resultado el otorgamiento del título minero al oferente más conveniente para llevar a cabo una explotación minera sostenible y basada en la protección de los derechos al medio ambiente y la salud pública de generaciones presentes y futuras. Asimismo señala que los artículos demandados son inconstitucionales por ignorar la jurisprudencia en materia de derechos ambientales, concretamente lo establecido en las sentencias C-671 de 2001, C-339 de 2002,¹⁵ C-519 de 2004 y C-595 de 2010.

d. Por otro lado, considera que la debilidad institucional, la falta de seguimiento y de regulación en el sector minero y el aumento incontrolado de la minería también afecta el ejercicio de derechos humanos como el derecho a la salud, a la vida digna y a un ambiente sano. Sostiene que “las normas acusadas facilitan el desarrollo no planificado de la actividad minera, lo cual no solo puede afectar la calidad de vida de las poblaciones en cuyos territorios

¹⁵ MP. Jaime Araujo Rentería.

se realizan tales procedimientos extractivos sino que tiene la potencialidad de generar graves consecuencias en la salud de las generaciones presentes y futuras e, igualmente, contribuye a la degradación medio ambiental y a la profundización de las desventajas socioeconómicas de las comunidades vulnerables”.

e. Finalmente, plantea que para evitar que efectos nocivos perjudiquen a generaciones presentes y futuras en el procedimiento de titulación minera, es necesario aplicar el principio de precaución establecido en la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, e incorporado en la Ley 99 de 1993, debido a que la explotación no idónea de los recursos naturales causaría un daño grave e irreversible al medio ambiente, sobre el cual se tiene certeza científica. Agrega que el trámite debería estar sujeto a autoridades capaces de prevenir un impacto ambiental, a través de la adopción de medidas preventivas y no correctivas como lo plantea la legislación vigente.

2.8. Senadora Claudia López

- La senadora Claudia López Hernández intervino en el presente asunto apoyando los cargos de la demanda dirigidos contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 685 de 2001, por considerar que el derecho de prelación en el otorgamiento de títulos mineros contenido en esa disposición normativa es inconstitucional.

a. En primer lugar, sostiene que el artículo 16 del Código de Minas vulnera los artículos 1, 2, 79 y 80 de la Carta Política, debido a la omisión de factores económicos, sociales, culturales y ambientales en el otorgamiento de títulos mineros. Al respecto plantea la existencia de una tensión entre el derecho de prelación de la primera solicitud o propuesta de concesión, contenido en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001, y el principio de prevalencia del interés general, materializado en el derecho a gozar de un ambiente sano (art. 79 CP) y en el deber de planificación ambiental (art. 80 CP), en razón a que el otorgamiento del título minero exige únicamente el cumplimiento, al primer solicitante, de una serie de requisitos formales para ejercer su derecho de prelación. Asimismo afirma que la actividad minera presenta tensiones con el medio ambiente.

Frente a lo expuesto, aplica un test de proporcionalidad a fin de determinar si el artículo 16 del Código de Minas impone una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales mencionados, de tal forma que se conlleve a la afectación de un bien colectivo de vital importancia para el interés general. Como conclusión, señala que dicha disposición no cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, y agrega que *“si esta norma no hiciera parte del ordenamiento jurídico colombiano las autoridades mineras podrían hacer una evaluación de todas las propuestas y de esta forma conocer, analizar, y evaluar todos los factores, ya no solo los formales, y así garantizar por un*

lado el derecho a realizar una actividad como la minería pero también el derecho a gozar de un ambiente sano y el cumplimiento del deber de planificación ambiental”.

b. Posteriormente, manifiesta que la ausencia de un proceso de selección objetiva en el otorgamiento de títulos mineros contradice los principios de la función administrativa, especialmente la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones, además de la imparcialidad contemplados en el artículo 209 Superior, pues al conceder de forma preferente al primer solicitante el título minero limita la concurrencia de varios solicitantes en condiciones de igualdad en el proceso de selección de la solicitud a la que concederá el título minero.

c. Para finalizar, plantea que la omisión de la selección objetiva en el proceso de otorgamiento de un título minero vulnera el contenido de diversos instrumentos internacionales en materia ambiental que hacen parte del bloque de constitucionalidad como: (i) la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible de 1992; (ii) la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y la Convención relativa a humedales de importancia internacional; (iii) la Convención sobre diversidad biológica; (iv) la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972; (v) la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible; (vi) la Carta Mundial de la Naturaleza, entre otros, e indica que otorgar la concesión minera a quien primero la solicite y cumpla con unos requisitos formales sin tener en cuenta aspectos como la capacidad económica, técnica y administrativa, o su plan de cumplimiento de las normas mineras y ambientales, no contribuye entre otros aspectos, a la planificación para el uso sostenible en la que se tenga certeza de que la concesión se resuelve a favor de la protección del medio ambiente.

2.9. Alirio Uribe Muñoz, Alberto Castilla e Iván Cepeda

Los señores Alirio Uribe Muñoz, Alberto Castilla e Iván Cepeda Castro, en calidad de ciudadanos y congresistas, intervinieron en el presente asunto solicitando que se declare la inconstitucionalidad de las normas acusadas.

a. En primer lugar presentan un argumento contra el artículo 271 de la Ley 685 de 2001, adicional a lo planteado en la demanda frente a esa disposición, que propone la existencia de una omisión legislativa relativa derivada de la falta de exigencia de la licencia ambiental como requisito para celebrar un contrato de concesión minera, de manera que se proteja el ambiente de daños e impactos previsibles que se derivan de dicha actividad en todas sus fases, incluyendo la exploratoria que también puede generar impacto ambiental y social. Agregan que *“aunque en las actividades de exploración se deben aplicar guías minero ambientales y se deben obtener permisos ambientales, estos no tienen el alcance que tiene la licencia ambiental, la cual es un instrumento preventivo y excepcionalmente correctivo y compensatorio”.*

Como razones que sustentan la omisión legislativa relativa en el caso concreto, señalan que (i) ésta se configura en el artículo que indica los requisitos que se deben reunir para celebrar contratos de concesión minera con el Estado, que para la protección al medio ambiente solo se requiere que el solicitante indique la autoridad ambiental ubicada en el área objeto del contrato, las zonas restringidas para minería y el señalamiento de guías mineras que se aplicarán en la etapa de exploración, omitiéndose incluir herramientas, como la licencia ambiental, que estén dirigidas a resguardar el ambiente de daños que también se pueden presentar en etapas exploratorias; (ii) la norma demandada omitió incluir una herramienta efectiva de protección de bienes constitucionalmente protegidos como el medio ambiente sano y el desarrollo sostenible, que permita asegurar su salvaguarda durante la fase exploratoria; (iii) no existe razón suficiente que justifique por qué se exige la licencia ambiental para la fase de explotación y no para la de exploración. Aunque la segunda conlleva a un menor impacto que la primera, esto no justifica la Ley no exija un instrumento de protección adecuado como puede ser la licencia ambiental; (iv) al excluir de la actividad de exploración la exigencia de la licencia ambiental u otra herramienta que haga frente a los daños ambientales, se genera una desigualdad negativa respecto a la actividad de explotación donde sí se exige, pues ambas actividades producen impactos en el ambiente; y (v) dicha omisión conlleva al incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, como lo es la protección al medio ambiente.

b. Respecto al segundo cargo, con base en la sentencia C-983 de 2010¹⁶ afirman que el contrato de concesión, que al tenor del Código de Minas es el “*título minero*”, produce efectos e impactos sobre terceros que no son informados sobre los mismos y, en consecuencia, no tienen la posibilidad real de hacerse partícipes del trámite ni de ser escuchados de manera efectiva a pesar de que sus predios son susceptibles de ser intervenidos y expropiados. Por otro lado, en tanto la actividad minera en todas sus fases es considerada por la ley como de utilidad pública e interés social legitimando la negociación directa o la expropiación de los predios donde se encuentren los minerales, el propietario debería tener derecho de informarse del proceso que está en curso. Plantean que la anterior situación es violatoria de mandatos constitucionales como la participación y el debido proceso.

c. Frente a los cargos tercero y cuarto consideran que el proceso de selección y otorgamiento de concesiones mineras no contempla un mecanismo previo e indispensable que verifique que el otorgamiento de títulos se produzca en zonas disponibles para la actividad minera, es decir, áreas donde no esté prohibida legal y constitucionalmente dicha actividad. Esta situación ha ocasionado el otorgamiento de títulos mineros en zonas que, con posterioridad, fueron declaradas páramos, humedales, fuentes hidrográficas, etc.

¹⁶ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

e. En relación con el quinto cargo, sostienen que el artículo 122 de la Ley 685 referido a las zonas mineras indígenas, afecta la autonomía y gobierno propio de los pueblos indígenas al imponerse sobre ellos medidas que no son informadas a sus autoridades ni cuentan con el procedimiento de consulta previa. Aclaran que la expresión “*dentro de los territorios indígenas*” contenida en dicha disposición protege tanto los territorios formalizados como a aquellos en trámite de reconocimiento que devienen de la ocupación histórica tradicional que tienen estos pueblos. Por esta razón solicitan a la Corte Constitucional que en caso de que no declare la inconstitucionalidad del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, declare la constitucionalidad condicionada de la expresión citada, de manera que se entienda que los territorios indígenas no son solo los formalizados y que además ordene a las autoridades competentes disponer de información sobre las ocupaciones ancestrales de los pueblos indígenas.

Finalmente, manifiestan su desacuerdo con la petición subsidiaria de los demandantes en cuanto a la aplicación del proceso de selección objetiva a la actividad minera, pues en su criterio esto genera problemas constitucionales ya expuestos con anterioridad ante la Corte Constitucional (expediente D-10864).

2.10. Comisión Intereclesial de Justicia y Paz

La Comisión Intereclesial de Justicia y Paz presentó concepto solicitando que se declare la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

En concreto, su intervención se dirige a ampliar los argumentos relacionados con los cargos tercero y quinto de la demanda. Respecto al tercer cargo, se refiere al derecho de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna, adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 80 constitucional que al consagrar el concepto de desarrollo sostenible impone un límite al crecimiento económico. Señala que las disposiciones acusadas contenidas en el Código de Minas conforman un modelo de contratación para la concesión de títulos mineros que no corresponde a ninguna planeación estratégica de los recursos de la nación, que repercute en los derechos de las generaciones futuras por los impactos ambientales negativos que ocasiona a los bienes comunes para su bienestar y debido a que la extracción desenfrenada desconoce las necesidades de dichas generaciones.

En cuando al quinto cargo de la demanda, indica que el Código de Minas establece frente a los grupos étnicos un derecho de prelación respecto a las solicitudes que se presenten para desarrollar minería en sus territorios. Sin embargo, estos no cuentan con un mecanismo para oponerse a la realización de actividades mineras, afectándose de esa forma su derecho fundamental colectivo al territorio y los atributos de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e

inembargabilidad de los resguardos indígenas, como también su autonomía al verse obligados a explotar su territorio ancestral o a permitir que terceros lo hagan, es decir, que de cualquier manera éste será intervenido. Asimismo se anulan los fines constitucionales que buscan realizarse con la titulación colectiva de los territorios a las comunidades étnicas que ancestralmente los han habitado.

La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado en Colombia, y la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrodescendientes (CNOA) intervinieron en el presente asunto solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los artículos demandados.

Su análisis jurídico está encaminado a complementar los argumentos de la demanda en relación con la violación del bloque de constitucionalidad que implica el modelo de concesión de recursos minerales establecido en las normas acusadas desde la óptica de las víctimas de desplazamiento, despojo y abandono forzado de tierras, y de los pueblos étnicamente diferenciados en riesgo de exterminio físico y cultural a la luz del seguimiento de la Corte Constitucional llevado a cabo en la actualidad en el marco de la sentencia T-025 de 2004 y el estado de cosas inconstitucional declarado en esa providencia.

a. En primer lugar, plantean la incompatibilidad jurídica del modelo de asignación de contratos de concesión minera con el carácter público de la propiedad sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables. Adicional a lo expuesto por los demandantes, afirman que el principio “*primero en el tiempo, primero en derecho*” aplicable para la concesión de títulos mineros contemplado en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 es incompatible con el artículo 332 de la Constitución Política, pues impone legalmente una regla característica de un modelo de acceso en un entorno constitucional que establece el dominio estatal sobre el subsuelo como atributo soberano y patrimonial del Estado funcional a los derechos de sus asociados, que se encuentra supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, especialmente al servicio de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y al mantenimiento de la integridad territorial.

Agrega que el sistema contenido en el artículo 16 del Código de Minas implica la ausencia de mecanismos de protección de las comunidades en riesgo de desplazamiento o víctimas de violaciones a derechos humanos en aquellos casos en que los contratos de concesión minera se otorgan a los primeros solicitantes de manera indiscriminada ignorándose el efecto de la implementación de los proyectos de exploración y explotación en zonas de conflicto armado o donde los derechos humanos de las personas se encuentran en un riesgo grave de desprotección.

b. Luego menciona los efectos contextuales de la proliferación de títulos en medio del conflicto armado desde la perspectiva del estado de cosas constitucional declarado en sentencia T-025 de 2004. Señala que la principal consecuencia de un modelo de selección que carece de evaluaciones de idoneidad técnica, cultural económica y social de los proponentes, como es el establecido en el Código de Minas, es la proliferación de títulos en todo el territorio nacional. Luego describe diversas situaciones concretas relacionadas con áreas donde de manera simultánea convergen zonas de conflicto armado y violaciones de derechos humanos y la existencia de títulos mineros vigentes, y concluye que el modelo de concesiones mineras actualmente vigente se aplica en ausencia del reconocimiento de la posición de garante de derechos que tiene el Estado con las poblaciones que se verán afectadas con la titulación minera en sus territorios en relación con sus derechos fundamentales individuales y colectivos.

c. Para finalizar, afirma que el derecho de prelación y la imposición de zonas mineras a pueblos étnicos atenta contra la Carta Política y el bloque de constitucionalidad relativo a los derechos territoriales de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, considerados en riesgo de exterminio físico y cultural por los factores vinculados al conflicto armado.

Específicamente señalan que los artículos 122, 124, y 128 del Código de Minas es violatorio de lo dispuesto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los derechos de posesión, uso y goce, y de ejercer control colectivo en tierras y territorios comunitarios, toda vez que dichas normas autorizan el otorgamiento de títulos mineros sin garantizar el derecho a la consulta previa de dichas comunidades, y además a través del derecho de prelación las obliga a hacer minería afectando la libre disposición de sus territorios. Adicionalmente imposibilita a las autoridades legítimas de estos pueblos aplicar sus propias normas y costumbres frente a intromisiones de personas extrañas en el territorio. Asimismo impide la explotación colectiva y autónoma de las tierras y territorios comunitarios conforme a sus costumbres, creencias y métodos propios de aprovechamiento de recursos.

A lo anterior se suma la violación del derecho de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales vinculados a sus tierras y el derecho a la protección ambiental y a la salvaguarda de la biodiversidad territorial en concordancia con la cosmovisión y el modelo del buen vivir propios.

2.11. Comisión Colombiana de Juristas y el Movimiento holandés PAX (CCJ y PAX)

La Comisión Colombiana de Juristas, y el movimiento holandés PAX intervinieron en el presente asunto solicitando que se declaren inexecutable las normas demandadas por vulnerar el derecho de participación ciudadana de las

comunidades no étnicas que se ven afectadas por proyectos mineros, y debido al desconocimiento del deber estatal de protección de los derechos humanos.

a. En primer lugar, exponen que la comunidad internacional en el marco de la ONU ha desarrollado estándares sobre la responsabilidad del Estado y de las empresas en relación con el respeto de los derechos humanos, tales como los “Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos”. Destacan el principio de *debida diligencia* que exige a las compañías incluir la participación ciudadana de quienes podrán ver afectados por la actividad empresarial y afirman que la obligación de garantizar estas condiciones recae sobre el Estado.

También hacen alusión a normas internacionales que contienen mandatos relacionados con el derecho de las personas a participar en las decisiones que puedan afectarlas, tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21), y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho de participación ciudadana en proyectos de gran impacto social y ambiental y le ha dado un alcance particular a la cláusula de democracia participativa. Al respecto, mencionan las sentencias C-180 de 1994¹⁷, C-891 de 2002,¹⁸ T-348 de 2012,¹⁹ T-135 de 2013,²⁰ y C-123 de 2014²¹.

En ese orden de ideas, concluyen que el proceso de otorgamiento de concesiones mineras carece de procedimientos que permitan la participación ciudadana de las comunidades que pueden verse afectadas por este tipo de proyectos. Los artículos 275 y 276 del Código de Minas establecen la obligación de comunicar a las comunidades étnicas la propuesta del interesado para que se pronuncien sobre su derecho de prelación, pero nada dice sobre el resto de la población que pudiera verse afectada, lo que se traduce en el desconocimiento de estándares internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

b. Posteriormente, sostienen que la flexibilidad de los requisitos de la Ley 685 desconocen la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia en la protección de los derechos humanos, consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), el Pacto Internacional de Derechos

¹⁷ MP. Hernando Herrera Vergara. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa. SPV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ MP. Jaime Araujo Rentería.

¹⁹ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

²¹ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz.

Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2.) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1, 2.), “por cuanto el Estado ha tenido conocimiento de las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos que se han dado con ocasión de varios proyectos mineros a lo largo del país y que han contribuido al recrudecimiento del conflicto armado colombiano, y aún así no ha realizado ninguna de las acciones establecidas en la CADH para adecuar su marco normativo y así obrar con la debida diligencia para prevenir la continuación de estas graves violaciones”.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Jefe del Ministerio Público emitió el concepto No. 6064 del 26 de febrero de 2016, solicitando a esta Corporación que declare la *exequibilidad* de los artículos demandados contenidos en la Ley 685 de 2001.

- Como problema jurídico, la vista fiscal considera que corresponde determinar si las disposiciones acusadas desconocen el criterio de selección objetiva del beneficiario del contrato de concesión minera y, en consecuencia, riñen con los mandatos constitucionales señalados por los demandantes.

b. En primer lugar, precisa que en concordancia con lo dispuesto en la Carta Política, el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (art. 332 CP). Asimismo, el texto Superior le asignó a este la dirección de la economía (art. 334 CP), en virtud de lo cual está facultado para intervenir en la explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como en el uso del suelo. Agrega que el artículo 150 Superior faculta al Congreso de la República para expedir códigos en todos los ramos de la legislación, como es el caso del Código de Minas, que regula los actos del Estado en relación con las facultades que le otorga la Carta Política, antes mencionadas.

Explica que el artículo 14 del Código de Minas faculta al Estado para disponer de la propiedad de los recursos naturales no renovables a través de un título minero denominado contrato de concesión, que confiere a un tercero el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal. De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado²², este contrato posee características especiales que lo diferencian de otros contratos de concesión, toda vez que (i) es un acuerdo de voluntades cuya duración es la que solicite el proponente hasta por un máximo de treinta años; (ii) no confiere al beneficiario derecho de propiedad alguno, pero sí derechos patrimoniales oponibles frente a terceros y transmisibles de acuerdo con la ley; (iii) las obligaciones que nacen del acuerdo tienen carácter legal, es decir, que se trata de un contrato de adhesión, puesto que su celebración no da lugar a pre negociar sus términos, condiciones y modalidades.

²² Sentencia del tres de febrero de dos mil diez, radicado 11001-03-26-000-2006-00052-01(33187), Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

En ese orden de ideas, en virtud del carácter especial del contrato de concesión minera, es que el artículo 53 de la Ley 685 de 2001 señala que aquel se regula por las normas contempladas en dicho código y no por las contenidas en la Ley 80 de 1993, sin que ello implique que no le sean aplicables a estos contratos las normas constitucionales que consagran los principios, derechos (art. 29 CP, debido proceso) y disposiciones que gobiernan el ejercicio de la función pública (art. 209 CP, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad).

Luego, indica que el artículo 16 del Código de Minas concede a la primera propuesta el derecho de prelación para obtener la concesión frente a otras solicitudes, siempre que dicha propuesta reúna los requisitos señalados en los artículos 270 a 279 del mismo estatuto, lo que significa que la norma no confiere por sí sola a la primera propuesta el derecho a la celebración del contrato de concesión. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado en la precitada sentencia, con el fin de puntualizar que en el procedimiento para suscribir contratos de concesión minera sí se aplica un criterio de selección objetiva, pues además del derecho de prelación de la primera solicitud o propuesta de concesión (art. 16 Código de Minas), dicha propuesta debe cumplir con los requisitos señalados por la ley (art. 271 Código de Minas), siendo uno de ellos demostrar capacidad económica para la ejecución del proyecto (art. 22 Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018).

b. Por otro lado, el Jefe del Ministerio Público estima que la garantía de protección de los recursos naturales renovables se materializa (i) por la licencia ambiental otorgada por la entidad competente; (ii) en la observancia de las normas ambientales por parte de los exploradores y explotadores; y (iii) en el control oportuno que ejercen tanto las autoridades ambientales como las mineras.

c. En relación con la presunta vulneración del derecho fundamental a la participación de las personas que resultan afectadas por los proyectos mineros, afirma que si bien las disposiciones demandadas no regulan un espacio para la participación ciudadana, tampoco impiden que se apliquen las normas existentes dentro del ordenamiento jurídico que garantizan tal derecho, como lo son la Ley 99 de 1993, el Convenio 169 de la OIT (aprobado por la Ley 21 de 1991), entre otras.

d. Frente a la presunta violación por parte de las normas acusadas, de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas y el desconocimiento de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas sobre sus territorios, considera que de la lectura de los artículos 122, 124 y 128 demandados, se infiere que allí se garantizan los derechos de los pueblos indígenas que habitan los territorios donde se pretenden hacer actividades mineras, al igual que su derecho de participación de los representantes de las respectivas comunidades. Agrega que ya en

sentencia C-891 de 2002²³ la Corte Constitucional por cargos similares, declaró la exequibilidad de los artículos 121, 122, 123, 124, 125, 126 y 128 de la Ley 685 de 2001.

e. Finalmente, en cuanto al cargo por presunta vulneración de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas por parte de los artículos 122, 124 y 128 acusados, el Jefe del Ministerio Público sostiene que dichas disposiciones no contemplan la posibilidad de que sobre dichas áreas se puedan celebrar actos jurídicos distintos a los relacionados con los de exploración y de explotación minera, como tampoco señalan que se pueda transferir el dominio de los territorios indígenas o se pueda adquirir por el paso del tiempo.

V CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corte es competente para conocer la demanda de la referencia, en virtud de lo establecido por el artículo 240.4 de la Constitución Política, que faculta a esta Corporación para decidir las demandas ciudadanas contra las leyes de la República. Las normas demandadas, en efecto, hacen parte de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), cuyo control compete a la Corte Constitucional.

PRIMERA PARTE *(Cargos 1º al 4º del escrito de demanda)*

Cuestiones previas.

Para efectos de dar claridad a la exposición, la Sala dividirá esta sentencia en dos grandes partes, en atención a la formulación de los cargos, siguiendo el esquema argumentativo de la reciente decisión C-035 de 2016.²⁴ En la primera parte abordará los cargos primero al cuarto, en tanto cuestionan el conjunto de normas del Código de Minas que regulan el acceso al contrato de concesión minera (o título minero). En la segunda parte, evaluará los cuestionamientos que se refieren específicamente a las normas que atañen a los pueblos indígenas.

La demanda objeto de estudio plantea un amplio conjunto de cuestionamientos contra un grupo extenso de normas del Código de Minas (Ley 685 de 2001), por la violación de un listado igualmente amplio de normas constitucionales. Aunque todos los intervinientes responden los cuestionamientos presentados en la demanda, y sólo uno de ellos plantea también la necesidad de revisar la

²³ MP. Jaime Araujo Rentería.

²⁴ MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero, Alejandro Linares Cantillo, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Alberto Rojas Ríos.

aptitud de la demanda, la Sala estima necesario hacer una evaluación previa sobre este aspecto, para depurar los problemas jurídicos a analizar.

Por otra parte, existe un pronunciamiento constitucional en torno a cinco de las normas demandadas, contenido en la sentencia C-891 de 2002,²⁵ tal como lo mencionan algunos intervinientes. En consecuencia, es necesario que la Corte determine si existe cosa juzgada constitucional, en relación con los cargos propuestos por el demandante, bien sea a raíz de esa decisión, bien sea a partir de otros pronunciamientos relacionados con la normativa minera vigente.

De la aptitud de la demanda

3.2. Requisitos argumentativos de la demanda

De conformidad con el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, las demandas de inconstitucionalidad deben cumplir requisitos formales mínimos, que se concretan en (i) señalar las normas acusadas y las que se consideran infringidas; (ii) referirse a la competencia de la Corte para conocer del acto demandado; (iii) explicar el trámite desconocido en la expedición del acto, de ser necesario, y (iv) presentar las razones de la violación.

La última de esas condiciones exige al ciudadano asumir cargas argumentativas mínimas, con los propósitos de (i) evitar que la Corporación establezca por su cuenta las razones de inconstitucionalidad, convirtiéndose entonces en juez y parte del trámite y generando una intromisión desproporcionada del Tribunal Constitucional en las funciones propias del Congreso de la República; (ii) evitar que, en ausencia de razones comprensibles, que cuestionen seriamente la presunción de corrección de las decisiones adoptadas en el foro democrático, se profiera un fallo inhibitorio, que frustre el objeto de la acción; y (iii) propiciar un amplio debate participativo.

En ese orden de ideas, las razones de inconstitucionalidad deben ser “(i) **claras**, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) **ciertas**, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) **específicas**, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) **pertinentes**, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) **suficientes**, esto

²⁵ MP. Jaime Araujo Rentería.

es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada". (C-1052 de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa).

En los casos en que el accionante afirma que existe una omisión legislativa relativa, debe asumir unas cargas especiales que, en realidad, hacen parte de la condición de suficiencias. Concretamente, debe acreditar:

“(i) Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tendrían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”²⁶.

Ahora bien, la acción de inconstitucionalidad es de naturaleza pública y constituye una de las herramientas más poderosas de defensa de la supremacía de la Constitución y un derecho político de todo ciudadano. Por ello, la Corte ha explicado que la evaluación de los requisitos mencionados debe efectuarse con base en el principio *pro actione*, y que estas condiciones no son formalidades, sino herramientas para verificar si la demanda genera un auténtico problema de constitucionalidad.²⁷

Procede la Corte a analizar el cumplimiento de las cargas argumentativas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

3.2.1. Claridad

²⁶ Sentencia C-427 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), C-1549 de 2000 (MP. Martha Victoria SÁCHICA Méndez), C-1255 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), C-936 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) C-833 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), entre otras.

²⁷ Al respecto, en la sentencia C-330 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), explicó la Corte: “No obstante, también ha resaltado, con base en el principio de *pro actione* que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado; en tal medida, ‘el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo. [Sentencia C-533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-100 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

La demanda presenta un amplio conjunto de argumentos destinados a cuestionar la validez de normas del Código de Minas, relacionadas con la forma en que se entregan contratos de concesión o títulos mineros, en general; y en territorios de propiedad colectiva de pueblos indígenas, en particular. A pesar de su extensión, estos argumentos llevan un hilo conductor fácilmente identificable y no adolece de oscuridad o falta de coherencia argumentativa, que impida comprender a qué se refieren los cuestionamientos. En concepto de la Corte, no cabe duda de que la demanda cumple el requisito de claridad.

3.2.2. *Certeza*

Esta condición hace referencia al deber de identificar adecuadamente, de manera plausible o razonable, lo que ordenan las normas o expresiones demandadas. Es decir, su contenido semántico.

El Ministerio del Interior, con respecto a los cargos segundo, tercero y cuarto, solicita que se declare la inhabilitación.

Además, en concepto de algunos intervinientes, la demanda podría enfrentar dos problemas de certeza distintos. De una parte, basarse en una interpretación subjetiva de ciertas normas demandadas y relacionadas con la definición y los requisitos para la obtención de un título minero, pues en realidad las concesiones mineras no siguen el método de *primero en el tiempo y primero en el derecho*, y no es cierto que el único requisito para su obtención sea la presentación de un conjunto de condiciones formales.

En concepto de la Sala estos contra argumentos no desvirtúan la certeza de la demanda, sino que permiten entender con mayor precisión el alcance de la controversia, al tiempo que proponen diversas respuestas al problema jurídico que debe resolver esta Corporación.

Así, aunque podría concluirse al cabo de un estudio de fondo de la demanda que lo que dice la Procuraduría es cierto en el ordenamiento jurídico actual, no puede sostenerse, en cambio, que la interpretación que los demandantes dan a las normas cuestionadas sea abiertamente subjetiva o infundada, dado que, incluso autoridades públicas como la Agencia Nacional de Minería, o expertos como la Universidad Externado de Colombia o Dejusticia se refieren también al principio “primero en el tiempo, primero en el derecho”, y es indiscutible (pues así lo plantea el propio Código de Minas) que estos trámites constituyen una excepción al régimen de contratación estatal, previsto en la Ley 80 de 1993.

Para evitar que se entienda como una posición favorable a una de las hipótesis en discusión, la Sala no hablará del método “primero en el tiempo, primero en el derecho”, sino simplemente del método actual para el acceso a los títulos mineros.

3.2.3. *Pertinencia.*

Los cargos propuestos por el actor son pertinentes, en la medida en que plantean la violación de un conjunto de normas de la Constitución Política, las cuales describen a partir de una interpretación basada en elementos normativos relevantes, como la jurisprudencia de este Tribunal.

Es cierto que, en el curso de la argumentación, los actores incorporan algunos juicios de valor o pronósticos sobre una situación futura, sin existir pruebas empíricas. La demanda indica que el método actual no es el mejor, el más conveniente para el país, el que le traerá mayores beneficios; califica de acelerada y desordenada la entrega de títulos actual, y habla de un futuro incierto.

Sin embargo, también se refiere con argumentos a los deberes previstos en el artículo 80 Superior en cuanto a la protección del ambiente; al principio de desarrollo sostenible; a los mandatos de la Constitución ecológica; al derecho fundamental de participación ciudadana; a la intervención del Estado en la economía; a la prevalencia del interés general, y a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, todos estos, mandatos contenidos en diversas normas constitucionales, como los artículos 1º, 2º, 40, 63, 79, 80, 332 y 334 de la Carta Política.

En ese marco, las cuestiones que plantea son plenamente constitucionales, como se verá al definir los problemas jurídicos a abordar, más allá de que una parte de su argumentación sea también de naturaleza política. En lo que tiene que ver con afirmaciones empíricas no comprobadas, sin embargo, es preciso hacer una aclaración relevante. Algunos de los mandatos constitucionales que se invocan como parámetros de control tienen que ver con hechos inciertos (como el desarrollo sostenible o los derechos de generaciones futuras) o con aspectos que exigen un amplio conocimiento técnico y empírico acerca de la minería.

Como la acción de inconstitucionalidad es una acción pública, debe ser accesible para todos los ciudadanos, y, en este marco, las complejidades que supone la predicción de los hechos futuros o la crítica razonable de la planeación actual, podrían llevar a que, pese a que el constituyente incorporó normas indeterminadas que miran al futuro, los actores no puedan buscar su protección en el marco del control abstracto, dada la pretendida naturaleza lógica y abstracta de la acción.

Obviamente, esa posibilidad no sería la que defiende de mejor manera la supremacía constitucional, ni la que respalda con suficiente fuerza el principio expansivo de la participación. Cuando un ciudadano eleve tales afirmaciones, lo que se exige es que su argumentación no sea caprichosa; que sea plausible y que explique, con razonamientos seriamente elaborados, por qué estima

posible la violación de estos principios, con proyección al futuro. En el estudio del cargo se volverá sobre este punto.

3.3.4. *Especificidad*

Este requisito se dirige a que los cargos no se limitan a mencionar una posible violación de la Carta, sino que se esfuercen por demostrarla.

En el caso concreto, el Ministerio de Justicia cuestionó la especificidad de la demanda, en torno a los cargos 2º a 4º, que se refieren a los principios de participación ciudadana, los derechos de las generaciones futuras, y el mandato de planificación ambiental.

Tal como ocurre con el análisis de pertinencia, es posible señalar que no todos los razonamientos de los accionantes constituyen una clara explicación de cómo las normas cuestionadas violan la Carta Política. Sin embargo, es viable identificar en cada aparte de su demanda razones concretas para explicar su inconformidad, de manera adecuada y suficiente.

En este punto es importante efectuar una precisión metodológica. Los cargos primero a cuarto se dirigen, en su conjunto, contra un grupo de normas constitucionales que, en concepto de los actores, definen el modo de acceso a una concesión minera. Es necesario, para entender su especificidad, mantener presente que no se agotan en indagar por el sentido constitucional de uno u otro requisito específico para acceder a una concesión, sino a la totalidad de estos. Sólo así es posible entender por qué los actores demandan normas que, por sí solas, no parecerían tener un contenido normativo propio. Lo hacen porque integran un cuerpo normativo que debe entenderse sistemáticamente para así identificar el procedimiento de concesión minera. Teniendo clara esa premisa, es posible entender la especificidad de cada uno de los cargos primero al cuarto.

3.4.5. *Suficiencia*

La demanda aporta *suficientes* elementos de juicio para generar un fallo de fondo por parte de la Corte Constitucional, pues es capaz de crear una duda inicial sobre las normas demandadas y, en consecuencia, sobre la presunción de constitucionalidad que las ampara. Esta duda inicial ha generado un valioso proceso participativo, y obliga al Tribunal Constitucional a brindar una respuesta a los problemas planteados.

El examen de aptitud de la demanda se encuentra superado. Sin embargo, las advertencias realizadas en torno a los requisitos de especificidad y pertinencia, llevarán a la Sala a plantear tan sólo dos problemas jurídicos. El primero, recogerá los cargos primero a cuarto de la demanda. El segundo, el quinto cargo.

El principio de cosa juzgada. Reiteración de jurisprudencia.

11. El artículo 243 de la Constitución Política establece que las decisiones que adopta la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional²⁸, y que ninguna autoridad puede reproducir el *contenido material* del acto declarado inexecutable por razones de fondo, mientras en la Carta se preserven los mandatos que sirvieron como fundamento de ese pronunciamiento.

12. Desde ese punto de vista, acogido por el Constituyente de 1991, la cosa juzgada constitucional -además de ser un principio jurídico incorporado al debido proceso-, persigue dos propósitos esenciales.

Primero, en armonía con el artículo 4º Superior, otorga eficacia al principio de supremacía constitucional, pues (i) evita que después de una decisión de la Corte Constitucional sobre la incompatibilidad de una norma con la Constitución, esta pueda regresar al orden jurídico, (ii) desarrolla la interpretación autorizada de los mandatos constitucionales, dotándolos de precisión; y (iii) previene sobre interpretaciones abiertamente incompatibles con la Carta, evitando que sean asumidas por el Legislador al momento de concretar los mandatos superiores.

Segundo, garantiza la seguridad jurídica, pues las decisiones de la Corte son definitivas y vinculantes para todos (efectos *erga omnes*), y su sentido no puede ser alterado por sentencias posteriores. Por lo tanto, un nuevo examen del asunto solo es posible si se modifican las normas superiores concretas que sirvieron de parámetro de control. De esa manera, se excluye la procedencia de nuevas demandas basadas en los mismos motivos, evitando desestabilizar el ordenamiento jurídico, y se establece una garantía de auto control al activismo judicial, pues las sentencias previas determinan la adopción de una decisión idéntica, en caso de que el asunto sea puesto en conocimiento de la Corte nuevamente.

13. En tal sentido, como lo sostuvo la Corte en sentencia C-720 de 2007,²⁹ el efecto de cosa juzgada constitucional comporta, al menos, las siguientes consecuencias:

“En primer lugar la decisión queda en firme, es decir, que no puede ser revocada ni por la Corte ni por ninguna otra autoridad. En segundo lugar, se convierte en una decisión obligatoria para todos los habitantes del territorio. Como lo ha reconocido la jurisprudencia, la figura de la cosa juzgada constitucional

²⁸ Constitución Política, artículo 243: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional || Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

²⁹ M.P. Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino.

promueve la seguridad jurídica, la estabilidad del derecho y la confianza y la certeza de las personas respecto de los efectos de las decisiones judiciales³⁰”.

14. La Corte Constitucional se ha pronunciado en un amplio número de sentencias sobre el principio de cosa juzgada, y ha establecido un conjunto de distinciones para su adecuada comprensión. En esta oportunidad, la Sala recordará la jurisprudencia acerca de la diferencia entre la cosa juzgada formal y material; y cosa juzgada absoluta y relativa.

15. De acuerdo con ideas de la teoría del derecho aceptadas en la jurisprudencia de esta Corporación, es posible distinguir entre las normas y los textos en que son formuladas. Los últimos se denominan *disposiciones* o *enunciados jurídicos* y, en principio, coinciden con los artículos, numerales o incisos en que se encuentran formuladas las reglas o principios constitucionales y legales³¹, aunque estas formulaciones pueden encontrarse también en fragmentos más pequeños de un texto normativo, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición.

16. Las normas, siguiendo con esta construcción, no son los textos legales sino su significado. Ese significado, a su vez, solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos, según la forma en que cada intérprete les atribuye significado³². Las normas de competencia del orden jurídico definen, sin embargo, el órgano autorizado para establecer con autoridad la interpretación jurídica de cada disposición, según criterios de especialidad y jerarquía, en el sistema de administración de justicia.

17. En ese plano, la cosa juzgada formal recae sobre disposiciones o enunciados normativos, mientras que la cosa juzgada material se estructura en relación con las normas, o los *contenidos normativos* de cada disposición. En consecuencia, la cosa juzgada formal se configura cuando se presenta una demanda contra una disposición sobre cuya constitucionalidad la Corte se había pronunciado previamente, mientras que la cosa juzgada material se produce cuando, a pesar de demandarse una disposición distinta, el Tribunal constitucional constata que su contenido normativo coincide con el que ya había analizado. Por ejemplo, cuando un artículo de una ley formula de manera distinta un contenido normativo previamente estudiado por la Corte Constitucional.

³⁰ Sentencia C-153 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas. SV Manuel José Cepeda Espinosa y Álvaro Tafur Galvis).

³¹ Se hace referencia únicamente a estas dos fuentes por simplicidad expositiva, aunque la distinción es aplicable a cualquier texto jurídico que opere como fuente de derecho.

³² En sentido contrario, diversas disposiciones pueden interpretarse sistemáticamente para construir con base en ellas un solo contenido normativo, aunque por simplicidad expositiva se prescinde de calificaciones adicionales.

18. La diferenciación entre disposición y norma se relaciona también con las decisiones en que se adoptan efectos modulados y, especialmente, con las sentencias que declaran la exequibilidad condicionada de una norma. Cuando la Corte dicta una sentencia de esa naturaleza, lo que ocurre es que el demandante razonablemente demuestra que existe una interpretación de un texto legal que resultaría incompatible con la Constitución Política, pero la Corte evidencia que también existe una interpretación razonable del enunciado, que no afecta la supremacía de la Carta.

En otros términos, el texto permite potencialmente derivar dos normas jurídicas distintas, y la Corte preserva la que se ajusta a la Constitución, maximizando a la vez el principio democrático, mediante la conservación de las normas dictadas por el Legislador. Al respecto, la Corte ha explicado: *“hay lugar a declarar la existencia de la cosa juzgada formal, en aquellos eventos en los que existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional”*³³. Así mismo, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material cuando a pesar de haberse demandado una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto de juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se aplique comporte un cambio sustancial en su alcance y significación”^{34, 35}.

19. Los efectos de la cosa juzgada, expresados en el citado artículo 243 de la Constitución Política, se producen tanto cuando se configura desde la perspectiva formal, como cuando lo hace desde la concepción material, pues el citado precepto no hace diferenciación alguna al respecto, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional poseen fuerza vinculante *erga omnes*, en lo que hace al sentido de la decisión y en lo concerniente a la interpretación que sienta sobre los mandatos constitucionales.

Ahora bien, el sentido de la decisión previa determina también la forma en que la Corte debe pronunciarse ante una demanda que propone repetir un examen resuelto ya por un fallo que hizo tránsito a cosa juzgada. Ante la reproducción de un contenido normativo declarado inconstitucional por razones de fondo, debe declararse la inconstitucionalidad de la norma objeto de análisis,

³³ C-427 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-489 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-774/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

³⁴ C-427 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-447 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-310 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

³⁵ 9. Una consecuencia adicional de asumir la distinción entre disposición y norma jurídica es la posibilidad excepcional de asumir el estudio de constitucionalidad sobre interpretaciones específicas de los textos jurídicos, siempre que el demandante demuestra que esas interpretaciones han sido asumidas como ciertas por los operadores jurídicos y, especialmente, por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones. Ese trabajo argumentativo consiste en indicar que, con independencia de la formulación de las normas “en el papel”, existe un *derecho viviente* que las concibe de una manera determinada, y otorga consecuencias normativas en los distintos procesos a esa concepción. (Al respecto, ver la sentencia C-557 de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa)

mientras que si la decisión previa fue de exequibilidad, la Corte debe *estarse a lo resuelto* en la sentencia previa “*a menos que se presenten circunstancias excepcionales que enerven los efectos de la cosa juzgada, como ocurre, por ejemplo, (i) cuando se presentan reformas constitucionales que varían los parámetros de comparación; (ii) cuando así lo demanda el carácter dinámico del Texto Superior; (iii) o cuando se presenta la necesidad de realizar una nueva ponderación de valores o principios constitucionales a partir del cambio de contexto en que se inscribe la disposición acusada*”.³⁶

a. Cosa juzgada absoluta y cosa juzgada relativa.

20. Desde una perspectiva de análisis distinta, la Corte Constitucional también ha precisado la diferencia entre la *cosa juzgada absoluta* y la *cosa juzgada relativa*. La primera, se basa en la presunción según la cual el Tribunal analiza la conformidad de la norma demandada con *todos los artículos de la Constitución Política*, mientras que la segunda supone la existencia de una decisión definitiva, únicamente en relación con los problemas jurídicos efectivamente abordados por la Corporación.

Como se trata de una presunción, la Sala Plena ha explicado que la cosa juzgada relativa se puede configurar solo si en la parte resolutive de la sentencia la Corte declara la constitucionalidad de la norma *por los cargos analizados* (cosa juzgada relativa explícita), o si de la parte motiva se infiere inequívocamente que el examen se limitó a los cargos o problema jurídico construidos en la demanda (cosa juzgada relativa implícita).

21. Ahora bien, como las decisiones de inexecutable implican la exclusión de la norma analizada del sistema jurídico, estas siempre tienen efectos de cosa juzgada absoluta, en tanto que la cosa juzgada relativa solo puede atribuirse a las decisiones de exequibilidad simple o condicionada. Sobre las distinciones entre estos tipos de cosa juzgada, ha explicado la Corte:

“La primera [la cosa juzgada absoluta] opera plenamente, precluyendo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas de inconstitucionalidad contra las normas que han sido examinadas, si en la providencia no se indica lo contrario, y mientras subsistan las disposiciones constitucionales que fundamentaron la decisión. Por el contrario, la segunda [la cosa juzgada relativa], admite que, en el futuro, se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado. Sobre esta última posibilidad, la sentencia C-004 de 1993, explicó que la cosa juzgada relativa opera en dos tipos de

³⁶ Ver, en relación con cada una de estas posibilidades, las sentencias C-460 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla. SV Jaime Araújo Rentería), C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV Manuel José Cepeda Espinosa), y C-228 de 2002 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. AV Jaime Araújo Rentería)

situaciones:

a) cuando el estudio de exequibilidad de una norma se ha hecho desde el punto de vista formal, pues en el futuro pueden existir nuevos cargos por razones de fondo, respecto de los cuales no ha existido un pronunciamiento de la Corte Constitucional; y

b) cuando una norma se ha declarado exequible a la luz de un número limitado de artículos de la Constitución, y posteriormente es demandada por violar disposiciones de la Carta distintas a las estudiadas. Será procedente entonces una nueva demanda cuando la Corte misma, en el texto de la providencia, haya restringido los efectos de su decisión. En ese sentido se pronunció la Corte, en la sentencia C-037 de 1996 al interpretar el artículo 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y puntualizó que "mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta". En resumen, existe una "presunción de control integral", en virtud de la cual habrá de entenderse, si la Corte no ha señalado lo contrario, que la adopción de una decisión ha sido precedida por un análisis de la disposición acusada frente a la totalidad del texto constitucional, y que, por lo mismo, la providencia se encuentra amparada por la cosa juzgada absoluta³⁷.

Inexistencia de cosa juzgada en virtud de la sentencia C-366 de 2011 (y la C-367 de 2011, que dispuso estarse a lo resuelto en la primera).

La sentencia C-366 de 2011³⁸ estudió la violación al derecho a la consulta previa de toda la ley 1382 de 2010, que reformó el CM. No analizó entonces ni los contenidos de las normas demandadas en este momento, ni se refirió, de manera integral a una eventual violación a la consulta previa del Código, en su versión original.

En síntesis, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre problemas asociados a la consulta previa de pueblos indígenas frente al Código de Minas de 2001, en dos oportunidades. En la sentencia C-418 de 2002,³⁹ específicamente, en relación con el artículo 122, actualmente demandado. Y

³⁷ C-976 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Unánime), C-069 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Unánime). Consultar también la ya citada sentencia C-720 de 2007 (M.P. Catalina Botero Marino; AV Catalina Botero Marino).

³⁸ MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa.

³⁹ MP. Álvaro Tafur Galvis.

en la sentencia C-891 de 2002,⁴⁰ contra cinco de las normas que hoy se cuestionan.

Dada la extensión de la demanda, la Sala tomará como referencia un esquema en el que se muestran las normas demandadas y se relacionan las decisiones que ha adoptado la Corte en torno a su validez constitucional. Vale la pena indicar, para empezar, que algunas de estas fueron reformadas por la Ley 1382 de 2010, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional,⁴¹ con efectos diferidos por dos años, por violación al derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, en el trámite de su expedición. En consecuencia, la ley dejó de hacer parte del sistema jurídico desde el 11 de mayo de 2013, y las normas derogadas o modificadas, recuperaron su vigencia y forma original. En el cuadro también se incluirá ese tránsito legislativo, pues podría tener alguna relevancia para resolver los problemas planteados.

| Artículo demandado, versión Ley 685 de 2001 | Principales sentencias |
|---|---|
| <p>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.</p> | <p>Vigente.</p> |
| <p>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</p> | <p>Sentencia C-229 de 2003. La Corte se declaró inhibida para fallar, por ineptitud de la demanda, por supuesta violación al principio de unidad de materia.</p> |

⁴⁰ (MP. Jaime Araujo Rentería).

⁴¹ C-366 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa.

| | |
|---|----------------|
| <p>legal a que se refiere el artículo <u>17</u> 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.</p> | |
| <p>ARTÍCULO 270. PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA. <Artículo modificado por el artículo <u>1</u> 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 concurre 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.</p> <p>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</p> | <p>Vigente</p> |

| | |
|--|---|
| <p>geólogo matriculados, según el caso, de acuerdo con las disposiciones que regulan estas profesiones.</p> | |
| <p>ARTÍCULO 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</p> <p>a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;</p> <p>b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;</p> <p>c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;</p> <p>d) La mención de los grupos étnicos <u>con asentamiento permanente</u> 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;</p> <p>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 <u>35</u>;</p> <p>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;</p> <p>g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos <u>66</u> y <u>67</u> de este Código.</p> <p>La propuesta deberá verse en el</p> | <p>El numeral d) fue declarado exequible, de forma condicionada, en el entendido de que comprende tanto a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado, como a los grupos étnicos que tuvieron dicho arraigo, pero que actualmente, y por diferentes motivos, son víctimas del desplazamiento forzado y excluyente, así como a los grupos indígenas que vivan dentro de un territorio aún cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera, en los términos señalados en los numerales 71 y 72 de esta sentencia'. (C-891 de 2002)⁴²</p> |

⁴² (MP. Jaime Araujo Rentería).

| | |
|--|--|
| <p>modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.</p> | |
| <p>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.</p> | <p>Vigente</p> |
| <p>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</p> | <p>Modificado por el artículo 19 Ley 1382 de 2010. Reglamentado por el Decreto Nacional 935 de 2013.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.</p> | |
| <p>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.</p> | <p>Modificado por el artículo 20 Ley 1382 de 2010. Reglamentado por el Decreto Nacional 935 de 2013.</p> |
| <p>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.</p> | <p>Corte Constitucional - Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-891-02 de 22 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'solamente por los cargos aquí analizados, y bajo el condicionamiento señalado en la parte motiva de esta sentencia'. Señala la Corte en la parte motiva: <i>'76. Ahora bien, el carácter publicista del artículo 275 precisamente está salvaguardándole a los grupos étnicos la opción de invocar y hacer valer el derecho de preferencia que les asiste con apoyo en el artículo 124 ibídem, previo el cumplimiento de las prerrogativas y derechos indígenas, condiciones, requisitos y trámites contemplados en los artículos 121 a 129 del mismo Código. Siendo entendido que el Ministerio del Interior deberá agotar todos los medios legales</i></p> |

| | |
|---|---|
| | <p><i>pertinentes para notificarles efectivamente a los representantes de los grupos étnicos la propuesta de contrato de concesión, en orden a que éstos tengan la oportunidad real de pronunciarse sobre el susodicho derecho de preferencia.</i></p> <p><i>Pero hay más: antes de que comiencen a correr los 30 días de que trata el artículo 275, el Gobierno deberá entregarle a los grupos étnicos información satisfactoria sobre la propuesta de contrato de concesión, a fin de que éstos puedan debatir y decidir sobre el asunto. A su vez el Gobierno debe explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, advirtiéndoles sobre las alternativas de explotación que tienen las comunidades étnicas, las cuales implican una acción positiva del Estado, incluso de carácter económico (v.gr. créditos de fomento, asistencia técnica, capacitación administrativa y de mercadeo), con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Por tanto, sólo bajo este condicionamiento la Corte encuentra constitucional el precepto acusado.'</i></p> |
| <p>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</p> | <p>Vigente</p> |

| | |
|---|---------|
| 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. | Vigente |
| 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. | Vigente |

Como puede verse, no existe cosa juzgada constitucional, en relación con el primer conjunto de cargos de la demanda, relacionados con el modo de adquisición de un título minero. La sentencia más relevante acerca del Código de Minas que se menciona en el cuadro, la C-891 de 2002⁴³ se dictó en el marco de un cuestionamiento contra la integridad de la ley, por desconocimiento del derecho fundamental a la consulta **previa su expedición**. Es decir, en el escenario de la consulta de medidas legislativas. El artículo 275, además, fue estudiado en la misma sentencia, también por violación al

⁴³ MP. Jaime Araújo Rentería.

derecho a la consulta, pero por no incorporar esta obligación en su texto, y la Sala declaró su exequibilidad condicionada al respeto por ese derecho al momento de su aplicación. Y en torno al artículo 53 se dictó la sentencia C-229 de 2003⁴⁴, en la que se analizó exclusivamente un cargo por supuesta violación al principio de unidad de materia.

Aunque la sentencia C-891 de 2002 tiene clara relevancia para la segunda parte de esta providencia, en la medida en que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas en el marco de la actividad minera, ninguno de los cinco cargos que debe resolver la Sala se basan en ese derecho. Los primeros, tocan principios relacionados con el manejo de los recursos, el derecho al ambiente sano o la participación ciudadana general (no la especial, de las comunidades étnicamente diferenciadas). Los de la segunda parte se concretan en la afectación al territorio y la autonomía de los pueblos originarios.

Despejadas las cuestiones previas, entra la Sala a describir el asunto objeto de estudio, definir los problemas jurídicos y explicar la metodología que se adoptará para resolverlos.

Presentación del caso y primer problema jurídico

Los demandantes consideran que las normas que regulan la entrega de concesiones mineras violan un conjunto de normas constitucionales, pues no prevén un método adecuado para escoger al proponente que genere mayores beneficios y reporte menores costos a la sociedad, en términos ambientales, económicos y sociales.

Para explicar el cargo, identifican tales requisitos en los artículos 16, 53, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 del CM, e indican que el método actual de entrega de los títulos se basa en la concesión al primero que presente una solicitud, cumpliendo unos requisitos estrictamente formales.

En su criterio, ello desconoce, primero, los principios que deben guiar la función pública y la contratación de particulares con el Estado; la prevalencia del interés general sobre el particular, y la obligación de intervención en la economía, pues se escoge al primero, no al mejor; segundo, el derecho fundamental a la participación ciudadana, pues estas normas no prevén un momento específico para que esta se lleve a cabo, ni instancias de notificación a las personas que viven en los predios sobre los que surge el interés minero; tercero, los derechos de las generaciones futuras y el principio de desarrollo sostenible, en la medida en que no existe una planeación estricta y rigurosa para la entrega de los títulos; y, en armonía con lo anterior, el principio de planeación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

⁴⁴ MP. Rodrigo Escobar Gil.

La mayor parte de las universidades y organizaciones sociales (con la salvedad de la Universidad Externado y la Asociación Colombiana de Minería) coadyuvan la demanda y ofrecen argumentos adicionales acerca de lo que conciben como la ausencia de una adecuada planeación de la actividad minera, y la inexistencia de un sistema para la entrega de títulos, que responda a la relevancia que tiene esta actividad, por su impacto social y ambiental.

Las instituciones públicas plantean que (i) el método actualmente definido para la entrega de concesiones responde adecuadamente a la naturaleza de la actividad y tiene por propósito permitir que todos los interesados accedan a esa actividad, y no sólo los más poderosos; (ii) consideran que no es cierto que se trate de un método poco riguroso y estricto, pues la normatividad minera exige un conjunto de requisitos, adicionales al hecho de presentar la solicitud; (iii) argumentan que esa misma normativa incluye normas de protección ambiental; (iv) plantean que, en cualquier caso, con el título no se inicia la explotación y que, antes de que esto ocurra, deberá tramitarse una licencia ambiental y, de ser el caso, adelantarse los procesos de consulta previa pertinentes con las comunidades étnicas; (v) estiman que los espacios de participación ciudadana están previstos en otras normas, lo que también ocurre con las normas de protección al ambiente.

El Ministerio del Interior presentó concepto solicitando que se declare la inhibición respecto a los cargos segundo, tercero y cuarto de la demanda, pero en su defecto pidió la exequibilidad de las normas demandadas. Sin embargo, en el texto se ha explicado porque se considera que estos cargos generan una duda constitucional.

Así las cosas, corresponde a la Sala Plena determinar si las normas que regulan la entrega de un título minero (artículos 16, 53, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 del CM) desconocen (i) los principios de la función pública, la prevalencia del interés general y el principio de igualdad entre los proponentes (Artículos 1º, 22 y 334 CP); (ii) el principio de desarrollo sostenible, los derechos de las generaciones futuras y el principio de planeación ambiental (artículo 80 CP); (iii) el derecho fundamental a la participación ciudadana (artículos 2º, 40 y 79 CP)

Contexto. El impacto multidimensional de la minería.

30. Puede afirmarse, que han crecido por igual las políticas destinadas a promover la minería como elemento central en los planes de desarrollo gubernamentales; los estudios desde sectores sociales, académicos y órganos de control acerca de la situación de la minería en el país; y la movilización social que cuestiona sus consecuencias, especialmente, desde movimientos que defienden el ambiente y comunidades étnicamente diferenciadas. La minería se ubica así en el centro del debate político y de las preocupaciones jurídicas, sociales, ambientales y económicas del país.

En el plano ambiental, ya desde la sentencia C-339 de 2002⁴⁵, la Corte Constitucional se refirió por primera vez a los impactos de la minería y, más recientemente, diagnósticos similares (aunque en estudios más profundos) han sido publicados por la Defensoría del Pueblo (2010), la Contraloría de la Nación (2013) y órganos independientes, como el del Grupo de Diálogo sobre la Minería en Colombia (GDIAM; 2016)⁴⁶.

Estos documentos hacen referencia a consecuencias como la contaminación de las fuentes de agua y los suelos, el aumento del nivel del mar, la disminución de las precipitaciones y la aparición de sequías, el cambio climático y los fenómenos climáticos extremos, y la afectación a la biodiversidad o la extinción de especies animales y vegetales, que conforman la riqueza natural de la Nación⁴⁷. Recientemente, se ha denunciado el incremento de los niveles de mercurio y cianuro en las fuentes de agua, el empleo infantil y el aprovechamiento ilegal de los recursos por parte de grupos armados al margen de la ley, al tiempo que se reclama la protección a la minería que, desde hace

⁴⁵ MP Jaime Araújo Rentería. Unánime.

⁴⁶ La sentencia C-339 de 2002 retomó un diagnóstico académico originado en el *Environmental Law Institute* de los Estados Unidos sobre los efectos de la actividad y planteó la necesidad de que el Estado defendiera estándares altos de protección al ambiente; dijo la Corte: “Cada vez que un mineral es extraído de la superficie o del subsuelo, un elemento estructural es removido. A menos de que sean controladas cuidadosamente, las técnicas superficiales de extracción pueden causar inestabilidad en las pendientes y erosión del suelo. En el caso de la minería del subsuelo, la capa superficial del sitio explotado puede moverse y/o hundirse en un movimiento geológico conocido como ‘hundimiento’. En la superficie, esto puede causar sumideros u hoyos. Debido al colapso del estrato y las fracturas dentro de las rocas del estrato, el agua superficial puede filtrarse a través de la cavidad de la mina y disminuir el nivel de agua freática. Los niveles de agua freática pueden además ser interrumpidos o eliminados. El bombeo necesario para mantener el área de extracción limpia durante las operaciones mineras puede disminuir los niveles de agua freática. Estos esquemas de flujo distorsionados pueden ser mejorados necesariamente durante la recuperación.// El drenaje de la mina ocasionado por la sobrecarga de explosivos u otros materiales removidos para tener acceso al mineral, puede contener sedimento, metal y sulfuro. El drenaje ‘ácido de la mina’ se da cuando la pirita se descompone por medio de la exposición al oxígeno y agua atmosféricos. El agua ácida, en cambio, puede ocasionar la colación de metales pesados de las rocas a su alrededor. La contaminación del agua causada por el drenaje ácido o la contaminación metalúrgica, puede ocurrir al mismo tiempo de la extracción y continuar filtrándose desde las minas, túneles, y ‘jales’ por cientos de años, después de que la extracción ha finalizado.// El proceso utilizado para producir mineral concentrado de carbón o mineral metálico, puede crear o contribuir a la contaminación del agua. Algunas sustancias químicas como el cianuro de sodio, ácidos y otras soluciones, son utilizadas para separar el mineral concentrado de los minerales metálicos. Los jales, residuos generados como resultado de la concentración de mineral, a menudo pueden contener estos químicos y de esta manera contribuir a la contaminación de los acuíferos cercanos y aguas superficiales. Los compuestos de sulfuro y metales en las pilas de residuos, pueden también generar contaminación del agua. Además, la acumulación de jales, puede ser una fuente de polvo factible de ser dispersado por el viento. //La fundición, el proceso que separa los metales deseados de otros materiales, puede producir contaminación atmosférica por medio de la dispersión de gas y polvo de metal pesado. Las emisiones pueden contener dióxido de sulfuro, arsénico, plomo, cadmio y otras sustancias tóxicas. El sulfuro produce precipitaciones ácidas que consecuentemente deterioran los ecosistemas de los lagos y bosques. Alrededor de las operaciones fundidoras incontroladas, existen ‘zonas muertas’ donde la tierra permanece árida. Además, el residuo generado por las fundidoras, la escoria, es rico en silicato de calcio. Otras preocupaciones ambientales relacionadas con la minería incluyen la contaminación por el ruido de las exposiciones y otras operaciones mineras, destrucción de hábitat, pérdida de la productividad de la tierra y deterioro visual del paisaje”.

⁴⁷ Al respecto, puede consultarse la sentencia C-339 de 2002 (MP Jaime Araújo Rentería) y el informe publicado por la Contraloría General de la República en 2013. “Minería en Colombia. Derechos, Políticas Públicas y Gobernanza”. (En adelante, Contraloría; minería 2013).

mucho tiempo, practican comunidades campesinas, indígenas y afrodescendientes.

31. En el plano económico, la minería constituye una de las apuestas centrales de los dos últimos planes de desarrollo a nivel nacional (PND 2010-2014, “*prosperidad para todos*” y 2014-2018, “*todos por un nuevo país*”), que defienden la importancia del sector como fuente de crecimiento, al menos en el corto y mediano plazo. En la misma línea, Fedesarrollo ha publicado informes periódicos (2008, 2012⁴⁸) en los que se refiere a las rentas generadas por la actividad, su importancia en la balanza comercial y su potencial como generador de empleo.

32. En el ámbito social, la discusión gira principalmente en torno a la situación de comunidades étnicas (especialmente pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas), en lo que tiene que ver con la forma en que su particular visión del mundo incide en su relación con la naturaleza y la comprensión del desarrollo; el ejercicio de su autonomía y la defensa de sus territorios colectivos. Las comunidades campesinas, preocupadas tanto por el posible desplazamiento de la producción agropecuaria por la minería, como por la desaparición de formas de extracción u obtención de minerales históricas. Siguiendo la propuesta de GDIAM, la Sala se referirá a estas actividades como minería ancestral y tradicional, conceptos que guardan adecuadamente tanto sus semejanzas como sus especificidades.

33. Dentro de la concepción del territorio, en fin, se ha evidenciado una tensión, al menos potencial, entre el ejercicio de las competencias de los ámbitos local y nacional, especialmente, en lo que tiene que ver con la potestad para definir el uso del suelo, la pertenencia de los recursos naturales a la nación y la potestad conferida al Congreso para regular el aprovechamiento de los recursos en armonía con su deber de planificación ambiental. Estos aspectos comprometen también las vertientes participativa y representativa de la democracia.

34. Desde ese panorama, caracterizado por un impacto multidimensional de la minería, resulta claro ya que la minería no puede ser una actividad indiferente para el marco constitucional colombiano. Su realización está permitida por la libertad de empresa y la iniciativa privada (artículo 333 CP). Además, los órganos políticos, en el ejercicio de las competencias constitucionales para regular la explotación de recursos y dictar planes de desarrollo han cifrado en esta una parte importante de sus políticas de crecimiento económico⁴⁹.

Los minerales se consideran, en general, recursos naturales no renovables, cuya propiedad es atribuida por la Carta Política al Estado (artículo 332 CP) y

⁴⁸ La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal. Fedesarrollo, 2012. Ver, pg. 5.

⁴⁹ Ver, Ley 1450 de 2010 (PND 2010-2014) y Ley 1753 de 2015 (PND 2014-2018), dictadas por el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional.

hacen parte de la riqueza natural de la nación (artículo 8° CP). El artículo 334 de la Carta establece el deber de intervención estatal, entre otros aspectos, para distribuir adecuadamente las cargas y beneficios del desarrollo y proteger el ambiente; el artículo 360 ordena al Congreso de la República definir el régimen de explotación de estos bienes, y el artículo 80 Superior, establece la obligación de planificación ambiental.

35. La planificación ambiental, la regulación sobre recursos naturales y el deber de intervención recién mencionados, deben tomar en consideración aspectos como los lugares en que se desarrollan las actividades, la naturaleza e intensidad de los métodos y herramientas utilizados para la extracción, la obligación de preservar los servicios ambientales, los ecosistemas estratégicos y la biodiversidad. Y ser adecuadas a la diversidad de los proyectos, tanto en relación con el tamaño o la escala de explotación, como en lo que tiene que ver con los efectos acumulados en el tiempo, en las distintas fases de cada proyecto y en el conjunto de estos para un período determinado.

.- Mención aparte requiere la minería ilegal, caracterizada por su cercanía a las acciones de grupos violentos, que disfrutan de sus rentas, ocupan territorios de las comunidades y, muy especialmente, de los pueblos étnicamente diferenciados⁵⁰, sin que su ejercicio se someta a control institucional alguno debido, ni se ciña a parámetros normativos mínimos, precisamente por su propia naturaleza, de manera que surge como un factor de riesgo para los derechos fundamentales, considerados en su conjunto. La Sala volverá sobre este punto más adelante.

36. Así las cosas, aunque la minería es una actividad permitida por el ordenamiento, y promovida por razones políticas, esta debe adelantarse dentro de un marco constitucional que responda adecuadamente a los mandatos descritos y a las tensiones con otros principios constitucionales, dentro de los estándares más altos de defensa del ambiente, los derechos de las comunidades y de las personas involucradas en ella.

Primero. La tensión entre la actividad minera y la Constitución ecológica, desarrollo sostenible y derechos de las generaciones futuras.

37. La Carta Política de 1991 es una Constitución ‘verde’ o ‘ecológica’, como lo expresó la Corte Constitucional por primera vez en la sentencia T-411 de 1992⁵¹ y lo ha reiterado hasta el día de hoy. Esta expresión no es una declaración retórica sin contenido normativo específico. En primer lugar se refiere al conjunto de normas específicas en las que el Constituyente plasmó mandatos de protección al ambiente; en segundo término, a un eje transversal de la Carta y un valor implícito en el sustrato axiológico del orden normativo

⁵⁰ Ver autos 004 y 005 de 2009 de la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004.

⁵¹ MP Alejandro Martínez Caballero.

y, por último, a un derecho fundamental, a la vez colectivo y autónomo. En ese sentido, en la reciente sentencia C-449 de 2015⁵², la Corte explicó:

“la defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura del Estado social de derecho. Bien jurídico constitucional que presenta una triple dimensión, toda vez que: es un principio que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; es un derecho constitucional (fundamental y colectivo) exigible por todas las personas a través de diversas vías judiciales; y es una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección. Además, la Constitución contempla el “saneamiento ambiental” como servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal (arts. 49 y 366 superiores)”.

38. Como eje transversal de la Constitución, el ambiente compromete al Estado a la creación de una institucionalidad adecuada para su protección y al desarrollo de normas legales y políticas públicas que respondan a la aspiración de preservar la riqueza nacional. En este ámbito, la Corte se pronunció recientemente acerca de la prohibición de la minería en páramos, por su invaluable importancia para la preservación de los ciclos del agua, la mitigación del cambio climático y la absorción de carbono, al tiempo que ordenó la delimitación de los páramos (C-035 de 2016⁵³)⁵⁴.

En cuanto a su caracterización como derecho, las normas que definen sus contornos esenciales son los artículos 79 y 80 Superiores, bajo el rubro de los derechos colectivos, es decir, como intereses en cabeza de todos, con obligaciones correlativas para todos. Sin embargo, la Corte Constitucional ha destacado que esta condición, conocida como su carácter *difuso*, va acompañada de una dimensión subjetiva, que surge de su relación con valores como la salud pública, la vida digna y la paz. Se trata entonces de derechos fundamentales, cuya defensa puede perseguirse por la acción popular y, excepcionalmente, por la acción de tutela⁵⁵.

⁵² MP Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵³ MP Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV María Victoria Calle Correa; SPV y AC Alejandro Linares Cantillo; SPV y AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁴ En otras decisiones se ha referido a la obligación de aplicar el principio de precaución, que responde a la dificultad de hallar certeza científica absoluta sobre los daños que ciertas medidas producen al ambiente y la necesidad de evitarlos aún en ese contexto, considerando que, de producirse, se extienden en el tiempo, tornándose irreversibles. Así, por ejemplo, la sentencia C-339 de 2002, ya citada, T-299 de 2008 MP Jaime Córdoba Triviño y T-1077 de 2012 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁵ Ver, entre otras, las sentencias SU-1116 de 2001 MP Eduardo Montealegre Lynett, T-299 de 200 MP Jaime Córdoba Triviño, C-443 de 2009 MP Humberto Antonio Sierra Porto, C-669 de 2015 MP Alberto Rojas Ríos. SV Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV Gloria Stella Ortiz Delgado. AV Alberto Rojas Ríos, AV Luis Ernesto Vargas Silva). De especial interés resulta lo expresado en la sentencia T-356 de 2010 MP Nilson Pinilla Pinilla. AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) sobre este punto “*Tales parámetros permiten concluir que el ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino primordialmente como un derecho de rango constitucional del que son titulares todos los seres humanos, en conexidad con ese*

39. Ahora bien, como lo indica el artículo 80 Superior –uno de los ejes normativos del derecho mencionado– corresponde al Estado “*planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución*”.

De tal disposición surgen dos aspectos muy relevantes para el estudio constitucional en curso. Primero, la *planificación* supone la existencia de un conjunto de normas y políticas públicas que permitan una articulación institucional adecuada para la defensa del ambiente. Segundo, el concepto de *desarrollo sostenible* constituye un aspecto clave en esa dirección: indica que tales decisiones no pueden basarse en una mirada limitada al instante actual o al corto plazo, sino que debe elevarse a una consideración sensata y ponderada de sus consecuencias futuras⁵⁶. El desarrollo sostenible es, en efecto, uno que admite el aprovechamiento de recursos en el presente, siempre que ello no implique que las generaciones futuras sean privadas de esa oportunidad.

40. Este concepto (el desarrollo sostenible) es uno de los fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos en materia ambiental. Aunque la preocupación del ser humano acerca de su relación con la naturaleza y las condiciones de trascendencia de la especie no pueden ubicarse en un momento histórico específico, para efectos de esta exposición el año 1972 constituye un momento cardinal, pues se celebró la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo, donde los problemas ambientales quedaron inscritos de forma indeleble en la agenda internacional y se comenzó a generar una conciencia universal en torno a la necesidad de que el desarrollo se concibiera como algo *trascendente*: más allá de la generación de riqueza y más allá del presente⁵⁷.

En el año 1987, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo publicó el informe “*Nuestro Futuro Común*”, en el que el desarrollo sostenible adquiere un papel protagónico en torno a los problemas ambientales; este documento lo define como “*aquel que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*”⁵⁸; y, en la

inexcusable deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precavido cualquier injerencia nociva que atente contra su salud”

⁵⁶ Ver documento “Our Common Future” de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. Publicado en 1987.

⁵⁷ En 1973, con la expedición del Código de Recursos Naturales, la legislación nacional dio un salto importante hacia la implementación de una política ambiental, cuyo principal objetivo se centraba en “prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional”, de conformidad con el artículo 1° de dicho código. Posteriormente se expidió la ley 99 de 1993 en la que se consagra la política ambiental del Estado colombiano y se reitera la necesidad de asegurar el desarrollo sostenible de los recursos naturales, que, la protección y aprovechamiento de la diversidad y el derecho de todas las personas a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (art. 1).

⁵⁸ Este documento, que pretendió crear conciencia en la humanidad sobre la problemática ambiental, es conocido como el “Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, el Informe

misma dirección, se refiere a *“la posibilidad de obtener un crecimiento económico basado en políticas de sostenibilidad y expansión de la base de recursos ambientales. Su esperanza de un futuro mejor, es sin embargo, condicional. Depende de acciones políticas decididas que permitan desde ya el adecuado manejo de los recursos ambientales para garantizar el progreso humano sostenible y la supervivencia del hombre en el planeta. En palabras de la misma Comisión, el informe no pretende ser una predicción futurista sino un llamado urgente en el sentido de que ha llegado el momento de adoptar las decisiones que permitan asegurar los recursos para sostener a esta generación y a las siguientes”*⁵⁹.

41. Pocos años después, y pasados apenas unos meses desde la expedición del texto constitucional de 1991, se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro, conocida como *“La Cumbre de la tierra”*, donde se reafirmó la relevancia de la protección del ambiente para la comunidad internacional y comenzaron a establecerse compromisos y obligaciones de los Estados, especialmente, a través de la Declaración de Río y el Convenio de Diversidad Biológica, incorporada al orden interno por ley 165 de 1994⁶⁰. En la Cumbre se adoptó, además, el Programa 21, un conjunto de planes de acción específica para dotar de eficacia al principio.

Los compromisos mencionados han sido objeto de seguimiento por la comunidad internacional en la Conferencia de Johannesburgo de 2002 y en Río de Janeiro en 2012 (Rio+20), para evaluar los avances y precisar los compromisos, obligaciones y rutas de acción asumidos en la materia⁶¹.

Brundtland o Nuestro Futuro Común, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1987, con la participación de 19 Estados, entre ellos Colombia. Allí se señaló: *“A mediados del Siglo XX, vimos por primera vez nuestro planeta desde el espacio. Los historiadores seguramente podrán considerar que esta visión tuvo un impacto mayor en el pensamiento que el que tuvo la revolución copernicana del siglo XVI. Desde el espacio, nosotros vemos una pequeña y frágil esfera compuesta no por la actividad humana y las construcciones en general, sino por un esquema de nubes, océanos, zonas verdes, y suelos. La inhabilidad de la humanidad para coordinar sus actividades dentro de tales esquemas está cambiando radicalmente los sistemas planetarios. Muchos de estos cambios están acompañados de peligros que amenazan la vida. Esta nueva realidad coincide con nuevos desarrollos positivos de este siglo. Desde el espacio, nosotros vemos y estudiamos la tierra como un organismo cuya salud depende de la salud de todos sus componentes”*.

⁵⁹ Informe Nuestro Futuro Común, citado

⁶⁰ Sugerencia. La preocupación y la definición es mucho más antigua es bueno ponerlo. Creo que en el documento de desarrollo sostenible esta.

⁶¹ Se define «el desarrollo sostenible como la satisfacción de «las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». (Informe titulado «Nuestro futuro común» de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo), el desarrollo sostenible ha emergido como el principio rector para el desarrollo mundial a largo plazo. Consta de tres pilares, el desarrollo sostenible trata de lograr, de manera equilibrada, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente.

En 1992, la comunidad internacional se reunió en Río de Janeiro, Brasil, para discutir los medios para poner en práctica el desarrollo sostenible. Durante la denominada Cumbre de la Tierra de Río, los líderes mundiales adoptaron el Programa 21, con planes de acción específicos para lograr el desarrollo sostenible en los planos nacional, regional e internacional. Esto fue seguido en 2002 por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, que se aprobó el Plan de Aplicación de Johannesburgo. El Plan de Aplicación se basó en los progresos realizados y las lecciones aprendidas desde la Cumbre de la Tierra, y prevé un enfoque más específico, con medidas concretas y metas cuantificables y con plazos y metas.

Los documentos más relevantes surgidos en el seno del derecho internacional de los derechos humanos son referentes imprescindibles para la comprensión del derecho al ambiente sano.

Ya en la sentencia C-671 de 2001⁶², en consideraciones que tienen hoy plena vigencia, la Corte explicó el alcance del concepto, en los siguientes términos:

“El derecho a un ambiente sano, que implica la protección del medio ambiente en el que se desarrolla cada individuo, encuentra cabal protección en la Carta Política, la cual a su vez consagra el desarrollo sostenible como un derecho de los ciudadanos y como un deber del Estado, en el sentido de que éste debe propugnar por *“un desarrollo sin un aumento en el consumo de recursos que supere la capacidad de carga del medio ambiente”*^[8] o, en otras palabras, un desarrollo que *“satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades.”*^[9] Sobre el deber del Estado de consolidar un desarrollo [sostenible], la Corte se ha pronunciado así: *“[e]s indudable que la dimensión ecológica de la Constitución, como norma de normas que es (CP art 4), confiere un sentido totalmente diverso a todo un conjunto de conceptos jurídicos y económicos. Estos ya no pueden ser entendidos de manera reduccionista o economicista, o con criterios cortoplacistas, como se hacía antaño, sino que deben ser interpretados conforme a los principios, derechos y obligaciones estatales que en materia ecológica ha establecido la Constitución, y en particular conforme a los principios del desarrollo sostenible”*.

43. En síntesis, el desarrollo sostenible es un concepto que pretende un equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el entendido de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir⁶³.

En 2012, veinte años después de la histórica Cumbre de la Tierra, los líderes mundiales se reunirán de nuevo en Río de Janeiro a: 1) asegurar el compromiso político renovado con el desarrollo sostenible, 2) evaluar el progreso de su aplicación deficiente en el cumplimiento de los compromisos ya acordados, y 3) abordar los desafíos nuevos y emergentes. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, o Cumbre de la Tierra de Río 20, se centrará en dos temas: 1) economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y 2) el marco institucional para el desarrollo sostenible.

La Oficina del Presidente de la Asamblea General continuará buscando formas de apoyar los esfuerzos intergubernamentales sobre el desarrollo sostenible, incluido el proceso preparatorio de la Cumbre de la Tierra de Río +20 y la aplicación de la Estrategia de Mauricio para la ulterior ejecución del Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo.

<http://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

⁶² MP Jaime Araújo Rentería.

⁶³ Cfr. C-035/16. Ya en la sentencia T-519 de 1994 (Citada por la C-035 de 2016 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV. María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Alberto Rojas Ríos).

Del concepto de desarrollo sostenible surgen entonces obligaciones, como la creación de políticas que racionalicen el uso de los recursos y permitan su conservación, preservación o restauración, entre otras. Para su diseño, implementación y aplicación resultan de especial importancia los principios de prevención (destinado a evitar el daño)⁶⁴ y precaución, que consiste en la obligación de adoptar medidas a favor del ambiente, en caso de duda científica sobre la efectiva producción de un daño⁶⁵.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el desarrollo sostenible se ha ligado a la expresión “*derechos de las generaciones futuras*”, esto es, a un modo de tomar decisiones por parte de las generaciones presentes, que permita el disfrute del ambiente, los recursos naturales, y el crecimiento económico a las generaciones futuras. En ese contexto, el concepto de generaciones futuras y sus derechos se desprende directamente de la comprensión del desarrollo sostenible en el ámbito internacional. Aunque la idea se encuentra en instrumentos tan relevantes como la Declaración de Río de 1992, pero no ha sido objeto de un profundo desarrollo constitucional en Colombia⁶⁶.

49. En principio, el concepto plantea diversas exigencias conceptuales, en el marco del derecho constitucional colombiano. De una parte, por la determinación de los titulares del derecho y, de otra, por la discusión acerca de cuáles son tales derechos, y cómo debe establecerse su contenido. Estas discusiones hacen parte de un extenso recorrido en el derecho internacional, en el que se han venido despejando parte de las dudas, pero persisten algunas perplejidades en torno al concepto.

50. Dado que se trata de un tema en construcción, la Corte considera prudente plantear algunas consideraciones preliminares, antes que una reflexión comprensiva sobre el asunto:

) dijo la Corte: “la Constitución Política de Colombia, con base en un avanzado y actualizado marco normativo en materia ecológica, es armónica con la necesidad mundial de lograr un desarrollo sostenible, pues no sólo obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales sino que además, al establecer el llamado tríptico económico determinó en él una función social, a la que le es inherente una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y el bienestar comunitario. Del contenido de las disposiciones constitucionales citadas se puede concluir que el Constituyente patrocinó la idea de hacer siempre compatibles el desarrollo económico y el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico”.

⁶⁴ Finalmente, es importante tener en cuenta que la sentencia C-339 de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería se refirió al ‘desarrollo sostenible’, e indicó que aquel concepto no se trata de un marco teórico, sino de “*un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza. Al efecto, citó el Convenio sobre la Diversidad Biológica*” de 1992.

⁶⁵ Ver sentencias C-339 de 2002 (MP Jaime Araújo Rentería), T-299 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-1077 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁶⁶ Ver las aproximaciones iniciales al concepto en las sentencias C-671 de 2001 (MP Jaime Araújo Rentería), C-813 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-356 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla) y T-724 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

Primero, el concepto de derechos de las generaciones futuras hace parte esencial del desarrollo sostenible. Segundo, no se trata de una metáfora destinada a crear un efecto político, sino de un término del discurso jurídico, con efectos normativos. Tercero, el concepto tiene que ver, más que con personas susceptibles de ser identificadas individualmente, con la preservación de la especie humana y se basa, entonces, en un concepto de solidaridad intergeneracional. Cuarto, la manera inicial de concebir el contenido de los derechos de las generaciones futuras es a través de la definición de obligaciones y responsabilidades en cabeza de las generaciones presentes.

El contenido de estos derechos es, sin embargo, especialmente difuso y corresponde al desarrollo del discurso jurídico y político perseguir su concreción. En principio, tiene que ver con que la especie no pierda la oportunidad de decidir sus opciones de vida, crecimiento, desarrollo, paz y educación en un futuro, debido a decisiones presentes equivocadas (siempre, desde el punto de vista del desarrollo sostenible). Desde la perspectiva de los derechos subjetivos (traducibles en expectativas exigibles), los derechos de las generaciones futuras son también una dimensión del derecho al ambiente sano de las personas y generaciones presentes.

En consecuencia, la Corte no considera como parámetro de control autónomo el concepto de derechos de las generaciones futuras, aunque sí como un elemento del principio de desarrollo sostenible y, por lo tanto, del derecho a un ambiente sano.

45. Así, el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras son conceptos esenciales en la comprensión de la Constitución ecológica y el derecho a un ambiente sano. Para terminar de explicar esta tensión (ambiente y desarrollo), es importante efectuar unas precisiones hermenéuticas.

En la sentencia C-035 de 2016⁶⁷ la Corte sostuvo que el ordenamiento constitucional no prevé un modelo puramente conservacionista y que el derecho a un ambiente sano no es absoluto, de manera que las tensiones entre uno y otro deben conciliarse caso a caso. Es importante aclarar esta afirmación, con base en tres ideas que surgen, tanto de la exposición previa, como de una regla de interpretación recordada por la Corte en esa misma sentencia.

La primera es que si las tensiones surgen de considerar que el desarrollo puede prescindir del ambiente, debe señalarse primero que puede tratarse de un falso conflicto, originado en una comprensión inadecuada del desarrollo, como riqueza económica. La generación de rentas inmediatas no es *desarrollo* si lleva inexorablemente a un futuro de escasez o agotamiento definitivo de las

⁶⁷ MP Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV María Victoria Calle Correa; SPV y AC Alejandro Linares Cantillo; SPV y AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

riquezas naturales, en términos de ecosistemas, biodiversidad y servicios ambientales.

La segunda es que, aún dentro de una comprensión adecuada del desarrollo sostenible pueden darse tensiones, no ya por una incompatibilidad abstracta entre desarrollo y ambiente, sino por la existencia de discusiones científicas acerca del resultado de ciertas medidas o por la confluencia de visiones distintas derivadas del pluralismo social y jurídico que defiende la Carta.

En la solución de la primera tensión es imprescindible recordar el deber que tienen todos los operadores jurídicos de aplicar los principios de prevención y, especialmente, el de precaución, que opera como una regla de cierre, permitiendo resolver las dudas en pro del ambiente. En lo que tiene que ver con la segunda tensión, las respuestas deben construirse en el marco de un diálogo intercultural entre iguales, pues las culturas que conviven en Colombia son titulares del derecho a un idéntico respeto; y que otorgue a la participación un efecto expansivo. Sobre ambos aspectos se volverá en párrafos ulteriores.

Además, es imprescindible recordar que respuestas construidas en torno a una prevalencia del interés general no resultan adecuadas para enfrentar estas tensiones. Desde ya, recuerda la Corte que un supuesto crecimiento económico vinculado a daños ambientales o culturales irreversibles, a la extinción de los recursos y la biodiversidad, o a la afectación de ecosistemas estratégicos, no responde al interés general⁶⁸; que tanto el desarrollo, como el carácter multicultural y pluriétnico del Estado son asuntos amparados por la prevalencia del interés general y en cambio, el interés privado no tiene esta característica.

Segundo. La tensión entre la iniciativa privada, en lo que tiene que ver con la concesión minera y los deberes estatales de intervención económica, regulación sobre la explotación de los recursos naturales no renovables y planificación ambiental.

52. El artículo 333 Superior protege la iniciativa privada y la libertad de empresa, en el marco del bien común, al tiempo que le atribuye una función social. Sin embargo, esta facultad está sujeta al bien común y, de acuerdo con el artículo 334 Superior, puede ser encauzada por la intervención estatal en la economía, en procura de mejorar la calidad de vida, proteger el ambiente, lograr una distribución equitativa de las cargas y beneficios del desarrollo, entre otros fines.

⁶⁸ C-339 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería) y C-035 de 2016 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV. María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Alberto Rojas Ríos).

53. En lo que tiene que ver con los propósitos señalados por el artículo 334 Superior para la intervención económica, el margen del Estado es especialmente amplio, y el alcance de sus potestades “*está determinado por la función social específica de la actividad económica que se desarrolle*”⁶⁹. Además, las restricciones legítimas a la libertad económica deben respetar los principios de solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad.

54. El artículo 360 de la Carta establece que corresponde al Legislador establecer el régimen de explotación de los recursos naturales no renovables. En esa medida, la intervención estatal no sólo es potestativa, sino obligatoria. Además, en la medida en que el subsuelo y sus recursos son propiedad del Estado, la regulación está sujeta a los principios que ordenan la protección del patrimonio público.

55. En lo que tiene que ver con la explotación de recursos y la libertad económica, recientemente la sentencia C-035 de 2016⁷⁰ señaló que “*si bien la actividad de explotación de recursos naturales se encuentra protegida por la Constitución, en tanto que es una actividad de explotación de recursos estatales debe consultar al interés general, y por ello, el margen de la libertad de decisión de los particulares es significativamente menor que para el desarrollo de otras actividades económicas [...]*”.

56. Ahora bien, específicamente sobre el contrato de concesión minera, la Corte ha explicado que se trata del principal mecanismo que actualmente utiliza el Estado para encauzar la iniciativa privada en la actividad minera. En las decisiones C-250 de 1996⁷¹, C-983 de 2010⁷² y C-035 de 2016⁷³, la Corte ha hecho referencia a esta figura jurídica.

Para comenzar, esta Corporación ha explicado las características que comparte con todo contrato de concesión. La sentencia C-250 de 1996⁷⁴ sostuvo que el contrato de concesión es aquel que celebran “*entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y*

⁶⁹ C-035 de 2016 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV. María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Alberto Rojas Ríos. MP Gloria Stella Ortiz Delgado y C-228 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷⁰ MP Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV María Victoria Calle Correa; SPV y AC Alejandro Linares Cantillo; SPV y AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷¹ MP Hernando Herrera Vergara.

⁷² MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷³ MP Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV María Victoria Calle Correa; SPV y AC Alejandro Linares Cantillo; SPV y AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁴ MP. Hernando Herrera Vergara.

riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”⁷⁵.

“De esta definición se deducen los siguientes elementos del contrato de concesión: (i) son aquellos celebrados entre un grupo de personas o asociación y entidades estatales; (ii) tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; (iii) estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; (iv) la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; (v) la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante; (vi) la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada”.

57. El objeto de explotación que se confiere en el contrato de concesión es un bien de uso público, de manera que no implica transferencia de dominio y genera la obligación y potestad estatal de ejercer control sobre el desarrollo de la actividad para la utilización eficiente de los recursos, *“su preservación, disponibilidad y aprovechamiento*”⁷⁶.

De igual manera, en la sentencia C-983 de 2010⁷⁷ la Corporación consideró que en virtud del interés público de estas relaciones contractuales, se genera en las autoridades la obligación de ejercer permanente vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario. La facultad de dar instrucciones al concesionario sobre la explotación del bien y, en fin, las potestades para asegurar el correcto ejercicio de la concesión y la eficiente explotación del mismo⁷⁸. Añadió la Corte que, al hablar del Estado como propietario de los recursos naturales y el subsuelo, se hace referencia al *“conjunto de todas las autoridades públicas, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales”*, para evitar su centralización, y para que los

⁷⁵ Ver sentencia C-250 de 1996 (MP. Hernando Herrera Vergara).

⁷⁶ Ver sentencias C-028 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-983 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-035 de 2016 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV. María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Alberto Rojas Ríos).

⁷⁷ MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁸ Retoma la sentencia C-126 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

beneficios que se deriven de su explotación sean para todos los colombianos⁷⁹.

58. En la sentencia C-035 de 2016⁸⁰, al referirse a la prohibición de la minería en páramos, establecida, primero, por la Ley 1382 de 2010 y, posteriormente, por la Ley 1753 de 2015, sostuvo que “*la sola existencia de un contrato de concesión no impide al Estado limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de la concesión, cuando con ella se pretenda proteger un bien jurídico de mayor importancia*”, pues sostener lo contrario implicaría sujetar “*la actividad legislativa a intereses particulares, estancar la capacidad del ordenamiento de responder a los cambios sociales, e invertir la regla constitucional de prevalencia del interés general*”.

Por las mismas razones, el Legislador tiene la potestad de prohibir una actividad que venía desarrollando con un particular, cuando lo haga para evitar un riesgo sobre un bien protegido. El hecho de que el Estado haya autorizado una actividad extractiva por medio de la licencia ambiental no es óbice para que posteriormente la prohíba, con el fin de cumplir propósitos superiores, como la protección del ambiente.

61. En las líneas anteriores, la Corporación ha reiterado la jurisprudencia en que se han destacado las características que el contrato de concesión minera comparte las características de toda concesión, es importante aclarar que el Consejo de Estado ha llamado la atención sobre la especialidad de esta modalidad minera. En una relevante sentencia de 3 de febrero de 2010, la Sección Tercera sostuvo:

“Se trata de un contrato de concesión de “*demanio público*”, perfectamente diferenciable del contrato de concesión de servicios y del contrato de concesión de obra pública⁸¹. Las principales notas distintivas de este negocio jurídico se enumeran a continuación:

1. Es un negocio jurídico celebrado entre el Estado y un particular para efectuar a cuenta y riesgo de éste, las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y el cierre o abandono de los trabajos u obras correspondientes. Por ende, se trata de un acuerdo de voluntades y no de una manifestación unilateral de la voluntad; [...] 2. Este negocio jurídico se encuentra supeditado al principio de *temporalidad*, su duración en el derecho colombiano es por el

⁷⁹ Ver sentencias C-580 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-128 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), C-402 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), C-447 de 1998 (MP. Carlos Gaviria Díaz), C-299 de 1999 (MP. Fabio Morón Díaz), y C-251 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araujo Rentería).

⁸⁰ MP Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV María Victoria Calle Correa; SPV y AC Alejandro Linares Cantillo; SPV y AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸¹ Artículo 45 de la Ley 685 de 2001.

término que solicite el proponente y hasta un máximo de 30 años [...] ⁸². 3. La concesión minera no otorga al particular derecho de propiedad alguno, pero si *derechos de contenido patrimonial oponibles frente a terceros* y transmisibles de acuerdo con la ley ⁸³ [...] 4. A diferencia de lo que ocurre con otros bienes de propiedad pública y con otros títulos habilitantes, la concesión minera no se soporta en el criterio de la “*Precariedad de los derechos otorgados*”, ⁸⁴ esto tiene una implicación directa en la posibilidad de variación unilateral de las condiciones del negocio jurídico, en otras palabras, el llamado por la doctrina *ius variandi* de la Administración, se encuentra limitado. ⁸⁵ 5. El contrato de concesión minera da nacimiento a unas obligaciones de carácter legal que son propias de este tipo de contratos; el contenido del negocio jurídico (tanto los derechos como obligaciones de cada una de las partes) se encuentra previamente establecido en el código de minas, por ende, los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario, son los expresamente señalados en este cuerpo normativo; de hecho, el legislador prohíbe su modificación o adición por parte de las autoridades. ⁸⁶ [...] ⁸⁷. 6. Como negocio jurídico típico de derecho administrativo, por expreso mandato de ley contiene cláusulas exorbitantes: la posibilidad de declarar la caducidad del contrato ⁸⁸

⁸² Artículo 70 de la Ley 685 de 2001.

⁸³ El artículo 22 contempla la posibilidad de ceder los derechos emanados de una concesión minera, siempre y cuando se haya dado aviso previo y escrito a la entidad concedente y ésta la haya aceptado. Por su parte, el artículo

⁸⁴ Es el caso de las licencias de ocupación de Espacio público, las cuales no otorgan derecho alguno. El artículo 13 del decreto 564 de 2006 señala: “*Derechos sobre el espacio público. Las licencias de intervención y ocupación de espacio público sólo confiere a sus titulares el derecho sobre la ocupación o intervención sobre bienes de uso público. A partir de la expedición de la licencia, la autoridad competente podrá revocarla unilateralmente por motivos de interés general, previa intervención del titular.*” (Subraya la Sala).

⁸⁵ DE ARCENEGUI, Isidro. “*El Nuevo derecho de minas*” ... *Ob. Cit.*

⁸⁶ Artículo 47 de la Ley 685 de 2001: “*Los trabajos y obras.* Los Estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda sometido el concesionario por causa del contrato, son los que expresamente se enumeran en este Código, No habrá lugar a modificarlos ni adicionarlos, ni agregar otros por disposición de las autoridades. Los reglamentos, resoluciones, circulares, documentos e instructivos que señalen o exijan trabajos, estudios y obras de carácter minero, distintas, adicionales o complementarias que hagan más gravosas sus obligaciones, carecerán de obligatoriedad alguna y los funcionarios que los ordenen se harán acreedores a sanción disciplinaria y serán responsables civilmente con su propio pecunio de los perjuicios que por este motivo irroguen a los interesados”.

⁸⁷ Artículo 49 de la Ley 685 de 2001: “*Contrato de Adhesión.* La concesión minera es un contrato de adhesión, en cuanto que, para celebrarse, no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades...”

⁸⁸ Artículo 112 de la Ley 685 de 2001: “*Caducidad.* El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas: a) La disolución de la persona jurídica, menos en los casos en que se produzca por fusión, por absorción; b) La incapacidad financiera que le impida cumplir con las obligaciones contractuales y que se presume si el concesionario se le ha abierto trámite de liquidación obligatoria de acuerdo con la ley; c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos por este código o su suspensión no autorizada por más de seis meses continuos; d) El no pago oportuno y completo de las contraprestaciones económicas; e) El omitir el aviso previo a la autoridad para hacer la cesión del contrato; f) El no pago de las multas impuestas o la no reposición de la garantía que las respalda; g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y

y la reversión una vez éste ha finalizado⁸⁹. De igual forma, se reconoce a la autoridad concedente la facultad de conminación mediante la imposición de multas en caso de presentarse alguna infracción de las obligaciones que recaen sobre el contratista⁹⁰”.

62. En esa decisión, el alto Tribunal señaló que el artículo 53 del Código de Minas no implica que no exista un método de selección objetivo en la entrega del contrato de concesión minera, pues en toda actuación que implique la autorización de aprovechar un bien público la aplicación del artículo 209 de la Carta Política es obligatoria.

63. La Sección Tercera, en esa oportunidad, declaró la nulidad de un acto administrativo que establecía criterios para dirimir desempates entre proponentes, cuando sus solicitudes hubieran llegado a las autoridades competentes dentro de un lapso no superior a treinta minutos. El Consejo de Estado declaró la nulidad de ese acto administrativo, considerando que la exigencia de cualquier requisito adicional a los previstos en los artículos 16, 270 y 271 del Código de Minas resultaba violatoria del principio de legalidad y, por lo tanto, del debido proceso constitucional.

59. Una vez más resulta apropiado culminar la exposición de esta tensión señalando con una precisión hermenéutica. En la sentencia C-983 de 2010 la Corte explicó la existencia de una regla constitucional de prevalencia del ambiente sobre la iniciativa privada, *prima facie*, en los siguientes términos:

“Una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1°. Al señalar que la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que es ‘una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica’ (art. 58, inciso 2°). Además, señala la Constitución, que el Estado debe ‘prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la

explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras; h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas por la minería; i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquier otra de las obligaciones del contrato de concesión; j) Cuando se declare como procedencia de los minerales explotados un lugar diferente al de su extracción, provocando que las contraprestaciones económicas se destinen a un municipio diferente al de su origen. Lo anterior, sin perjuicio, de las acciones legales que procedan en contra del concesionario y de los funcionarios públicos que con su conducta promuevan estos actos”.

⁸⁹ Artículo 113 de la Ley 685 de 2001: “Reversión gratuita. En todos los casos de terminación del contrato, ocurrida en cualquier tiempo, operará reversión gratuita de bienes a favor del Estado circunscrita esta medida a los inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinadas por el concesionario de forma exclusiva al transporte y embarque de los minerales provenientes del área comprendida en tal contrato y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del mismo (yacimiento) y de los frentes de trabajo. Esta reversión operará sólo en los casos en que las características y dimensiones de los mencionados bienes, a juicio de la autoridad minera, los hagan aptos como infraestructura destinada a un servicio público de transporte o embarque o darse uso de la comunidad.”

⁹⁰ Artículo 115 de la Ley 685 de 2001.

reparación de los daños causados’ (art. 80). Así mismo, establece dentro de los deberes de la persona y del ciudadano la obligación de ‘proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano’ (art. 95, ordinal 8)”⁹¹.

Tercero, minería y participación ciudadana

64. La participación es uno de los elementos estructurales del orden constitucional de 1991, que define el Estado como una democracia participativa, establece el derecho fundamental a la participación ciudadana y dispone un amplio conjunto de mecanismos explícitos para que esta se desenvuelva y se concrete un modelo de decisión política y un concepto de sociedad, en el que las personas sean la fuente de las decisiones que a todos nos conciernen, que a todas nos atañen.

65. La sentencia C-180 de 1994⁹² estableció que la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación no comprende solo mecanismos para la toma de decisiones por parte de los ciudadanos, como referendos o consultas, sino la posibilidad de participar permanentemente en los procesos decisorios “*que incidirán sustantivamente en el rumbo de su vida*” para “*fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual*”, y para aumentar el interés de los ciudadanos y la igualdad de oportunidades. En consecuencia, afirmó, “*la participación ‘puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articular a los partícipes de las dinámicas sociales’*”

⁹¹ Ver, sentencia C- 035 de 2016. Esta regla de prioridad puede identificarse en diversas sentencias de la Corporación: en la sentencia C-293 de 2002, la Corte declaró la constitucionalidad del literal c) numeral 20 del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, sobre la posibilidad de suspender actividades y obras, con base en el principio de precaución: “En este punto, sólo resta mencionar que no se violan los artículos constitucionales mencionados por el actor (trabajo, propiedad, derechos adquiridos), si, como consecuencia de una decisión de una autoridad ambiental que, acudiendo al principio de precaución, con los límites que la propia norma legal consagra, procede a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta”. En la sentencia C-027 de 1997, la Corte consideró que la posibilidad de que los municipios suspendieran actividades mineras por incumplimiento de normas impositivas-fiscales no violaba la Constitución Política. En la sentencia C-983 de 2010, la Corte señaló que la formalización minera, aún sobre áreas en las que existía una concesión no desconocía el debido proceso ni los derechos adquiridos, siempre que se cumpliera con algunas condiciones, como la existencia de la actividad con anterioridad al título y la declaratoria de caducidad de este último. En la sentencia C-983 de 2010 la Corte Constitucional se refirió a la naturaleza del contrato de concesión o título minero, en el marco de los procesos de formalización minera, previsto en el Código de Minas, frente a la minería tradicional desarrollada por comunidades tradicionales. Las normas demandadas, contenidas en los artículos 12 y 16 de la Ley 1382 de 2010 (que modificó el CM de 2001) se referían a la legalización de explotaciones mineras en territorios donde existían concesiones y a la acreditación de un canon superficiario para las propuestas de concesión en trámite, violaba el debido proceso y el respeto por los derechos adquiridos de forma legítima (artículos 29 y 58 de la CP).

⁹² MP. Hernando Herrera Vergara. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa. SPV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

66. Igualmente, en la sentencia C-150 de 2015⁹³, la Corporación resaltó que la participación es “*eje medular del ordenamiento constitucional vigente*” y genera varios deberes para el Estado tales como “(i) *el deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas de cualquier tipo que impidan el libre ejercicio de la participación por parte de ciudadanos y organizaciones sociales, (ii) el deber de adoptar medidas de todo tipo que eviten que las autoridades públicas o los particulares interfieran o afecten el libre ejercicio de las facultades en cuyo ejercicio se manifiesta la participación y (iii) el deber de implementar medidas que procuren optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación y que, al mismo tiempo, eviten retroceder injustificadamente en los niveles de protección alcanzados*”.

67. La participación, según lo ha afirmado la Corte Constitucional tiene un efecto universal y expansivo, es decir, se caracteriza por una ampliación normativa progresiva, lo que explica la posibilidad de que el Legislador cree espacios diversos a los previstos en el texto superior, y las autoridades generen constantemente nuevas instancias de decisión participativa.

Además del principio transversal o el valor democrático de la participación, el constituyente prevé espacios diferenciados de participación para ciertos grupos, y en determinadas materias. Para el tema que ocupa a la Sala, es conocida la relevancia constitucional del derecho a la consulta previa a las comunidades étnicas (artículos 6° Convenio 169 de 1989, 40 y 330 CP) y la participación ciudadana en los asuntos ambientales⁹⁴.

En ese sentido, el artículo 79 de la Carta establece que la Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan “afectar [...] al ambiente”, norma desarrollada por el artículo 1° de la ley 99 de 1993, que se refiere a la participación como principio orientador de la política ambiental.

A nivel internacional, el principio 10 de la Declaración de Río reconoce la importancia de la participación ciudadana en asuntos ambientales: “*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*

⁹³ MP. Mauricio González Cuervo. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Mauricio González Cuervo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, Martha Victoria Sáchica Méndez y Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹⁴ Entre otras, ver las sentencias T-348 de 2012 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y la C-298 de 2016 (MP. Alberto Rojas Ríos. SPV. María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero López, Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos).

sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos”.

El Convenio de Diversidad Biológica, ratificado por Ley 165 de 1994, en su principio 1º señala 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 establece 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”*.

Dos decisiones recientes tienen especial relevancia en la comprensión de la participación ciudadana en materia ambiental. De una parte, el caso **T-348 de 2012**⁹⁵, en el que una comunidad de pescadores argumentaba que la construcción de una obra pública afectaba su modo de vida y su principal actividad productiva, y que esta fue tomada sin permitirles participar directamente, en espacios adecuados, y tratándose de un tema que, sin duda, tenía una repercusión directa sobre su proyecto vital. La Corte dio la razón a los accionantes y explicó la relevancia de la participación en la construcción de las políticas públicas, especialmente, en aquellas relacionadas con temas de naturaleza ambiental.

Posteriormente, en la sentencia **T-294 de 2014**⁹⁶ la Corte analizó el caso en el que se discutía la imposición de un relleno sanitario a un conjunto de comunidades, debido a las cargas que ello suponía para su bienestar y calidad de vida, sin que se hubieran arbitrado espacios de participación adecuados, suficientes y efectivos para los afectados.

En esta providencia, la Sala Primera explicó que las decisiones destinadas a la prestación de servicios públicos tienen costos y beneficios y añadió que, cuando estos no se distribuyen de manera equitativa se generan problemas de justicia, de donde surge la expresión *“justicia ambiental”*, concepto que designa *“el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”*.

En esa providencia, sostuvo la Corte que el tratamiento justo supone que *“ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas*

⁹⁵ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁶ A continuación, la Corte seguirá de cerca la sentencia T-294 de 2014 (MP. María Victoria Calle Correa). Cuando se efectúe una transcripción extensa se omitirá el uso de comillas para facilitar la lectura, pues se sobreentiende que es una reiteración de lo expresado en aquella oportunidad.

ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal. Entretanto se entiende que la participación comunitaria resulta significativa cuando: (i) los residentes comunitarios potencialmente afectados tienen una oportunidad apropiada para participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que afectará su ambiente y/o salud; (ii) la contribución del público y las preocupaciones de todos los participantes son efectivamente tenidas en cuenta y susceptibles de influir la toma de decisiones; (iii) los responsables de decidir promueven y facilitan la participación de aquellas personas y/o grupos potencialmente afectados⁹⁷”.

Analizando la construcción del concepto desde diversos contextos, la Sala Primera explicó que en Estados Unidos se descubrió que las cargas de las consecuencias ambientales suelen recaer sobre población afroamericana; en Europa sobre personas económicamente vulnerables, y que este patrón también se presenta entre los países del Norte Global, en relación con los del Sur Global, correspondiéndole los mayores beneficios a los primeros y las más pesadas cargas a los segundos⁹⁸ .

Posteriormente, en el fallo citado, la Corte puntualizó que el concepto de justicia ambiental está integrado por dos elementos: la demanda de justicia distributiva, o reparto equitativo de carga y beneficios, en virtud de un principio de equidad ambiental *prima facie* y un principio de efectiva retribución y compensación; y una demanda de justicia participativa, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, especialmente, de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por una determinada decisión o actividad, como presupuesto de la toma de decisiones, en lo que tiene que ver con la viabilidad del proyecto, la evaluación de sus impactos, y la existencia de un espacio “*para el conocimiento local, evaluación nativa y definición de medidas de prevención, mitigación y compensación*”.

Además de su valor intrínseco, añadió este Tribunal, la participación tiene un valor instrumental en tanto medio para prevenir o, en su caso, corregir, el inequitativo reparto de bienes y cargas ambientales, así como para promover la formación de una ciudadanía activa e informada, capaz de aportar puntos de vista y visiones plurales del desarrollo que, quizás puedan tornar más compleja, pero sin duda habrán de enriquecer la toma de decisiones ambientales⁹⁹.

Los dos componentes de la justicia ambiental objeto de análisis cuentan con soporte constitucional expreso y quedan comprendidos dentro del mandato constitucional que ordena asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2 CP). En relación con el primero de ellos, el artículo 79 de la Carta consagra el

⁹⁷ Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA, por sus siglas en inglés).

⁹⁸ Ver considerando 13 de la sentencia T-294 de 2014.

⁹⁹ Ver considerando 14 de la sentencia T-294 de 2014

derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, disposición que, interpretada a la luz del principio de igualdad establecido en el artículo 13, constituye el fundamento de un derecho fundamental de acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados.

A su vez, el deber de ofrecer una efectiva retribución y compensación por los daños ambientales que se derivan de una actividad lícita y orientada al logro del interés general encuentra fundamento en el restablecimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, que esta Corte ha sustentado en una interpretación sistemática de los principios de solidaridad (art. 1 CP), igualdad (art. 13 CP) y responsabilidad patrimonial por daño antijurídico (art. 80 CP) y de procurar ‘la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano’ (art. 330 CP)

El componente participativo viene asegurado por el artículo 2º Superior, que consagra, entre los fines 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’, y 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).¹⁰⁰

Otras decisiones relevantes.

A continuación la Sala se referirá a sentencias que, si bien no responden específicamente a las tensiones descritas, sí constituyen un cuerpo dogmático

¹⁰⁰ En la sentencia T-294 de 2014, la Corte se refirió a otras decisiones importantes en materia de participación comunitaria en asuntos ambientales, así:

En la sentencia T-574 de 1996, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la libertad de oficio y al medio ambiente de dos integrantes de una comunidad de pescadores afectada por el vertimiento de crudo en el lugar donde realizaban sus faenas, originada por la ruptura de un oleoducto, lo que generó una gran mortandad de fauna marina. La Corte ordenó a Ecopetrol monitorear el sector por un lapso mínimo de 5 años, y adoptar medidas para mitigar los daños causados. La decisión conjuga las dos dimensiones de la justicia ambiental: las exigencias de la equidad distributiva y la importancia de la participación comunitaria, llevada a cabo a través de una “comisión de control” en la que estuvieran presentes representantes de los pescadores afectados. En la sentencia T-194 de 1999, este Tribunal tuteló los derechos a la participación y el ambiente sano de miembros de una comunidad de pescadores y campesinos (Asprocig), afectados por la disminución de recursos ícticos del río Sinú, ocasionada por la construcción de la represa hidroeléctrica Urrá I, lo que también produjo la desecación de cuerpos de agua necesarios para ampliar espacios de tierra cultivables. Tras considerar probado el daño al entorno, la Corte dictó órdenes para evitar su continuación. La Corte sentenció también que se había violado el derecho de participación de las comunidades por los responsables del proyecto, por el incumplimiento de compromisos acordados en el proceso de consulta y concertación previo.

A través de la decisión T-348 de 2012, la Corte amparó los derechos fundamentales a la participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión y oficio y dignidad humana de los miembros de una asociación de pescadores de Cartagena, afectados por la construcción de una vía que les privaba el acceso a la playa en donde ejercían sus actividades productivas. Por ese motivo, ordenó a las entidades responsables, garantizar espacios de participación y concertación para acordar medidas de compensación acordes con las características socioculturales y productivas de la comunidad.

relevante para la comprensión de los problemas relacionados con la minería, desde un punto de vista constitucional.

.- En las sentencias **C-123 de 2014**¹⁰¹ y **C-035 de 2016**¹⁰², la Corte Constitucional evaluó normas que se referían a una eventual tensión entre la propiedad estatal del subsuelo, la regulación de las zonas de exclusión de minería¹⁰³ o de especial importancia para la actividad, y la potestad de los municipios de regular el uso del suelo, desde lo local.

En ambas sentencias, la Corporación planteó la necesidad de espacios de concertación entre el ámbito local y el central para la toma de estas decisiones, considerando que, necesariamente, el manejo del subsuelo tiene incidencia en la posibilidad de establecer planes y programas sobre el uso del suelo, y en virtud de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, que definen desde la Constitución la relación entre los territorios y el nivel central.

-. En la sentencia **C-035 de 2016**¹⁰⁴, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que faculta al Gobierno Nacional para establecer áreas estratégicas de minería, en las que se establecerá un modo de selección objetiva para la entrega de títulos mineros, considerando que esta medida persigue una organización y planeación adecuada en el manejo de los recursos naturales y la exploración y explotación de minerales considerados estratégicos.

Sin embargo, en la reciente sentencia **T-766 de 2015**¹⁰⁵ la Corte dejó sin efectos dos resoluciones que establecían como áreas estratégicas mineras una extensión de 20 millones de hectáreas, en departamentos con notable presencia de comunidades indígenas y negras, por violación al derecho fundamental a la consulta previa.

¹⁰¹ (MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz)

¹⁰² MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero, Alejandro Linares Cantillo, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Alberto Rojas Ríos.

¹⁰³ El artículo 37 del Código de Minas, que consagraba esa prohibición, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-273 de 2016, por violación de la reserva de ley estatutaria, en la definición de competencias de los distintos órdenes territoriales. Los magistrados María Victoria Calle Correa, Alberto Rojas Ríos, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva han presentado votos particulares, con el propósito de señalar que tal espacio de participación no se encuentra definido y que este no puede desconocer la facultad de los municipios de definir, con participación directa de sus habitantes, si la actividad hace parte de sus intereses.

¹⁰⁴ MP Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV María Victoria Calle Correa; SPV y AC Alejandro Linares Cantillo; SPV y AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰⁵ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Ortiz Delgado.

.- En la sentencia **C-619 de 2015**¹⁰⁶, la Corporación debía estudiar una demanda dirigida contra el segmento del artículo 13 del CM, que declara a la minería como una actividad de utilidad pública, en todas sus ramas y fases. En concepto de los actores, esa declaratoria implicaba una amenaza a un conjunto de derechos constitucionales, debido a la relación que existe entre la utilidad pública y la facultad estatal de expropiación de bienes privados.

La Sala se inhibió para fallar, considerando que los actores no demandaron las normas que en efecto hablan sobre expropiación en el CM, sino únicamente la declaratoria de utilidad pública, un concepto indeterminado que exclusivamente denota la importancia que le otorgan las autoridades a una actividad; y que no explicaron por qué esa declaratoria resultaba irrazonable o desproporcionada, en relación con cada una de las fases o “ramas” de la actividad, concepto, este último, que tampoco precisaron los demandantes.

Si bien la decisión inhibitoria no hace tránsito a cosa juzgada, los argumentos de la Corte son relevantes para el estudio del caso concreto y la solución de las posibles tensiones normativas descritas: la declaratoria de utilidad pública no tiene necesariamente una vocación expropiatoria, ni un contenido normativo preciso. Es un concepto indeterminado, destinado a ilustrar la importancia que los órganos políticos otorgan a una actividad, sin que ello suponga que por ese motivo adquiere una naturaleza supra legal, o puede imponerse a los principios superiores de la Carta Política.

- En la sentencia **C-339 de 2002**¹⁰⁷ la Corte analizó un amplio conjunto de cargos contra el CM. Para lo que interesa en este proceso, resulta importante señalar que uno de estos se dirigía contra el artículo 4° de esa normativa, que establece unos criterios de interpretación del Código y, especialmente, la aplicación preferente de sus normas sobre las de otros ordenamientos. En concepto del actor, ello podría implicar una lesión a las normas de protección al ambiente contenidas en otros ordenamientos, como la ley 99 de 1999 y, por esa vía la lesión de los principios constitucionales que lo protegen.

La Sala Plena consideró que no existía semejante violación. Indicó que la aplicación preferente del CM debía entenderse exclusivamente en el marco del principio hermenéutico que da preferencia a la ley especial (el Código de Minas) sobre las normas generales, incluidas aquellas de naturaleza ambiental. Añadió que la norma no podría violar las normas de protección al ambiente, debido a la obligación de todas las autoridades de dar aplicación directa a la Carta Política.

En esta oportunidad, es oportuno señalar que las normas contenidas en leyes generales que reproduzcan principios ambientales contenidos en la Carta

¹⁰⁶ MP. Gloria Ortiz Delgado. SV. Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁷ MP Jaime Araújo Rentería. Unánime.

Política o en instrumentos relevantes del derecho internacional para la interpretación y aplicación de las normas superiores, tampoco estarían sujetas a tal preferencia, pues ello implicaría que, tratándose de normas que conforman el cuerpo normativo constitucional e internacional que define el contenido de un derecho fundamental, su sola invocación en una ley les privaría de su jerarquía superior. Ello ocurre, por ejemplo, con los principios de la Declaración de Río recogidos en la Ley 99 de 1999 y con aquellos que establecen los principios de gradación normativa, rigor subsidiario y armonía regional, que contribuyen a comprender el alcance de la autonomía territorial en materia ambiental.

.- En la sentencia **C-298 de 2016**¹⁰⁸ la Corte Constitucional, entre otras decisiones, decidió declarar la inexecutable del artículo 20 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, norma que establecía la posibilidad de establecer estas áreas de reserva para el desarrollo minero por un tiempo indefinido, considerando que tal decisión violaba el principio de desarrollo sostenible y generaba una afectación desproporcionada al derecho fundamental a un ambiente sano. Finalmente, en la sentencia **C-221 de 2016**¹⁰⁹ la Corporación consideró inconstitucional la reserva de información geológica, previa generada en la definición de las áreas mineras estratégicas, pues el Legislador no justificó la restricción al derecho fundamental al acceso a la información.

Solución al primer problema jurídico

En este acápite la Sala se referirá a los cargos primero al cuarto, dirigidos contra los artículos 16, 53, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 277 y 279 del CM, por violación a los principios de la función pública, la planeación ambiental y la prevalencia del interés general (1.1); el ambiente sano, el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras (1.2); y el derecho fundamental a la participación ciudadana.

La Sala comenzará por sentar las premisas metodológicas del análisis. Acto seguido retomará, de manera sucinta, los cuestionamientos de la demanda y, finalmente, se pronunciará sobre cada uno de los mencionados.

Premisas de análisis.

1. Análisis conjunto de los artículos 16, 53, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279 del CM, en tanto conforman una unidad normativa, y la naturaleza de los cargos así lo exige.

¹⁰⁸ MP. Alberto Rojas Ríos. SPV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Gloria Ortiz Delgado.

¹⁰⁹ MP. Alberto Rojas Ríos. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Gloria Ortiz Delgado. AV. María Victoria Calle Correa.

Los artículos 16, 53, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279 del CM conforman una unidad normativa porque definen el modo de acceso al contrato de concesión de minería. El artículo 16 establece el principio de preferencia o prevalencia, el artículo 53 excluye de estos trámites la aplicación de la ley general de contratación estatal y los artículos 271 a 279 hacen referencia a los requisitos y los aspectos procedimentales para el acceso al título minero.

Para comenzar, el artículo 16 define el derecho de preferencia frente a terceros al primer proponente¹¹⁰ y el artículo 53 excluye la aplicación de las normas de contratación administrativa para la concesión minera, salvo en caso de remisión normativa expresa, por el Código de Minas¹¹¹.

Los artículos demandados que se encuentran entre los aspectos procedimentales (Título VII, capítulo XXV) del Código de Minas se refieren a los requisitos que debe acreditar el interesado¹¹², las autoridades ante quien debe presentarse la propuesta y la forma de determinar la primera petición¹¹³,

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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” Como puede verse, la norma remite al artículo 17 CM, según el cual: “ARTÍCULO 17. CAPACIDAD LEGAL. La capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal. Dicha capacidad, si se refiere a personas jurídicas, públicas o privadas, requiere que en su objeto se hallen incluidas, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras.

Cuando Uniones Temporales reciban concesiones deberán constituirse en figura societaria, con la misma participación que se derive de la propuesta presentada.

También podrán presentar propuestas y celebrar contratos de concesión los consorcios, caso en el cual sus integrantes responderán solidariamente de las obligaciones consiguiente”.

¹¹² 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 verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

¹¹³ 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

la publicidad¹¹⁴, el compromiso de seguir las guías ambientales expedidas por la autoridad competente¹¹⁵, la participación y las causales de objeción¹¹⁶ y rechazo de la propuesta¹¹⁷.

En lo que tiene que ver con los requisitos de diligenciamiento de la propuesta, debe resaltarse el contenido del artículo 271 del CM, que destaca los siguientes: el señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado; la descripción del área objeto del contrato y su extensión; la indicación del mineral o minerales objeto del contrato; la mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente¹¹⁸ 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; si el área abarca lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, de acuerdo con el artículo 35 del Código de Minas; el señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de

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.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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 vigente

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ Declarada exequible, bajo la condición de que se entienda que también comprende a las comunidades que no están asentadas por razones de desplazamiento forzado. (C-891 de 2002).

exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías.

Así las cosas, si bien la mayor parte de estas normas tiene un contenido normativo autónomo, lo cierto es que la comprensión de la concesión minera exige tomarlas en consideración de forma sistemática o integrada. A su vez, los actores plantean que estas normas no permiten la materialización de un conjunto de principios constitucionales que pueden organizarse en tres segmentos distintos. El primero, relacionado con la selección de personas que tendrán la posibilidad de aprovechar un recurso del Estado, la potestad de intervención en la economía y la obligación de planeación en torno al aprovechamiento de recursos; el segundo, asociado a la protección del ambiente y los principios de desarrollo sostenible y derechos de las generaciones futuras y, el tercero, relativo a la participación de las personas en las cuestiones que los afectan y, especialmente, en los asuntos ambientales.

En criterio de los accionantes y de buena parte de los intervinientes, ese proceso de entrega del título se reduce en la presentación de la primera propuesta y el diligenciamiento de requisitos formales. La razón por la cual invocan también las demás normas es que consideran que ninguna de estas establece un requisito que materialice los principios constitucionales que consideran vulnerados y, en virtud de la envergadura de los trabajos de minería, de sus efectos, y de tratarse de concesiones sobre bienes del Estado, estiman inaceptable que estos se reduzcan a instancias formales.

2. Segundo, el estudio de los cargos relacionados con la planeación en el manejo de los recursos, el ambiente sano, el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras exige una perspectiva prospectiva.

El control de constitucionalidad es concebido como un ejercicio lógico y abstracto, en el cual se compara la compatibilidad entre una norma legal y la Constitución. Esas características suponen que es posible desentrañar el contenido normativo de cada norma, es decir, aquello que permite, prohíbe u obliga, y hallar las contradicciones que se presentan cuando, por ejemplo, la norma superior prohíbe algo que la inferior permite; permite algo que la inferior prohíbe, u ordena algo que la inferior prohíbe (o incumple).

En ese sentido están estructurados los requisitos argumentativos de las demandas de constitucionalidad, y consecuentemente, la Corporación no efectúa un control sobre hipótesis fácticas, casos concretos, o afirmaciones sobre hechos futuros. El juez constitucional no hace predicciones y carece de las herramientas técnicas para evaluar su plausibilidad. Su ámbito de trabajo es el de la regularidad entre la norma superior y la norma inferior.

Sin embargo, el derecho ambiental incorpora un conjunto de principios cuyo contenido normativo no se agota en el presente, sino que se proyecta a un porvenir más o menos incierto. Como se explicó ampliamente al desarrollar el

contenido del derecho al ambiente sano, el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras, tienden puentes entre el presente y el futuro, así que no resulta casual que uno de los documentos más relevantes en el surgimiento del derecho internacional haya sido denominado “*Nuestro futuro común*”.

Sobre el concepto de desarrollo sostenible, más allá de su evidente indeterminación, que se proyecta tanto en la sospecha de quienes lo denuncian como una contradicción en sus términos, que genera esperanzas fallidas desde su nacimiento; como en la promesa que, en sentido contrario, lo concibe como una tautología o una redundancia, por ser el único desarrollo admisible, es posible observar que es un concepto que se mueve del presente al futuro, al atar el aprovechamiento de los recursos por las generaciones presentes a las generaciones futuras. Para terminar, principios esenciales del derecho ambiental, como la precaución y la prevención; y finalidades esenciales en el aprovechamiento de recursos, como la planeación, la conservación, preservación, mitigación del daño, compensación, tienen la misma naturaleza.

Podría pensarse entonces que, en la medida en que se trata de conceptos con una dinámica temporal interna, no es posible determinar su contenido normativo presente y, por lo tanto, adelantar un juicio de constitucionalidad puramente lógico y abstracto.

Esa conclusión resulta inadmisibles por diversas razones. Primero, porque los principios constitucionales (cada uno, y todos ellos) tienen una naturaleza normativa. No son declaraciones de propósito, sino auténticos mandatos que vinculan a los poderes públicos; segundo, porque ello frustraría la defensa de la supremacía constitucional y el ejercicio del derecho participativo inmerso en la acción pública de inconstitucionalidad; y, tercero, porque aunque no puede adelantarse una argumentación completamente convincente sobre el tiempo futuro, sí es posible evaluar la existencia de medidas actuales y progresivas destinadas a alcanzar los fines que estos principios exigen.

Si bien la indeterminación de estos conceptos es amplia, debe tomarse en cuenta que algunas de las principales herramientas de análisis constitucional no escapan a una mirada a lo fáctico, como ocurre con el examen de idoneidad y necesidad de una medida y, muy especialmente, con el principio de progresividad, que ordena dar pasos hacia delante para garantizar la eficacia y goce efectivo de las esferas prestacionales de los derechos sociales.

De ahí la segunda premisa de análisis. Lo que debe indagarse es si, a partir de argumentos plausibles sobre el contenido de las normas actuales es posible construir un razonamiento convincente acerca de si tal estado de cosas constituye un conjunto de medidas, planes, programas y normas, aptos para alcanzar los fines futuros de los principios citados.

Es acá donde también corresponde al juez constitucional aplicar directamente esos principios. Exigir una demostración de la inexistencia de recursos dentro de un plazo de una o más generaciones no es factible. Determinar si se están adoptando medidas para lograrlo; si esas medidas son razonables y progresivas, es posible, especialmente, si se parte de los principios de prevención y precaución (pro ambiente), previamente mencionados.

3. Necesidad de precisar aspectos de la jurisprudencia constitucional para evitar cualquier interpretación que genere riesgos para el ambiente sano. (Orientación de la decisión).

La Corte Constitucional ha construido un sólido cuerpo jurisprudencial, en defensa del ambiente, como principio superior y elemento estructural del Estado constitucional de derecho. Sin embargo, en problemas jurídicos similares al estudiado y, particularmente, en las sentencias C-339 de 2002¹¹⁹ y C-891 de 2002¹²⁰ ha defendido una opción hermenéutica que consiste en descartar la violación de determinados principios, especialmente, los ambientales, con base en los principios generales de interpretación del derecho: la prevalencia de la ley especial (minera), la necesidad de una interpretación sistemática del ordenamiento y el principio de interpretación conforme a la Constitución Política.

Esa fue la línea decisoria que, en sentencia C-339 de 2002¹²¹, llevó a la Corte a declarar la exequibilidad simple de la norma interpretativa contenida en el artículo 4° del CM (ya explicada); y esa fue también la vía que llevó a la Corporación a declarar exequible de forma simple la mayor parte de las normas analizadas en la sentencia C-891 de 2002¹²². Así, en la primera sentencia la Corte sostuvo que (i) el principio de aplicación preferente del CM es sólo una manifestación de la regla según la cual la ley especial prevalece sobre la general; (ii) ello no excluye la aplicación de las normas constitucionales (incluidas las ambientales) y (iii) ni las de otros ordenamientos, en caso de vacíos normativos o remisión expresa. En la segunda, la Corporación explicó que no todas las normas sobre pueblos indígenas tienen que mencionar el deber de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas, pues los derechos fundamentales siempre deben respetarse, y es ajeno a la técnica legislativa incorporar todas las normas constitucionales relevantes para la comprensión e interpretación de las reglas legales.

Como se indicó en la línea jurisprudencial acerca de la iniciativa privada y el deber de intervención estatal en materia de minería, también el Consejo de Estado ha acogido esta opción hermenéutica. Así, en la sentencia de 3 de

¹¹⁹ MP. Jaime Araujo Rentería.

¹²⁰ (MP. Jaime Araujo Rentería).

¹²¹ MP Jaime Araújo Rentería. Unánime.

¹²² (MP. Jaime Araujo Rentería).

febrero de 2010, en la que la alta Corporación debía analizar la validez de una norma reglamentaria que establecía parámetros para dirimir empates entre proponentes a un título minero, que hubieran presentado sus propuestas dentro de un lapso no superior a treinta minutos, consideró que el artículo 53 del CM, hoy demandado, no se opone a los principios de la función pública, pues el artículo 209 debe aplicarse directamente. Al resolver el problema jurídico, la Sección Tercera señaló, sin embargo, que, en virtud del principio de legalidad, componente esencial del debido proceso, de la interdicción de arbitrariedad y del respeto por la seguridad jurídica, la administración no podría crear o exigir ningún requisito distinto a los previstos en el Código de Minas para acceder a la entrega del título.

Estos argumentos son, en principio, acertados, pues obedecen a la concepción del orden jurídico que esta Corte siempre ha defendido, en el que la Constitución es norma de normas, irradia el resto del ordenamiento jurídico y debe ser observada y aplicada directamente por todas las autoridades públicas.

Pero demuestran que las respuestas constitucionales pueden no darse en la práctica, cuando le corresponde a la administración pública adoptar las decisiones y enfrentar una especie de dicotomía entre recurrir directamente la Constitución para favorecer el ambiente, la función pública y la participación; o aplicar estricta y literalmente el Código de Minas para respetar el principio de legalidad, la seguridad jurídica, o los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Esta afirmación solo se refiere a las dificultades que supone la interpretación sistemática del derecho, en un campo técnico, que se ha convertido en una política económica importante del Gobierno, por parte de la Administración Pública, con la consecuencia de que, frente a una ambigüedad, esta última puede terminar por decidir *pro legalidad estricta* y no *pro ambiente*.

Como lo explica el artículo 241 de la Constitución Política y las sentencias C-113 y 131 de 1993, este Tribunal tiene la competencia de establecer el efecto de sus fallos para asegurar la supremacía e integridad de la Constitución. La vía de decisión descrita parece llevar a situaciones en las que no cumple ese objetivo. Por ello, nuevamente en atención al principio pro ambiente, la Corte considera necesario, siempre que exista alguna duda acerca de cómo se aplicará directamente la Carta, incorporarlo directamente, bien mediante un condicionamiento expreso, bien a través de un exhorto a los órganos políticos para evitar ese riesgo.

Además del problema descrito, esta orientación se justifica por las siguientes razones: la minería tiene un alto impacto ambiental, y este puede tornarse irreversible; es preciso avanzar en la protección del ambiente, en virtud de todos los elementos explicados en el acápite anterior (premisa dos) y el principio de progresividad: la comunidad internacional revisa cada diez años los compromisos previstos en la Cumbre de la Tierra en Río; existe un cuerpo

de sentencias que viene ampliando la protección ambiental frente a otros intereses. La minería ocupa un papel protagónico en la política económica del país; en un conjunto de sentencias se vienen adoptando condicionamientos de este tipo¹²³.

4. La concesión del título minero no es un acto carente de significado desde el punto de vista ambiental y el principio de precaución.

El contrato de concesión, como se ha explicado ampliamente, no confiere un derecho de propiedad sobre bienes estatales, sino una posibilidad de aprovechamiento, una vez inscrito en el registro minero; activa una obligación de control y vigilancia estatal sobre las actividades; y puede ser revocado por hechos asociados a la protección del ambiente.

Pero ello no lo priva de diversos significados normativamente relevantes. El primero es la oponibilidad ante terceros, que es el núcleo mismo de la preferencia establecida por el artículo. Segundo, cumplidos los requisitos de los artículos 270 a 271 y, según la jurisprudencia nacional, la administración debe entregarlo, sin exigir otros requisitos. La entrega genera, tanto para el Estado como para las partes, una expectativa de exploración y explotación. De no ser así, se trataría de una actuación estatal carente de sentido. Y, desde la perspectiva del concesionario, el orden normativo le exige adelantar el objeto del contrato ya que no hacerlo es causal de caducidad.

Por todo ello, el contrato tiene un significado normativo relevante y debe ser compatible con los mandatos constitucionales y los principios del derecho ambiental. Negar esta conclusión sería irrazonable, tanto desde el punto de vista estatal, como desde la perspectiva del empresario.

Estudio del cargo

Como se ha explicado ampliamente, los actores consideran que las normas que definen el proceso de concesión minera violan tres conjuntos de mandatos constitucionales, íntimamente relacionados entre sí (i) la función pública, la potestad de intervenir en economía y regular la explotación de los recursos naturales y la planeación ambiental (arts. 209, 334 y 80 CP); (ii) el derecho a un ambiente sano (una vez más, con la planeación ambiental), y (iii) el derecho fundamental a la participación ciudadana, debido a que su único propósito es satisfacer la celeridad, y no establecer una forma rigurosa y estricta de aprovechamiento de los minerales.

Frente a los cargos de la demanda, los intervinientes que defienden la exequibilidad de las normas proponen distintos argumentos, que pueden describirse de esta manera.

¹²³ Ver sentencias C-123/14 y C-035/16.

Primero, ni el procedimiento de selección guiado por el principio de preferencia, ni los requisitos exigidos, desconocen la Constitución Política. El primero obedece a la intención democrática y liberal de que todas las personas interesadas puedan ejercer una actividad económica productiva, sin que ello afecte los principios de la función pública, pues, de una parte, la preferencia en el tiempo sí es un criterio objetivo y, por otra, no es cierto que haya un vacío de requisitos, como lo demuestran precisamente las normas cuestionadas (aquellas que van del artículo 270 al 279 del Código Minero).

Así pues, ni se violan los requisitos de la función pública, ni es cierto que exista un déficit de protección al ambiente, la participación o los pueblos étnicamente diferenciados.

Segundo, en una variante del argumento anterior, se plantea que la única forma de entender que existe un déficit de protección es interpretar las normas de manera aislada y asistemática. Este argumento se extiende en dos direcciones. De una parte, se basa en los principios de aplicación directa de la Constitución e interpretación conforme a la Carta. De otra, a la armonización de las propias normas del CM que, en su acápite final, contempla previsiones de protección ambiental; y, por último, la aplicación de las normas ambientales contenidas en otras leyes, siempre que no sean incompatibles con el ordenamiento minero, en virtud de la cláusula de preferencia contenida en el artículo 4° CM.

Tercero, la etapa que se cuestiona es previa a cualquier actividad minera. El contrato de concesión sí genera un derecho de prelación oponible a terceros que únicamente permite al titular ser el primero en iniciar los trabajos de exploración y, obviamente, siempre que cumpla los requisitos de los artículos 270 y siguientes. En apoyo de este argumento se aducen dos razonamientos adicionales: el contrato de concesión puede ser revocado, en virtud de la facultad de intervención estatal, y lo mismo ocurre con la licencia ambiental, siempre que se constate que puede ocasionar un daño en la salud pública o en el ambiente, aspectos en los cuales, incluso, las autoridades están facultadas para aplicar el principio de precaución.

Primero, intervención en la economía, función pública, explotación de recursos e iniciativa privada.

En la citada sentencia C-983 de 2010,¹²⁴ la Corte Constitucional señaló que las normas legales constituyen un ámbito en el cual el Congreso tiene un margen de regulación particularmente amplio, conclusión que se desprende de tres premisas normativas relevantes: el artículo 150 de la Carta, que establece la cláusula general de competencia del Congreso, en el sentido de *hacer las leyes*, o desarrollar en el ámbito del foro democrático de representación los contenidos amplios e indeterminados de las cláusulas constitucionales. El

¹²⁴ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

artículo 360 que le otorga al órgano legislativo la potestad para establecer las reglas sobre la explotación de los recursos naturales. Y el artículo 334 que ordena la intervención estatal en la economía, incluso frente a la iniciativa privada, entre otros fines, para la protección del ambiente y una adecuada distribución de las oportunidades y beneficios del desarrollo, el uso del suelo y el mejoramiento de la calidad de vida de la población colombiana.

En el marco del control de constitucionalidad, la amplitud de la potestad de configuración legislativa es inversamente proporcional a la intensidad del control que puede desarrollar la Corte Constitucional. Así, en ámbitos de especial amplitud, el control se mantiene en un nivel mínimo, que se concreta en una evaluación de la razonabilidad de la medida. La razonabilidad, a su vez, se evalúa en torno a si los fines perseguidos por el legislador son constitucionalmente válidos. En asuntos en los que están de por medio derechos fundamentales, especialmente de grupos vulnerables, el ámbito se torna más limitado, y el examen de constitucionalidad varía, indaga la idoneidad de los medios, su necesidad, en términos de la existencia de alternativas menos lesivas de otros derechos fundamentales, y en qué medida afectan otros principios constitucionales.

La Sala estima que, como se ha indicado antes, existen buenas razones para considerar que la explotación de recursos es un espacio amplio de configuración legislativa. Sin embargo, considera necesario plantear una aclaración. En la decisión C-983 de 2010, la Corporación evaluó ese margen regulativo exclusivamente desde el punto de vista de la potestad estatal a la que se refieren las normas citadas. Pero no tuvo en consideración que esta potestad está ligada a un amplio conjunto de mandatos, incluidos los ya mencionados.

Así, la intervención en la economía es una potestad estatal que puede interferir intensamente en la iniciativa privada, especialmente, si se trata de encauzarla dentro del bien común y la función social que le es inherente (al igual que a la propiedad privada, de la que también se predica una función ecológica). Y la regulación sobre la explotación de recursos no se limita al establecimiento de un mecanismo para su aprovechamiento y la distribución de beneficios entre el concesionario y el Estado. De conformidad con el mismo artículo 360, también el Congreso, por iniciativa gubernamental, debe establecer reglas de *distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y destinación de los ingresos provenientes de la explotación minera*.

Finalmente, una interpretación sistemática de estas normas exige tomar en consideración el artículo 8 Superior que establece el deber estatal de proteger el patrimonio cultural y natural de la Nación y el artículo 80 que, según se ha explicado prevé la necesidad de medidas adecuadas de planeación ambiental. Estos artículos justifican entonces plenamente la invocación de los principios de la función pública: transparencia, objetividad, igualdad, eficacia y

eficiencia, al tenor del artículo 209 Superior, tal como lo señalan los demandantes.

No es admisible, desde el punto de vista constitucional, que la regulación ordenada por el artículo 360 superior, bajo el concepto de ser un margen muy amplio de configuración, se comprenda como una potestad desvinculada por completo de otras normas constitucionales. No sería admisible tampoco que el Congreso elija y prefiera cualquier fin constitucional y lo ubique por encima de aquellos que específicamente fueron una preocupación del constituyente en este ámbito.

Se trata entonces de una potestad muy amplia en la escogencia de fines y medios; pero de una potestad vinculada a diversos mandatos constitucionales y, por lo tanto, de menor amplitud a la que sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-983 de 2010.¹²⁵ Es cierto entonces que la Corporación limita su análisis a estudiar la razonabilidad de la medida; pero toda medida regulativa sobre la explotación de recursos naturales que sea abiertamente indiferente a tales principios, o que privilegie otros distintos, sin motivos poderosos, debe considerarse inconstitucional.

En el caso objeto de estudio, ya se ha descrito el método de entrega de los títulos mineros concedidos por el Estado. La Sala no hablará de ‘primero en el tiempo, primero en el derecho’, pues ese supuesto principio se ha convertido más bien en un eslogan destinado a la crítica del método actual por lo que consideran ausencia de rigurosidad; o, al contrario, en tanto se considera como el mecanismo más relevante para asegurar el acceso universal (entiéndase, de todos los interesados) en el ejercicio de actividades de minería.

Se trata de un método que, primero, es especial, en tanto excluido del ordenamiento normativo aplicable a la contratación estatal; basado en un derecho de preferencia, y que exige un grupo de requisitos asociados principalmente a la información sobre la naturaleza del proyecto, la presencia de grupos étnicos, la superposición con espacios de conservación ecológica y el compromiso de cumplir las normas ambientales.

Como puede verse, el modelo no puede calificarse de indiferente frente a algunos de los fines previamente descritos. Sin embargo, sí resulta evidente que el principio de preferencia se orienta a dotar de agilidad el trámite y a permitir el acceso de todo interesado, antes que a cuidar cualquier otro propósito constitucionalmente relevante. A su vez, los requisitos de los artículos 270 a 279, o son formales (literalmente, pues se concretan en afirmaciones vertidas en un formulario), o se limitan a evitar la violación de una prohibición expresa y a una afirmación sobre el cumplimiento de la ley.

¹²⁵ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

La prohibición de minería en zonas de conservación ecológica no es equivalente a la garantía de condiciones adecuadas de funcionamiento de la actividad minera en aquellos lugares en los que está permitida. La afirmación acerca de cumplir la ley es vacía, en el sentido de que todas las personas tienen ese deber. Y ninguno de los requisitos descritos denota la existencia de una política pública destinada a la planificación del ambiente y el aprovechamiento de los recursos en términos equitativos, como lo ordenan los artículos. Ninguna de ellas está diseñada como un mecanismo de protección de las riquezas de la nación.

Así las cosas, la Sala considera que el cargo correspondiente al primer problema jurídico encuentra sustento en el análisis de constitucionalidad precedente. Sin embargo, es cierto que la violación de estos principios no puede ser subsanada mediante la exclusión de las normas del ordenamiento, pues ello sólo produciría la inexistencia de método alguno de selección, con la consecuente imposibilidad de control estatal.

Por otra parte, el Congreso de la República, a través de la Ley 1753 de 2015 (PND 2014-2018) creó la figura de las áreas estratégicas mineras para la explotación de minerales y, consciente de los inconvenientes del modelo actual, ordenó al Ministerio de Minas establecer un método de selección objetiva. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, y consideró que esta obedecía, precisamente, a un interés para planificar adecuadamente la política en materia de explotación de recursos y aprovechamiento de las riquezas de la Nación. Sin embargo, ese método no ha sido establecido aún y la primera decisión de la Agencia Nacional de Minería sobre la declaratoria de áreas estratégicas mineras fue dejada sin efecto por esta Corporación (T-766 de 2015¹²⁶). En esta se declaraba de ‘interés estratégico’ buena parte del territorio nacional, especialmente, en lugares de alta población indígena y afrocolombiana, de manera inconsulta. La iniciativa de las áreas estratégicas mineras no es, actualmente, la respuesta al problema descrito. Además, no haría desaparecer el método ordinario. Pero indica la necesidad de tratamientos diferenciados, puesta de presente también por diversos intervinientes.

La respuesta está en la segunda premisa, no basta con la interpretación sistemática. Sino que la Corte debe sentar los parámetros y establecer lo que se debe hacer mientras se dicta una norma representativa y participativa (consultada).

2. El ambiente sano y las generaciones futuras.

En la parte motiva de este providencia se hizo alusión a la constitución ecológica, el derecho a un ambiente sano, el principio de desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras.

¹²⁶ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Ortiz Delgado.

En esa exposición se explicó que estos principios hacen parte de un eje transversal de la Carta Política de 1991, se trata de intereses superiores y generales, y su defensa y protección constituye un deber de todas las personas, las autoridades y los países, que deben establecer vías de cooperación para alcanzar los propósitos de la agenda ambiental construida durante el último medio siglo.

También se explicó que se trata de conceptos difusos, especialmente indeterminados, y cuyo contenido debe construirse día a día a través del derecho internacional de los derechos humanos, la discusión democrática y la participación de todas las personas. Estos principios, sin embargo, no constituyen para la Carta grandes propósitos, sin valor normativo alguno, ni decisiones éticamente relevantes, pero carentes de fuerza jurídica.

Hacen parte de una Constitución normativa y constituyen mínimos para el bienestar de todos. Por ese motivo, si bien la Corte no puede adelantar pronósticos inciertos sobre el futuro, sí estima defender su fuerza normativa, mediante una evaluación constitucional de las medidas de protección que el Estado efectivamente viene adoptando a favor del ambiente.

Para ello, las herramientas esenciales del juez ya se encuentran definidas en el ordenamiento constitucional: la necesidad de la existencia de medidas, la exigencia de que estas sean progresivas, la aplicación estricta de los principios de prevención y precaución, y la importancia de los principios que distribuyen las competencias entre los ámbitos nacional y territorial, con base en una exigencia progresiva desde el centro a lo local.

En fin, la concepción de un modelo de desarrollo que no se agote en la generación de rentas inmediatas a cambio de la futura escasez o extinción de las riquezas naturales, y la construcción de un adecuado equilibrio entre lo económico, lo ecológico y lo social.

Con base en el análisis desarrollado en el cargo anterior y la premisa según la cual la entrega del título minero no puede considerarse una actuación vacía de sentido, a la luz del principio de razón suficiente en las actuaciones del Estado (las actuaciones deben tener un propósito válido), es posible concluir, sin necesidad de una profunda argumentación que la regulación actual vulnera el principio de planeación ambiental y no persigue la protección de las riquezas naturales, ni un adecuado manejo del ambiente.

La única exigencia actual que el CM presenta en materia de concesión minera es la afirmación de cumplir con las guías ambientales. Sin embargo, no se realiza un análisis de la vocación minera del territorio nacional, de su interacción con otras actividades económicas y socialmente relevantes, como el fomento a la agricultura, el acceso a la tierra o la restitución de las tierras de las víctimas de la violencia y los derechos de los pueblos étnicamente

diferenciados. No existen parámetros de racionalidad ambiental, en términos técnico científicos, que expliquen o estructuren un método de entrega de títulos destinado a concretar un concepto de país, rico en minerales, pero biodiverso, pluralista y multicultural.

Sin duda, los órganos de la administración y el Congreso de la República son también conscientes de la situación descrita. Ello explica, por ejemplo, la incorporación en la reforma del Código de Minas de 2010 de un conjunto de normas de protección ambiental; y el interés por establecer áreas en las que la minería no se entregue, conforme al método actual. Sin embargo, la primera iniciativa se adoptó sin consultar a las comunidades étnicamente diferenciadas y, por ese motivo, fue declarada inexecutable por la Corte, en sentencia C-366 de 2011,¹²⁷ en tanto que la segunda, recientemente se manifestó en actos administrativos que delimitaban 20 millones de hectáreas, una vez más, sin consulta previa.

La conciencia del problema, entonces, no ha estado acompañada por medidas admisibles.

3. La participación ciudadana

La participación es un principio cardinal de la Carta Política, una visión de la democracia acogida por el Constituyente de 1991 y un derecho fundamental. Esta se concreta en la intervención activa de todos los posibles afectados por una decisión, y en la obligación de las autoridades de darle efectos, para así construir una nación donde lo público se discute tanto desde abajo, desde cada ciudadano, como a través de sus representantes en el Congreso de la República.

La apuesta por la participación del constituyente fue tan seria que la elevó al rango de derecho fundamental en el artículo 40 Superior y previó la existencia de un conjunto de poderosos mecanismos para llevarla a la práctica, como la consulta, el referendo, el plebiscito, el cabildo abierto o la revocatoria del mandato. Finalmente, estimó necesario incorporarla como un mandato autónomo en ciertos campos, como ocurre, precisamente, en el caso del ambiente (artículo 79) y la explotación de recursos en las comunidades étnicas (art. 330, sobre el que se hablará en la segunda parte de esta providencia). Esta Corte, en fin, ha destacado su carácter universal y expansivo (C-150 de 2015¹²⁸).

¹²⁷ MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa.

¹²⁸ MP. Mauricio González Cuervo. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Mauricio González Cuervo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, Martha Victoria Sáchica Méndez y Jorge Iván Palacio Palacio.

A la par con esas normas fundamentales, recientemente la Corte Constitucional ha desarrollado un sólido cuerpo jurisprudencial, en el que se ha defendido la idea de que las decisiones ambientales de importancia, como aquellas relacionadas con el uso, explotación y aprovechamiento del subsuelo no pueden adoptarse de forma centralizada, sino que exigen la participación de los entes territoriales, en desarrollo de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación, que definen el contenido de la autonomía territorial y su relación con el principio de unidad nacional.¹²⁹

Como se explicó en la sentencia T-294 de 2014,¹³⁰ las decisiones ambientales generan impactos y beneficios diferenciados en distintos sectores de la población, razón por la cual se ha acuñado el concepto de justicia ambiental. Junto con la equidad en las cargas y oportunidades, la segunda dimensión esencial de la justicia ambiental es la participación de los interesados en las decisiones. Por ello, los principales documentos de derecho internacional, al igual que la Constitución Política, hacen referencia a la creación de espacios adecuados de participación en la discusión, adopción e implementación de medidas ambientales.

La participación, desde un punto de vista constitucional debe ser representativa, es decir, llevada a cabo con los realmente interesados; activa, de manera que permita un diálogo y discusión públicos vigorosos; y eficaz, es decir, capaz de producir efectos en las decisiones públicas y en la planeación de las decisiones de cada ámbito territorial; libre e informada, de manera que no se origine en presiones ilegítimas, sino en un conocimiento adecuado y suficiente de las medidas a adoptar.

Además, como lo indicó una de las organizaciones que intervino en este trámite, la participación genera un doble beneficio en el ámbito normativo que nos ocupa. De una parte, la materialización del modelo de democracia participativa establecido en la Carta de 1991 y la eficacia del derecho fundamental de participación. De otra, dota de seguridad jurídica a las personas interesadas en obtener una concesión minera, en la medida en que les permite conocer la recepción del proyecto por parte de los posibles afectados.

No cabe duda entonces acerca de la necesidad de la participación en lo que tiene que ver con la definición de los impactos ambientales, sociales y culturales de los proyectos mineros. Sin embargo, la pregunta acerca de cómo debe llevarse a cabo la participación en el marco de los contratos de concesión minera no ha sido abordada por la Corte Constitucional.

¹²⁹ Artículos 1º y 288 de la Carta Política y sentencias C-123 de 2014 (MP. Alberto Rojas Ríos. SV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos. AV. Conjuez Ligia López Díaz) y C-035 de 2016 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero, Alejandro Linares Cantillo, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Alberto Rojas Ríos).

¹³⁰ MP. María Victoria Calle Correa.

En la regulación cuestionada sólo existe una norma que se dirige a garantizar la participación de los pueblos étnicamente diferenciados, que es el artículo 275 CM. Sin embargo, tal como lo indican los demandantes y parte de los intervinientes, no existe una instancia de notificación a los propietarios de los predios en los que podría llevarse a cabo el proyecto, de las comunidades o de las autoridades locales.

Ahora bien, en la sentencia C-298 de 2016,¹³¹ en la que la Corte debía analizar si los procedimientos expeditos para la entrega de licencias ambientales establecidos en la ley 1753 de 2015 (artículo 179) violaban el derecho de participación. La Sala Plena estimó que la norma no violaba la Carta Política, pues la participación debe garantizarse en el trámite de licencias ambientales, en una interpretación sistemática del ordenamiento, puesto que el Decreto 1320 de 1998, la Ley 99 de 1993, el Decreto 1076 de 2015 y la jurisprudencia constitucional exigen que esa participación sí se haga efectiva.

Sin duda, la sentencia C-298 de 2016¹³² es un precedente relevante para el caso concreto. Sin embargo, la Sala observa que en aquella oportunidad se discutía acerca de la participación previa a la expedición de una licencia ambiental, asunto en el que la previsión del ordenamiento es explícita, lo que no ocurre en el escenario que ahora se analiza.

En concepto de la Corte, la existencia de una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva, previa la concesión de un título minero es necesaria, debido a que esta decisión no es inocua, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio, el entorno y el territorio. Es cierto que los trabajos exploratorios no se iniciarán con la sola entrega del título minero, pero también es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación. Así las cosas, la relevancia jurídica de la decisión y la probabilidad real de que se inicien trabajos exploratorios demuestran que esta decisión puede generar afectaciones intensas en los derechos de los dueños del predio, la comunidad y las garantías de las entidades territoriales.

Un aspecto relevante a precisar es que en el ordenamiento legal actual, la licencia ambiental únicamente se exige previa la explotación minera, a pesar de que existe un consenso técnico, científico y jurídico acerca de la manera en que la exploración impacta el ambiente, lo que agrava el hecho de que al momento de la concesión no se prevea espacio participativo alguno, más allá de los llamados de esta Corporación a que la licencia se exija previa la

¹³¹ MP. Alberto Rojas Ríos. SPV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Gloria Ortiz Delgado.

¹³² MP. Alberto Rojas Ríos. SPV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Gloria Ortiz Delgado.

realización de trabajos exploratorios; y la consulta, siempre que una medida sea susceptible de afectar a las comunidades étnicamente diferenciadas, sin importar el momento o la fase en que se dé, se demuestre, o existan serias razones para que la administración infiera tal afectación¹³³.

Todo lo anterior demuestra la existencia de un déficit de protección a los principios constitucionales mencionados en la normatividad asociada a la minería. La aplicación directa de la Carta Política puede resultar insuficiente para superar ese déficit, dado que las concesiones son regladas y la autoridad minera puede enfrentar problemas con el principio de legalidad para dar eficacia a los mandatos constitucionales, en los términos descritos en párrafos precedentes. Por eso, la Corte dictará una decisión de exequibilidad condicionada, destinada a mitigar este déficit, aclarando sin embargo, que este requiere una decisión legislativa integral, comprensiva y adecuada.

Alcance de la decisión

Con el propósito de adoptar la decisión que, en mayor medida preserve la potestad de configuración del derecho del Legislador en el ámbito de la explotación de recursos naturales, la Sala declarará la exequibilidad de los artículos 16, 53, 270 y 271 de Ley 685 de 2001, en el entendido de que es preciso que la autoridad minera nacional adopte medidas especiales para asegurar la protección al ambiente y el adecuado manejo de los recursos naturales en la entrega de contratos de concesión que, de acuerdo con los criterios técnicos pertinentes, se refieren a proyecto mineros de mediana o gran escala, en los cuales deberá garantizarse, además, la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados. Dado que los demás artículos analizados en este acápite son normas que complementan los aspectos procedimentales del método de concesión de títulos mineros, la Sala declarará su exequibilidad simple.

Además, con el propósito de que la normatividad minera se adecúe lo más pronto posible a los estándares más altos de defensa de esos principios, la Sala exhortará al Congreso de la República para que establezca un método de acceso a los títulos mineros acorde con las consideraciones vertidas en esta providencia, y con base en los criterios técnicos elaborados por el Ministerio de Minas, o por otra autoridad competente, para definir los distintos tipos de minería, y las escalas de los proyectos, bajo los siguientes parámetros:

La normativa debe basarse en criterios diferenciales que respondan a los distintos tipos y escalas en que se realiza la minería, respeten el conjunto de principios a los que se hace referencia en esta providencia. Esos criterios, a

¹³³ C-035 de 2016 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero, Alejandro Linares Cantillo, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Alberto Rojas Ríos) y T-769 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

manera ilustrativa, pues las decisiones finales deberán adoptarse en el foro democrático, deberán incluir (i) respeto por la minería de subsistencia; (ii) normas para adecuar la pequeña minería a la protección del ambiente y las escalas mediana y grande a los estándares más altos de la industria y de los principios de responsabilidad empresarial; (iii) diferenciar la actividad minera no sólo por el tamaño de sus proyectos, sino también en torno a su significado social, cultural y jurídico. Ello implica (iii.1) proteger la minería ancestral, desarrollada por comunidades étnicas y la artesanal, por la población rural; (iii.2) diferenciar entre la minería informal, que actualmente incumple con parte de las normas que regulan la minería, pero se realiza en pequeña escala y puede adecuarse en un plazo razonable al ordenamiento jurídico, de (iii.3) la minería ilegal, que incumple buena parte de tales estándares, se realiza en escalas mayores, y carece por esa razón de vocación de legalidad; y (iii.4) la minería asociada a las acciones de grupos armados al margen de la ley, frente a la que debe llegar el poder punitivo del Estado.¹³⁴

La expedición de estas normas, como se dejó establecido en la sentencia C-366 de 2011, deberá respetar el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos y comunidades étnicamente diferenciados.

PARTE II

Derechos de los pueblos indígenas, territorio colectivo, la autonomía en materia ambiental y la minería

A continuación la Sala se referirá a los cargos de la demanda, elevados contra los artículos 122, 124, 128 y 275 del Código de Minas, en los que se habla de la concesión de títulos en zonas mineras indígenas, el derecho de prelación de los pueblos, la obligación de los particulares que tengan títulos en zonas mineras indígenas de dar preferencia en la vinculación laboral a los miembros de los pueblos concernidos, y el deber de informar a las comunidades étnicas, para que ejerzan el citado derecho de prelación.

Claridad

Tal como ocurre con la primera parte de los cargos, la demanda presenta con claridad su punto de vista acerca de cómo estas normas podrían afectar derechos de los pueblos indígenas debido a que, en su concepto, les impide

¹³⁴ Nota. El Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ordenó en su artículo 21 desarrollar la clasificación de la minería de pequeña, mediana y gran escala. Estos conceptos, serán entendidos con las normas reglamentarias pertinentes (La Sala tiene noticia de un Documento de soporte del Ministerio de Minas, de octubre de 2015, en el que avanza algunos aspectos de tal clasificación). La minería tradicional se entenderá de acuerdo con las normas especiales pertinentes, y este conjunto de parámetros es sólo indicativo de la dirección que debe tomar el trato diferencial, pues el método específico, y los criterios de diferenciación deberán ser restablecidos por el Congreso de la República. Los conceptos que se proponen en este aparte, en torno a los tipos de minería, se basan en la doctrina y, concretamente, en el trabajo realizado por el Grupo de diálogo sobre la minería en Colombia (GDIAM), debido a que logra una visión comprensiva de los distintos tipos e impactos de la minería. Se insiste, la clasificación final, corresponde al Congreso de la República.

oponerse a la práctica de la minería dentro de sus territorios, lo que afecta su autonomía y derecho de propiedad sobre estos.

Certeza

En lo que tiene que ver con la certeza, la Sala observa que, en principio, los accionantes atribuyen un sentido plausible a las cláusulas demandadas. Estas permiten la concesión de títulos en territorios de los pueblos indígenas, prevén la prelación, la vinculación preferente y la notificación.

Es cierto que existe un desacuerdo en torno al alcance y sentido de una de las normas demandadas: el artículo 124, que prevé el derecho de prelación. Los accionantes consideran que esa norma es violatoria de la propiedad de los pueblos sobre sus tierras y territorios, mientras que los intervinientes, y especialmente el Procurador General de la Nación, aseguran que la norma en realidad protege sus derechos, al darles la primera opción para acceder al título, a la vez que explica que, por la naturaleza del título minero, no existe riesgo alguno al carácter inembargable, inalienable e imprescriptible de los territorios: la concesión no trasfiere derecho de dominio alguno sobre sus tierras y territorios ancestrales.

Sin duda, esa discusión debe ser tenida en consideración por la Corte, pues constituyen respuestas distintas a un problema jurídico constitucional. Pero, por la misma razón, se trata de argumentos de fondo, que no desvirtúan la aptitud de la demanda.

Pertinencia

Los cuestionamientos de la demanda son, evidentemente, de naturaleza constitucional. No obedecen a supuestos de hecho, ni a razones políticas o de conveniencia. Como puede observarse a partir de los antecedentes, giran en torno a la violación del derecho a la propiedad y territorios por parte de los pueblos indígenas, o a los atributos de las tierras de resguardo, de acuerdo con los artículos 63 y 330 Superiores, debido a que, de ser fundado el cargo, las normas demandadas impiden a los pueblos indígenas ejercer el goce de los derechos que la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos les reconocen, como parte esencial de su forma de vida.

Especificidad

La especificidad se desprende de la sola lectura de la demanda. La entrega de títulos mineros en tierras de resguardo, la forma en que se concibe su participación y el ejercicio de la consulta, y la naturaleza del contrato de concesión minera y su objeto, conllevan, para los accionantes, una grave afectación a su autonomía, como autoridades ambientales y a los atributos de sus territorios.

Suficiencia

El cuestionamiento de los actores se divide en dos. Primero, proponen que estas normas desconocen la autonomía de los pueblos indígenas para actuar como autoridades ambientales dentro de sus territorios (art. 330 CP). El segundo, que dado que el artículo 122 permite la entrega de concesiones en territorios indígenas, el artículo 124 CM establece un derecho de prelación (que la comunidad obtenga primero el título) y el 275 establece una norma de comunicación para ejercerlo, los pueblos indígenas no tienen, en el marco del Código de Minas un mecanismo idóneo para oponerse a la minería, a pesar del impacto que tiene sobre sus tierras y territorios, debido a la inexistencia de un derecho a veto, incluso en el marco de decisiones adoptadas en consulta autónoma.

La Sala considera que ambas afirmaciones tienen fuerza suficiente para generar dudas de inconstitucionalidad. Sin embargo, estima que el artículo 128 regula un supuesto que no podría ser la fuente de afectación de los derechos mencionados, en la medida en que impone una obligación de promover la vinculación de personas indígenas en el proyecto. Esa norma no se refiere ni a la entrega de la concesión, ni al alcance de la prelación, ni a la posibilidad de oponerse o no a la consulta. En consecuencia, la Sala excluirá esta norma del análisis, por ineptitud parcial de la demanda.

Cosa juzgada constitucional

Siguiendo el esquema argumentativo de la primera parte de esta providencia, a continuación se presenta un cuadro con la síntesis de las decisiones adoptadas por la Corte en torno a las normas demandadas.

Decisiones adoptadas en relación con las normas demandadas.

| | |
|---|--|
| <p>ARTÍCULO 122. ZONAS MINERAS INDÍGENAS. [Inciso 1º:] 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. [Inciso 2º:] Toda propuesta de</p> | <p>Inciso 1o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia <u>C-418-02</u> de 28 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis; 'bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991' (Declaratoria de exequibilidad</p> |
|---|--|

| | |
|---|--|
| <p>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 <u>124</u> de este Código.</p> | <p>condicionada, bajo el entendido de que debe respetarse el derecho a la consulta previa).</p> <p>Sentencia C-891 de 2012. La Corte declaró exequible la norma. En esta decisión la Corporación declaró exequible el Código de Minas, en su integridad, por el cargo de violación a la consulta previa. La Corte consideró que el Gobierno hizo esfuerzos suficientes por consultar la ley, y ello no fue logrado.</p> <p>Al resolver un cargo específico contra el artículo 122 señaló que estas decisiones deben ser objeto de consulta previa con los pueblos indígenas, sólo por los cargos analizados.</p> <p>Sentencia C-395 de 2012,¹³⁵ declaró la exequibilidad simple del inciso segundo. Aclaró la Corte que el derecho a la consulta previa es fundamental y que debe respetarse aún sin desarrollo legislativo. Este es el aparte central de la decisión:</p> <p><i>“se tiene que la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes para la realización de cualquier tipo de proyectos, y en particular los de carácter minero, que puedan afectarlas directamente, constituye un derecho constitucional para cuya exigibilidad no se requiere un previo desarrollo legislativo. Una consideración sistemática de la Ley 685 de 2001, en el marco de la jurisprudencia constitucional, lleva a la conclusión de que, siempre que en ejercicio de la actividad minera se plantee la posibilidad de que se produzca una afectación directa de las comunidades indígenas o afrodescendientes, debe realizarse la</i></p> |
|---|--|

¹³⁵ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

| | |
|---|---|
| | <p><i>consulta previa, con los alcances, las condiciones y las consecuencias que se han señalado en la jurisprudencia constitucional, sin que para el efecto sea necesario que, en relación con cada uno de los aspectos que se regulan en el Código de Minas o en la legislación complementaria, que pueda tener algún impacto sobre tales comunidades, deba contemplarse de manera expresa esa obligación.”</i></p> |
| <p>ARTÍCULO 123. TERRITORIO Y COMUNIDAD INDÍGENAS. Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan.</p> | <p>Sentencia C-891 de 2002, declaró exequible la norma, por los cargos analizados (es decir, violación a la consulta previa en la expedición de la ley)</p> |
| <p>ARTÍCULO 124. DERECHO DE PRELACIÓN DE GRUPOS INDÍGENAS. Las comunidades y grupos indígenas tendrán</p> | <p>Declarado exequible, por sentencia C-891 de 2002, por los cargos analizados. Esto es más complicado, va al pie de página¹³⁶.</p> |

¹³⁶ Es decir, con especial referencia a los artículos 124 (derecho de prelación de grupos indígenas) y 275 (comunicación de la propuesta) del Código Minero, las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia. Donde, en el evento de invocar a su favor el ejercicio efectivo de esta prerrogativa, el Estado debe realizar las correspondientes acciones positivas, incluidas las económicas, para hacer realidad la explotación minera por parte de los propios grupos indígenas en los casos previstos por la ley. Así, los literales f) y h) del artículo 35 demandado deberán entenderse bajo el anterior condicionamiento. || 46. Con fundamento en todo lo anterior, la Corte no encuentra vulneración a la Constitución en la opción de explorar y explotar recursos en las llamadas zonas mineras indígenas y mixtas, pues, tal como se precisó en la sentencia C-418 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis, deben armonizarse los intereses generales del Estado, titular del subsuelo y propietario de los recursos que se encuentren en él, con los intereses de las comunidades indígenas, que también son generales en la medida en que la Constitución reconoce y protege el multiculturalismo, como expresión del pluralismo étnico. Por ello, para resolver la tensión entre ambos intereses genuinamente protegidos por la Constitución, es necesario que se permita ejecutar dichas labores de exploración y explotación minera por parte de sujetos ajenos a las comunidades indígenas, negras o mixtas, pero respetando ciertas restricciones que garanticen la integridad cultural, social y económica de las comunidades y, particularmente, su derecho a participar en tales procesos de explotación de recursos mineros en sus territorios.

El criterio antes expuesto se constata en la disposición acusada, en la forma vista, pues si bien está permitido efectuar trabajos de exploración y explotación en zonas mineras indígenas y mixtas, las respectivas comunidades gozan de un derecho preferencial para hacerlo, previa obtención del título minero correspondiente dentro de un plazo señalado, que en todo caso deber ser razonable y debe atender a las

| | |
|--|--|
| <p>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.</p> | |
| <p>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</p> | <p>Corte Constitucional - Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia <u>C-891-02</u> de 22 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'solamente por los cargos aquí analizados, y bajo el condicionamiento señalado en la parte motiva de esta sentencia'.¹³⁷</p> |

circunstancias específicas en que se encuentran las diversas comunidades. Lo anterior significa que prevalece su derecho a explorar y explotar minas, si así lo desean, en la zona delimitada por la autoridad minera (delimitación que, como se vio, obedece a un proceso previo en el que se debe garantizar la participación de las comunidades indígenas).

47. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las autoridades comunitarias, ya sea en el marco de las zonas mineras indígenas o las mixtas, deciden no ejercer su derecho preferencial o lo hacen por fuera del término estipulado? Para responder el anterior interrogante, siendo que la norma guarda silencio al respecto, se debe tener presente el objetivo de garantizar el derecho de los grupos étnicos a ejercer y preservar su autonomía e integridad, toda vez que la efectividad de ese derecho no puede estar supeditada a que dichos pueblos posean o no un título minero.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que las normas acusadas no son contrarias al principio según el cual se debe permitir la exploración y explotación a quien legítimamente ostente el título minero, pero sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los grupos étnicos, en especial garantizando la participación de dichos pueblos durante la etapa previa, la ejecución y seguimiento de tales actividades.

48. En conclusión, por las razones aquí planteadas se declarará la exequibilidad de la expresión "*siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código*" contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia.

¹³⁷ Señala la Corte en la parte motiva:

'76. Ahora bien, el carácter publicista del artículo 275 precisamente está salvaguardándole a los grupos étnicos la opción de invocar y hacer valer el derecho de preferencia que les asiste con apoyo en el artículo 124 ibídem, previo el cumplimiento de las prerrogativas y derechos indígenas, condiciones, requisitos y trámites contemplados en los artículos 121 a 129 del mismo Código. Siendo entendido que el Ministerio del Interior deberá agotar todos los medios legales pertinentes para notificarle efectivamente a los representantes de los grupos étnicos la propuesta de contrato de concesión, en orden a que éstos tengan la oportunidad real de pronunciarse sobre el susodicho derecho de preferencia.

Pero hay más: antes de que comiencen a correr los 30 días de que trata el artículo 275, el Gobierno deberá entregarle a los grupos étnicos información satisfactoria sobre la propuesta de contrato de concesión, a fin de que éstos puedan debatir y decidir sobre el asunto. A su vez el Gobierno debe explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, advirtiéndoles sobre las alternativas de explotación que tienen las comunidades étnicas, las cuales implican una acción positiva del Estado, incluso de carácter económico (v.gr. créditos de fomento, asistencia técnica, capacitación administrativa y de mercadeo), con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Por tanto, sólo bajo este condicionamiento la Corte encuentra constitucional el precepto acusado.'

| | |
|--|--|
| <p>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.</p> | |
|--|--|

En ese orden de ideas, algunos intervinientes y el Ministerio Público advierten que la Corte Constitucional se ha pronunciado ya acerca de la constitucionalidad de parte de las normas demandadas. Concretamente, hacen referencia a la sentencia C-891 de 2002¹³⁸ en la que este Tribunal analizó dos problemas jurídicos. Primero, un cargo general contra el Código de Minas (entonces recién expedido), por violación al derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas; segundo, cargos contra normas específicas, relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas, que (i) no fueron consultadas o (ii) no incluyeron en su texto la obligación de consultar a las comunidades étnicas concernidas, al momento de su aplicación, a pesar de tratarse de asuntos que, evidentemente, las afectan directamente.

La Sala considera que la existencia de ese pronunciamiento no supone la existencia de cosa juzgada constitucional en torno al problema jurídico objeto de estudio, pues el cargo que se resolvió en aquella oportunidad era de distinta índole. De una parte, se cuestionaba la validez de las normas legales que, a pesar de hablar de asuntos directamente relacionados con los pueblos indígenas, según los actores no habían sido consultadas. Este cargo se refiere a un hecho ocurrido en el trámite legislativo y no al contenido de las normas. De otra parte, se cuestionaba la eventual existencia de una omisión legislativa relativa, debido a que se admitía la entrega de concesiones mineras y la consecuente extracción de los recursos naturales ubicados dentro de sus territorios, sin prever su participación.

En esta ocasión, la demanda invoca parámetros de control distintos: de una parte, la autonomía y autogobierno indígena, debido a que *los efectos de la consulta previa* no les permiten a las comunidades originarias oponerse a la minería dentro de sus territorios, actuando como autoridades ambientales, en los términos del artículo 330 Superior, y la propiedad colectiva sobre sus tierras y territorios, de acuerdo con los atributos que el artículo 63 confiere a

¹³⁸ MP. Jaime Araujo Rentería.

“las tierras de resguardo”, lo que de plano descarta la posibilidad de estarse a lo resuelto en aquella oportunidad.

Sin lugar a dudas hay dos decisiones muy importantes para la solución del caso concreto: la sentencia C-891 de 2002¹³⁹ y la C-395 de 2012,¹⁴⁰ en las que la Corte Constitucional ha señalado que no es válida ninguna interpretación de los artículos demandados, que suponga la exclusión o desconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Aunque esas sentencias no proyectan fuerza de cosa juzgada, ni son técnicamente precedentes, dada la diferencia de problemas jurídicos, sí otorgan razones constitucionales muy relevantes para la solución de los cargos propuestos.

Cuestión previa, de la integración de la unidad normativa.

Un requisito de procedencia del control de constitucional consiste en que el demandante identifica adecuadamente los contenidos normativos objeto de control, debido a que la Corte Constitucional no tiene la competencia de pronunciarse oficiosamente sobre la validez de las leyes. Sin embargo, la Corporación ha aceptado de forma excepcional la necesidad de integrar la unidad normativa, cuando (i) la disposición no tiene un contenido deóntico claro unívoco, así que para entenderla y aplicarla resulta imprescindible integrar su contenido con el de una disposición que no fue acusada; (ii) cuando la disposición se encuentra reproducida en otras normas que no fueron objeto de demanda; y (iii) cuando se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta dudas de inconstitucionalidad. Así, desde la sentencia C-539 de 1999¹⁴¹, la Corte explicó:

“[...] En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. || En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecuibilidad resulte inocuo. || Por

¹³⁹ MP. Jaime Araujo Rentería.

¹⁴⁰ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁴¹ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”¹⁴².

Esta doctrina se ha reiterado en sentencias posteriores, como la C-889 de 2012¹⁴² y la C-104 de 2016. En la primera, la Corte señaló:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la integración de la unidad normativa es un instituto excepcional, que solo es aplicable cuando¹⁴³ (i) el demandante acusa una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio; (ii) la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo; y (iii) pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En términos del mismo precedente, “... para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales.”

¹⁴² (MP. Luis Ernesto Vargas. SPV. María Victoria Calle, Nilson Pinilla, Jorge Iván Palacio, AV. Gabriel Mendoza),

¹⁴³ Esta clasificación es tomada de la sentencia C-539/99, reiterada en varias sentencias, recientemente en la decisión C-055/10.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de forma consistente que esta facultad de integración oficiosa de normas no demandadas al juicio de constitucionalidad es excepcional y procede estrictamente solo en tres casos: (i) cuando la disposición carece de contenido deóntico claro, (ii) cuando la disposición cuestionada está reproducida en otras normas no demandadas; (iii) cuando la norma acusada está intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad.¹⁴⁴

En este trámite resulta de especial interés la causal tercera, o de relación intrínseca entre una disposición demandada y una que no ha sido cuestionada. Respecto de esta hipótesis, esta Corte ha establecido que éste requiere a su vez la verificación de dos requisitos: (i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad.¹⁴⁵

En el caso objeto de estudio, la Sala considera que existe una relación estrecha e íntima entre el artículo 124 del Código de Minas y el artículo 133 del mismo ordenamiento. Primero, porque su tenor literal tienen evidentes semejanzas, segundo, porque su contenido normativo es prácticamente idéntico, y tercero porque existe un amplio cuerpo jurisprudencial que considera a las comunidades negras colombianas titulares de los derechos del Convenio 169 e la OIT. Veamos:

Similitud en los textos normativos

| | |
|------------------------------------|--------------------------------|
| Artículo 122 Código de Minas | Artículo 133 Código de Minas |
| Las comunidades y grupos indígenas | Las comunidades negras tendrán |

¹⁴⁴ Sentencia C-539 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa). En ese fallo se fijaron del siguiente modo las hipótesis en que procede la integración normativa por parte de la Corte: “[...] En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. || En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo. || Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que *“es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”*”.

¹⁴⁵ Ver Sentencias C-320 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-539 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

| | |
|---|--|
| 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. | prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera de comunidad negra. Esta concesión podrá comprender uno o varios minerales y le serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo. |
|---|--|

Como ha explicado la Corte, el contenido normativo de un enunciado legal es su significado como mandato, es decir, lo que permite, prohíbe u obliga. En el caso de los artículos 122 y 133, ambos contenidos presentan una similitud evidente, aunque no son idénticos. Es así porque ambos establecen un derecho o una prerrogativa en cabeza de un grupo humano específico, que consiste en la prioridad o prelación para la concesión de un título minero dentro de su territorio. Sin embargo, no son idénticos porque los sujetos destinatarios de la norma son distintos, lo que explica que la Corte ubique el análisis de la integración normativa en la tercera causal, y no en la segunda.

Para terminar, existe un cuerpo normativo en el que la Corte Constitucional ha considerado a las comunidades negras titulares del Convenio 169 de la OIT, del que se desprenden parte de los derechos territoriales y consultivos de las comunidades indígenas. Este convenio, como se sabe, hace referencia a pueblos indígenas y comunidades tribales. En términos estrictos, una comunidad negra colombiana no es una comunidad tribal, designación que se utilizó en el convenio teniendo en mente otro tipo de sociedades (principalmente, del continente africano). Sin embargo, en la sentencia C-169 de 2001, al analizar la validez de la ley que definió una circunscripción especial negra en el Congreso de la República, la Corte explicó que el Convenio 169 de 1989 protege la diferencia cultural, y que las comunidades negras reconocidas en el artículo 55 transitorio de la Constitución, cuyos derechos fueron desarrollados en la Ley 70 de 1993, defienden también culturas propias y diferenciadas del grupo mayoritario, así como las condiciones de exclusión y discriminación históricas que afectan a los pueblos indígenas. Por ello, sin perder de vista las diferencias que pueden surgir en los intereses de ambos colectivos, la Corte ha considerado que las comunidades negras tienen derecho a un trato igual, en materia de derechos fundamentales, al que reciben las comunidades indígenas¹⁴⁶.

Ahora bien, demostrada la íntima relación entre ambas disposiciones, hace falta verificar el segundo requisito para la procedencia de esta causal, que consiste en que exista una seria duda de inconstitucionalidad sobre la disposición mencionada. Esa duda se presenta en relación con el artículo 133,

¹⁴⁶ Al respecto, consultar, C-461 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-769 de 2009 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-129 de 2011 (Jorge Iván Palacio Palacio), T-376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-576 de 2004 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre muchas otras.

dado que el demandante ha logrado generarla en torno a un artículo muy similar el 124. Pero, además de ello, se presenta un riesgo adicional, y es que, de no integrarse la unidad normativa entre estas dos disposiciones, la propia Corte Constitucional podría incurrir en una violación al principio de igualdad de trato entre pueblos indígenas y comunidades negras. Por lo tanto, el análisis comprenderá también al artículo 133 del Código de Minas.

Presentación del caso y problema jurídico

Los accionantes consideran que las normas que permiten la entrega de títulos en territorios de comunidades étnicamente diferenciadas desconocen (i) las facultades que les otorga la Constitución Política en su artículo 330, como autoridades ambientales, al impedirles excluir la minería de sus territorios, incluso en el marco de una consulta autónoma; y (ii) los atributos de las tierras de resguardo, que son inembargables, imprescriptibles e inalienables, de acuerdo con el artículo 63 de la Carta.

Quienes han participado en este trámite presentan posiciones distintas acerca de la respuesta que la Corte debe adoptar. Algunos estiman que, en efecto, la regulación desconoce el derecho a la propiedad colectiva de las tierras y territorios indígenas, en síntesis, por los mismos argumentos de la demanda. Otros (principalmente las autoridades públicas y la Procuraduría General de la Nación) descartan esa violación, pues consideran que los pueblos territorios indígenas y sus demás derechos se encuentran protegidos por (i) el derecho fundamental a la consulta previa o (ii) el derecho de prelación, que pueden ejercer de conformidad con el artículo 124 del CM.

Para resolver el problema jurídico, la Sala reiterará su jurisprudencia acerca de los derechos fundamentales al territorio colectivo y su relación con la consulta previa de los pueblos indígenas¹⁴⁷.

Primero, los pueblos indígenas como titulares de derechos fundamentales.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Estos temas han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia constitucional. Para efectos metodológicos, y de manejo de las líneas jurisprudenciales, la Sala aclara que, en lo que tiene que ver con los derechos de los pueblos indígenas, seguirá la sentencia T-661 de 2015; en lo concerniente al derecho al territorio colectivo de los pueblos indígenas, las providencias T-005 de 2016 MP. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-661 de 2015, C-371 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva., T-698 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto y en lo atinente a la consulta previa se basará en las sentencias T-765 de 2015, C-371 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva y T-376 de 2012. Para finalizar, la Sala efectuará un recorrido por las sentencias recientes dictadas tanto en sede de revisión como de control de constitucionalidad, en las que se ha explicado el sentido de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

¹⁴⁸ No sobra recordar que otros grupos humanos son considerados titulares de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano. Así ocurre con las comunidades afrodescendientes, raizales, palenqueras y romaji o gitanas. En esta oportunidad, por economía expositiva, solo se hará referencia a los pueblos indígenas, dejando en claro que en muchas oportunidades la Corte Constitucional ha desarrollado el tema de los derechos de otros pueblos, especialmente, al territorio colectivo, la consulta previa, la diversidad e integridad cultural y la autonomía.

-. Los pueblos indígenas son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional¹⁴⁹.

Desde la sentencia T-380 de 1993¹⁵⁰, la Corte Constitucional señaló que el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios es imprescindible para garantizar su supervivencia y la continuidad de culturas diversas a la mayoritaria, que contribuyen a la formación de la identidad nacional. Dijo la Corte que el reconocimiento de sus derechos fundamentales es una condición necesaria para asegurar que sus modos de vida no desaparezcan. En los autos 004 y 005 de 2009¹⁵¹ añadió que el respeto por sus derechos es imprescindible para evitar la desaparición física y cultural de los pueblos originarios.

La analogía entre el derecho a la vida de toda persona y el derecho a subsistir de las comunidades étnicamente diferenciadas, como fundamento de sus derechos fundamentales, ha sido reiterada constantemente por esta Corporación¹⁵², y surge a raíz de un análisis conjunto de los distintos factores que amenazan la subsistencia de los pueblos indígenas, entre los que se encuentran (i) la existencia de patrones históricos de discriminación en contra de los pueblos y personas indígenas; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios; (iii) la incompreensión de sus formas de ver el mundo, organización social y percepción del desarrollo, por parte de la sociedad no-indígena; (iv) los intereses económicos de la comunidad mayoritaria; (v) el especial impacto que el conflicto armado ha generado sobre sus territorios y forma de vida, y (iv) la marginalidad económica, política, geográfica y social que caracteriza su situación y que se traduce en amenazas serias y reales para su pervivencia, al punto que esta Corte ha reconocido que 30 de los 102 pueblos indígenas de Colombia enfrentan actualmente el peligro de extinción¹⁵³.

-. Además del derecho a la subsistencia, la concepción participativa y pluralista de la democracia (artículo 2º CP), el principio de igualdad en sus distintas facetas (artículo 13 CP¹⁵⁴), la diversidad de culturas y el idéntico respeto por su dignidad (artículos 7 y 70 CP), así como los compromisos

¹⁴⁹ Estas consideraciones hacen parte de jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, cuyos principales fallos serán referidos en el cuerpo de la argumentación. Sobre la naturaleza fundamental de los derechos de los pueblos indígenas, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias T-380 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-235 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre su carácter de sujetos de especial protección constitucional, resulta especialmente ilustrativo el auto 004 de 2009 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁵⁰ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵¹ Ambos con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵² Ver, entre muchas otras, la reciente sentencia T-680 de 2012¹⁵², relativa a la protección de los derechos territoriales de una comunidad negra, residente en las Islas del Rosario, del Caribe colombiano.

¹⁵³ Al respecto, ver sentencias T-282 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), Autos 004 y 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁵⁴ Los derechos de los pueblos indígenas tocan diversas esferas del principio de igualdad: así, los mandatos de igualdad formal e igualdad de derechos para toda la población, propios del inciso primero del artículo 13; la igualdad material, en atención a los diversos factores de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (13.2 y 13.3), el respeto por la igualdad en las diferencias, derivado de los principios de diversidad cultural e igualdad entre culturas (arts. 7º y 70 CP).

adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concurren a reforzar el carácter fundamental de los derechos de los pueblos indígenas¹⁵⁵.

-. El último de los aspectos mencionados ha sido destacado insistentemente por la Corte Constitucional. El Convenio 169 de la OIT, incorporado al orden interno en virtud del artículo 93 Superior, permea la comprensión de la interculturalidad y los derechos de los pueblos indígenas. El instrumento se inspira en los principios de *diversidad, autonomía y autodeterminación y protección a las tierras y territorios de los pueblos interesados*, esenciales para la adecuada interpretación y aplicación de las normas de respeto, protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁵⁶

-. El Convenio 169, en síntesis, plantea que sus culturas poseen vocación de permanencia y que los Estados deben respetar al máximo su derecho a definir sus prioridades y asuntos propios. Que pueden hablar por sí mismos, participar en la toma de decisiones que los afectan y contribuir a definir los intereses de los países que habitan¹⁵⁷, en una interacción o un diálogo entre iguales que aportan a la construcción de la Nación.¹⁵⁸ Esa orientación se traduce en un criterio finalista de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas: la aplicación de las normas que involucran el goce de sus derechos debe maximizar su autonomía, preservar su cultura y respetar las diferencias culturales.

¹⁵⁵ En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe destacarse (i) el Convenio 169 de la OIT, instrumento incorporado al bloque de constitucionalidad por remisión del artículo 93 (inciso 1º) de la Constitución Política; (ii) la interpretación de las obligaciones estatales en relación con los pueblos indígenas, en materia de consulta previa, a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y (iii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se recoge la visión actual de la comunidad internacional sobre el alcance mínimo de los derechos de los pueblos indígenas. Como herramientas relevantes para la interpretación del derecho a la consulta previa, la Sala tomará también en consideración (iv) los informes de la Relatoría de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, (v) la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, y el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre territorios indígenas, como doctrina autorizada: *“Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”* (2010) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009

¹⁵⁶ Al respecto, en la sentencia C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V. Jaime Araújo Rentería) expresó la Corte: *“4.3. Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.”* Ver también, sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), Auto 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁵⁷ El enfoque del Convenio 169 plantea un abierto contraste con el modelo *asimilacionista*, previamente defendido por el Convenio 107 de 1957 de la OIT, caracterizado por el propósito de igualar las condiciones de los pueblos indígenas con las de la sociedad mayoritaria para una paulatina integración de las comunidades originarias a las formas de vida dominantes, como lo señaló la Corte en la sentencia de unificación SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis. SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. SPV Jaime Araújo Rentería). Al respecto, en el preámbulo del Convenio, se expresa: *“Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.”*

¹⁵⁸ SU-383 de 2003, citada.

-. Entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas se encuentra el derecho al territorio colectivo, o a la propiedad colectiva sobre sus territorios, y el derecho a la consulta previa, sobre los que se hablará en los siguientes acápite.

El derecho fundamental al territorio colectivo o a la propiedad colectiva sobre los territorios indígenas

Para comenzar, la Sala considera pertinente recordar lo expresado en la sentencia C-634 de 1999¹⁵⁹ acerca de cómo, en la historia colombiana, los territorios ancestrales de los pueblos indígenas han sido, de una parte, dignos de la protección estatal y, de otra, objeto de desintegración y despojo:

“Antes de la independencia, la administración colonial [...] mantuvo una relativa protección a las comunidades indígenas reconociéndoles algunas tierras comunales, llamadas resguardos, institución ésta que formó parte determinante del régimen agrario anterior a la independencia¹⁶⁰. *‘Los resguardos cultivaban en régimen de indivisión de la propiedad, las tierras que constituyeran su respectivo territorio. Los indios que pertenecían a los resguardos sólo tenían un derecho de usufructo sobre las parcelas que cultivasen. No podían venderlas. Bajo este aspecto, los resguardos son una unión del trabajo agrícola con la posesión forzosa de la tierra. El indio está sujeto a esa posesión forzosa de las parcelas. No tiene libertad. Está atado a la tierra’*”, dice Luis Eduardo Nieto Arteta¹⁶¹, quien los catalogó como una economía colectiva aldeana. Por el contrario, Indalecio Liévano Aguirre consideró muy importante que España protegiera mediante los resguardos y los ejidos el derecho a la tierra de los indígenas y de las gentes humildes y da una caracterización menos pesimista de los resguardos de la siguiente manera: *‘eran los resguardos vastas extensiones territoriales concedidas a los pueblos indígenas en propiedad para que habitaran en ellas, las cultivaran, pastaran sus ganados y pudieran atender a las necesidades crecientes del provenir’*¹⁶². Se aprecia que se concibió el resguardo durante la colonia, más como un territorio de los pueblos indígenas que como un simple terreno. Y era connatural que sobre ellos no hubiere propiedad privada.

¹⁵⁹ MP Alejandro Martínez Caballero

¹⁶⁰ José María Samper consideró a los resguardos indígenas como una de las expresiones del régimen feudal respecto a la propiedad raíz.

¹⁶¹ Economía y cultura en la historia de Colombia, de Luis Eduardo Nieto Arteta, página 160. Este autor considera en la misma obra que ‘La economía manufacturera de la Nueva Granada encontraba un poderoso obstáculo en los resguardos indígenas’, ‘ellos eran igualmente un obstáculo para la ampliación del progreso de la economía agrícola’ y, de manera descarnada opinaba: ‘Es una ley histórica que se ha realizado en muchas economías nacionales, que el desarrollo de las manufacturas y aún del capitalismo, está precedido por la desaparición de la economía colectiva agrícola. Así se suprimen las ‘marcas’ en Alemania, el ‘mir’ en la vieja y santa Rusia y la ‘zadruga’ en Servia. También en Inglaterra el temprano desarrollo capitalista está precedido por la extinción de la economía colectiva agrícola.

¹⁶² Indalecio Liévano Aguirre, El proceso de Mosquera ante el Senado, págs. 22 y ss.

Pero ‘*En el Congreso de Cúcuta de 1821 se manifestaron las presiones de diversos sectores dominantes para disolver los resguardos de indígenas*’¹⁶³ por eso la ley 11 de octubre de 1821 rompió con la tradición colonial y permitió la propiedad privada y repartición de los resguardos¹⁶⁴; este paso de la propiedad comunal a la propiedad privada, le quita la connotación de territorio a los resguardos y los ubica como simple tierra o propiedad raíz. Décadas más tarde el Código Civil en su artículo 656 definirá que ‘*Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras [...]*’. Este rompimiento de la propiedad comunal de los indígenas tuvo profundas consecuencias calificadas de manera diversa por los estudiosos del tema. Por ejemplo, Nieto Arteta considera que se amplió el mercado libre de trabajo y los indígenas pudieron ser aprendices y obreros y adquirieron capacidad de compra. Liévano Aguirre, por el contrario, opina que el [q]uebrantamiento de los resguardos convirtió a los indígenas en arrendatarios y aparceros y que ese despojo de las tierras de los resguardos “*fue uno de los hechos más decisivos en el empobrecimiento y miseria del pueblo colombiano*”.

La verdad es que los resguardos fueron “tierra”, en la naciente época republicana, es decir un simple objeto del derecho. Pero ese concepto se erosionó en la década del sesenta del presente siglo [...] La Carta de 1991 viene a constitucionalizar los resguardos. Es así como en el mencionado Título ‘De la organización territorial’ los ubica al lado de los territorios indígenas, al decir: ‘Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable’ (art. 329), de lo cual se deduce a primera vista que son más que simplemente una tierra o propiedad raíz; aunque la misma Constitución [...] en el artículo 63 habla de ‘tierras de resguardo’, con la característica de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga ‘derechos’ es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura [...] **Ese carácter de los resguardos permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de ‘ámbito territorial’, que aparece en el artículo 246 de la C.P.:|| “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.”**

¹⁶³ El régimen agrario durante el siglo XX en Colombia, de Salomón Kalmanovitz, en Manual de Historia de Colombia No. 2, pág 221 y ss.

¹⁶⁴ El artículo 3º de la Ley 11 de octubre de 1921 dijo ‘*los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuidas a sus familias sólo para su cultivo, según el Reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luego que lo permitan las circunstancias y antes de cumplirse cinco años de que habla el artículo 2º*’. Posteriormente, en 1832 y 1843, prohibieron en cierta forma la enajenabilidad ‘de las tierras de los resguardos’, medida derogada en 1850.

Así, con base en una mirada a la historiografía nacional, y como se recordó en la sentencia T-661 de 2015¹⁶⁵, este Tribunal ha explicado que la organización de los pueblos indígenas en resguardos fue un recurso estratégico para el control de la población indígena durante el período colonial, que, paradójicamente, con el tiempo se convirtió en un mecanismo esencial para la defensa del derecho a la propiedad colectiva de sus territorios y en un eje de sus reivindicaciones sociales, políticas y jurídicas¹⁶⁶. La independencia, señaló la Corte, trajo consigo la apertura al mercado de las tierras, como bienes transables, en desarrollo de los principios de la economía liberal; mientras que la ley 89 de 1890, dictada en el marco del proyecto político de la Regeneración, se convirtió en un instrumento de protección de los territorios. Cien años después, a partir de una vigorosa reivindicación de sus territorios, la incipiente regulación de la Ley 89 de 1890 llevó al reconocimiento del derecho de los pueblos originarios a la propiedad colectiva de sus territorios.

- . Así, en la sentencia T-005 de 2016¹⁶⁷ se explicó que la Asamblea Nacional Constituyente, en la ponencia sobre “Los Derechos de los Grupos Étnicos” subrayó la importancia del derecho al territorio, *“al afirmar que sin este, las garantías superiores a la identidad cultural y la autonomía son un formalismo, ya que las comunidades indígenas necesitan el territorio en el cual se han asentado, para desarrollar su cultura”*.²

El reconocimiento constitucional de estos derechos, finalmente, se produjo a través de un conjunto de normas, de las que cabe destacar los artículos 329¹⁶⁸, 330¹⁶⁹, 58¹⁷⁰ y 63¹⁷¹ de la Constitución Política, normas que

¹⁶⁵ MP María Victoria Calle Correa

¹⁶⁶ Ver, especialmente, *Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998. Motivaciones, campos de acción e impactos*. Virginie Laurent. Páginas 43 y 44) Instituto Colombiano de Antropología e Historia – Icanh e Instituto Francés de Estudios Andinos – Ifea. Bogotá, 2005. *Los pueblos indígenas de Colombia*; Raúl Arango y Enrique Sánchez; 1998; páginas 213-214. Departamento Nacional de Planeación, Unidad Administrativa Especial de Desarrollo Territorial, 1998

¹⁶⁷ MP. Jorge Iván Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

² <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa668528.pdf> Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Gaceta Constitucional Núm. 67. Pág. 18.

¹⁶⁸ ARTICULO 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PARAGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

¹⁶⁹ ARTICULO 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.

confieren especial protección a los territorios habitados por los pueblos indígenas, bien como tierra de resguardo, bien al referirse a su potencial constitución en entidades territoriales indígenas; prevén la protección estatal a formas de propiedad diversas a la individual o privada; atribuyen el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de resguardo; proclaman el respeto por la autonomía de las comunidades en el ámbito territorial donde se desenvuelve su cultura y se definen sus intereses políticos, religiosos, económicos y jurídicos, así como los ámbitos en que se desenvuelve su autonomía para gobernar sus territorios.

-. Desde el punto de vista material, el derecho a la propiedad colectiva de los territorios por los pueblos originarios, se desprende de la especial relación que mantienen con sus tierras y territorios, y a la que se ha hecho referencia en el Convenio 169 de la OIT, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en la de esta Corporación¹⁷². Esa relación involucra a sus antepasados, sus cultivos, sus dioses. Y a la interdependencia entre el territorio, la autonomía, la subsistencia y la cultura. La relación de los pueblos con sus territorios ha sido recogida por la Corte Constitucional en un amplio número de providencias. En sentencia T-188 de 1993¹⁷³, la Corte sostuvo:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el

5. Velar por la preservación de los recursos naturales.

6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.

7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.

8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y

9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

¹⁷⁰ ARTICULO 58. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

¹⁷¹ ARTICULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

¹⁷² Su fundamento constitucional se halla en el artículo 63 de la Constitución, así como en los artículos 13, 14, 15, 16, 17 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT –parte del bloque de constitucionalidad-, y el artículo 21 de la de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad privada¹⁷².¹⁷² (C-371 de 2014 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

¹⁷³ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Congreso¹⁷⁴, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. || ‘Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat’¹⁷⁵’.

-. De igual manera, como se indicó en la sentencia T-005 de 2016,¹⁷⁶ ya la sentencia T-380 de 1993¹⁷⁷ la Corte afirmó que el derecho a la propiedad colectiva de los resguardos comprende la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio; y en la T-525 de 1998¹⁷⁸ se reiteró que la propiedad colectiva de los territorios indígenas tiene gran relevancia constitucional, por ser esencial para la supervivencia y preservación de la cultura y valores espirituales de los pueblos.

Por esas razones, la propiedad colectiva del territorio por parte de los pueblos indígenas opone, a la idea del derecho privado que concibe la tierra como objeto de disposición, apropiación, uso y abuso, una concepción de pertenencia mutua entre ser humano y territorio.

Como se explicó en la sentencia T-005 de 2016,¹⁷⁹ la idea de la ancestralidad como “título” de propiedad desarrollada en la sentencia T-235 de 2011¹⁸⁰ fue reiterada en los fallos T-282¹⁸¹ y T-698¹⁸² del mismo año, precisándose que: *“el término “título” se utiliza entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano. Los atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente por la jurisprudencia”*. En ese sentido, la providencia T-005 de

¹⁷⁴ Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

¹⁷⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67.Pág. 18.

¹⁷⁶ MP. Jorge Iván Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁷⁷ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷⁸ MP. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷⁹ MP. Jorge Iván Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸⁰ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸¹ MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Mauricio González Cuervo.

¹⁸² MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto.

2016,¹⁸³ puntualizó: *“el territorio indígena está asociado a una noción de ancestralidad y no al reconocimiento estatal a través de los títulos de dominio, ya que para los pueblos étnicos la tierra significa el espacio donde desarrollan su identidad cultural”*¹⁸⁴.

-. En la sentencia C-371 de 2014,¹⁸⁵ reiterando la decisión T-693 de 2011¹⁸⁶, la Corte señaló que, en concordancia con los artículos 13¹⁸⁷ y 14.1¹⁸⁸ del Convenio 169, la protección constitucional del territorio no se restringe a los terrenos adjudicados de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que también abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural para ellos, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna otra manera, aunque estén por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos (efecto expansivo del territorio).

.- En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el convenio 169 de la OIT regula lo concerniente a los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades tribales (en Colombia, las demás comunidades étnicamente diferenciadas) en la Parte II, que va de los artículos 13 al 19.

Entre los distintos aspectos relevantes del Instrumento, el numeral 1° del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, *“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”*. El artículo 15 se refiere al derecho a participar en la administración, utilización y conservación de los recursos dentro de sus territorios; a la consulta antes de cualquier programa de prospección o explotación de los mismos, a participar de los beneficios de esos proyectos y a recibir una indemnización equitativa en caso de que se causen daños como

¹⁸³ MP. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸⁴ Ver, en el mismo sentido, las sentencias T-661 de 2015; T-849 y T-461 de 2014; T-698 MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto y T-693 de 2011; T-955 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y T-380 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁸⁵ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸⁶ Ver, también T-698 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. SV Humberto Antonio Sierra Porto).

¹⁸⁷ *“Artículo 13. // 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. // 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”*

¹⁸⁸ *“Artículo 14 // 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”*

consecuencia de estos. El 16, en fin, se refiere a la obligación de obtener su consentimiento previo, libre e informado, previa la realización de cualquier medida que implique una movilización hacia fuera de su territorio colectivo.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas precisa diversos aspectos del derecho a la propiedad colectiva del territorio, por los pueblos originarios. En su preámbulo la preocupación por la colonización histórica de los territorios, el despojo de los mismos, y la forma en que este ha afectado su forma de vida y su derecho al desarrollo, desde sus culturas; en su artículo 10º prohíbe el traslado de sus tierras o desplazamiento, sin consentimiento previo, libre e informado, el derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos; en el 26 habla del derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y los recursos que poseen; en el artículo 27, al reconocimiento y adjudicación de sus tierras y territorios por parte de los Estados; en el 28, a la reparación, la restitución o la compensación (cuando las anteriores sean imposibles) de las tierras despojadas; a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.

Las normas sobre el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de ambos instrumentos, contribuyen de diversas formas a la protección y conservación de los mismos.

-. En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha asociado el derecho a la propiedad al artículo 21, sobre la propiedad, uso y goce de bienes, siempre destacando las notas especiales que tiene la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, sobre sus tierras y territorios. En el primer pronunciamiento sobre violación a derechos territoriales de una comunidad indígena, el Tribunal expresó:

“[Párrafo 149 ...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Caso de la Comunidad

Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas)¹⁸⁹.

- De lo expuesto, cabe concluir que la especial relación de los indígenas con su territorio, y la pertenencia mutua de los pueblos a sus tierras y de estas a esos pueblos, es el fundamento esencial del derecho al territorio colectivo, previo a cualquier reconocimiento estatal. Es esa la razón por la cual ha explicado la Corte Constitucional, en armonía con la Corte IDH, que la posesión ancestral del territorio, antes que los títulos que conceden los estados, constituye el fundamento del derecho; que la tardanza en la titulación comporta una violación al derecho (preexistente a esos procedimientos) y que, por otra parte, estas reglas deben aplicarse con especial precaución frente a comunidades que han sido víctimas de despojo y desplazamiento¹⁹⁰, es decir, cuya posesión ancestral se ha visto suspendida por motivos ajenos a su voluntad.

En la misma dirección, ha sostenido esta Corte que el concepto de territorio colectivo no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo no es un concepto espacial, sino uno cultural (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, puede tener un efecto expansivo, destinado a la inclusión de los espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades.¹⁹¹

¹⁸⁹ En similar sentido se ha pronunciado en los casos de la comunidad indígena Yakie Axa Vs. Paraguay, en el que llamó la atención sobre la forma en que el despojo del territorio amenaza directamente la identidad étnica, en tanto la cultura del pueblo indígena se construye alrededor del mismo; y cómo ese fenómeno pone en peligro la supervivencia del grupo indígena, en tanto sus formas de vida y producción están afianzadas en el ámbito cultural que surge del territorio colectivo o el resguardo; *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*”, en el que relató el derecho a que las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro; en el caso de *la Comunidad Moiwana vs. Surinam*? en el cual afirmó que los miembros del pueblo N’djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra”; en *Saramaka y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*

¹⁹⁰ 23. Así, en las sentencias T-909 de 2009¹⁹⁰ y T-433 de 2011¹⁹⁰, la Corte se refirió a la manera en que la dilación injustificada en la titulación de territorios colectivos de comunidades étnicas (en ese caso, afroamericanas) viola sus derechos fundamentales y genera amenazas adicionales, asociadas a la compraventa de sus tierras, la acumulación de cultivos ilícitos y la consecuente fragmentación de sus territorios y descomposición del tejido social¹⁹⁰.

¹⁹¹ Consideraciones similares han sido reiteradas por la Corte en un amplio número de decisiones, relativas al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, las comunidades afrocolombianas, palenqueras o raizales. Así, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corporación protegió el derecho a la consulta previa de la comunidad u’wa, frente a la exploración petrolera que adelantaba la corporación Oxy de Colombia; En la sentencia T-514 de 2009 la Corporación abordó el estudio de un conflicto suscitado en el resguardo chenche buenos aires, de Coyaima, por el reparto de recursos del Sistema General de Participaciones (SGP), y destinados a la implementación de proyectos productivos por parte de los residentes del resguardo. La Corporación destacó una vez más la naturaleza *cultural* del territorio, como espacio donde la comunidad desenvuelve su vida social y decide sus prioridades. Fue, precisamente, la importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios el elemento central de la decisión.

En efecto, el peticionario hacía parte de la comunidad, pero residía hacía muchos años en Bogotá, razón por la cual el resguardo de chenche buenos aires lo excluyó de los recursos mencionados. La Corporación encontró que esa decisión era razonable, debido a que los recursos del SGP se reparten en proporción al número de habitantes en cada resguardo, y a que los proyectos que desarrollaba la comunidad tenían por objeto alcanzar fines propios de la vida comunitaria, dentro del resguardo. En la sentencia T-652 de 1998 la Corte se pronunció acerca de la violación a los derechos fundamentales de la comunidad indígena *emбера-katía*, que habitaba un territorio al

- En las sentencias T-955 de 2003¹⁹² y T-698 de 2011,¹⁹³ la Corte Constitucional hizo referencia a algunas de las consecuencias del reconocimiento del derecho, en términos de derechos y obligaciones de los pueblos étnicamente diferenciados. Además de las prerrogativas del Convenio 169 de la OIT, ya mencionadas, la Corte consideró que estos tienen los deberes de (i), usar, gozar y disponer de los recursos existentes en los territorios, con criterios de sustentabilidad; (ii) obtener autorizaciones de las autoridades ambientales para explotaciones forestales persistentes, con fines comerciales; (iii) garantizar al máximo la persistencia de los recursos naturales, al hacer uso de ellos; y (iv) conservar, mantener o propiciar la regeneración de la vegetación protectora de las aguas; dar un uso adecuado a ecosistemas frágiles, como manglares y humedales; y proteger las especies de flora y fauna silvestre en vías de extinción.¹⁹⁴

Para terminar, en la sentencia T-698 de 2011,¹⁹⁵ la Corte recordó este conjunto de derechos, que se derivan de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios: (i) el derecho a la constitución de resguardos¹⁹⁶; (ii) el derecho a la protección de las áreas sagradas que las

margen del río Sinú, ante la construcción de una represa, sin haber asegurado su participación, mediante el trámite de la consulta previa. La Corporación recordó importancia del territorio para los pueblos originarios, y la especial relación entre estos, sus tierras y los recursos naturales que se encuentran en ellas. En las sentencias T-693 y 698 de 2011, ambas dictadas en el escenario de la consulta previa, la Corporación resaltó la importancia de que la consulta previa se adelante no sólo cuando una medida afecte el territorio colectivo, sino también cuando la medida afecta lugares adyacentes al territorio, y de importancia cultural para las comunidades. En la sentencia T-376 de 2012 se protegió el derecho a la consulta previa de la comunidad negra de la Boquilla, afectada por concesiones turísticas en la playa adyacente a su territorio; en la providencia T-652 de 1998, relativa a la construcción de una represa en territorio colectivo del pueblo indígena emberá – katío, ubicada al margen del río Sinú, la Corporación defendió el derecho a la consulta y declaró la violación al derecho al territorio colectivo de la comunidad, debido a que la construcción de la represa supuso el desvío del cauce del río, con trascendentales consecuencias en el modo de vida de la comunidad accionante. En ese marco, expresó la Corte: “‘Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características’”. de 2012, relacionada con la protección de los derechos territoriales de una comunidad residente en las Islas del Rosario, la Corporación recordó la titularidad de los derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT por parte de las comunidades étnicamente diferenciales y ordenó al Incoder ponderar, al momento de decidir sobre la viabilidad de adjudicaciones de terrenos fiscales de la Nación, los principios constitucionales en conflicto y, de hallarlo necesario para asegurar el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, inaplicar la ley. Estas providencias constituyen un ejemplo de la manera en que la Corte ha relacionado los derechos de los pueblos indígenas a la

¹⁹² MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹³ MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹⁴ T-955 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), reiterada por la C-971 de 2014.

¹⁹⁵ MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹⁶ El derecho a la constitución de resguardos en los territorios que las comunidades indígenas han ocupado ancestralmente, fue protegido por la Corte Constitucional en la sentencia T-188 de 1993.¹⁹⁶ En este fallo, se tuteló el derecho de dos comunidades que habían solicitado en repetidas ocasiones a la entidad administrativa de ordenamiento agrario, la constitución de un resguardo en el territorio que habitaban ancestralmente, para solucionar problemas de convivencia. La Corte concluyó que, del material probatorio se desprende que la omisión de la autoridad competente de tramitar el procedimiento de constitución de resguardos había contribuido de manera directa a la vulneración del derecho a la paz y a la amenaza del derecho a la vida que se cierne sobre los miembros de las parcialidades indígenas en conflicto.... Posteriormente, en la sentencia T-652 de 1998¹⁹⁶ se amparó el derecho del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, entre otras razones,¹⁹⁶ porque su territorio había sido arbitrariamente seccionado por el Gobierno en dos resguardos, a pesar de que no existía

comunidades han ocupado tradicionalmente; (ii) el derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos¹⁹⁷; (iii) el derecho a disponer y administrar sus territorios¹⁹⁸; (iv) el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio¹⁹⁹ y (v) el derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.²⁰⁰ (T-693 de 2011, reiterada por la C-371 de 2014)²⁰¹.

Estas consideraciones expuestas a propósito de una acción de tutela interpuesta por comunidades indígenas son también aplicables a las comunidades afrocolombianas, como lo ha reconocido esta Corte en sentencias como la T-955 de 2003,²⁰² la T-376 de 2012²⁰³ y la T-680 de 2012²⁰⁴.

solución de continuidad en el territorio. En esa oportunidad, la Corte señaló que la constitución de los resguardos debe “(...) partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales; para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo 1º, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2º del Decreto 2001 de 1988”.

¹⁹⁷ Con relación al derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos, se observa que el Convenio 169 acoge un concepto amplio de territorio, al indicar que se consideran como tal, aquellas áreas de una comunidad que comprenden, no sólo las tituladas o habitadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades tradicionales¹⁹⁷, sagradas o espirituales.

Al respecto, esta Corporación en sentencia SU-383 de 2003,¹⁹⁷ manifestó:

Otros aspectos a tener en cuenta para la delimitación de la entidad territorial indígena son la concurrencia de intereses en los lugares sagrados -como lo advierte el profesor Clemente Forero de la Universidad Nacional¹⁹⁷- y el ‘cambio frecuente de asentamiento’, [característica básica] del patrón de uso del medio de los cazadores y recolectores¹⁹⁷’ del noroeste amazónico colombiano.

Ahora bien, la delimitación político administrativa actual, es sólo uno de los referentes a valorar en la delimitación de la entidad territorial indígena para efectos de su derecho a ser consultados, porque como lo informa el profesor Orlando Fals Borda, dicha delimitación no concuerda con la real ubicación de los pueblos indígenas, aspecto que reconocido por el Constituyente al disponer en el artículo 290 constitucional la adecuación de los límites de las entidades territoriales¹⁹⁷”.

¹⁹⁸ “De otro lado, el derecho de las comunidades indígenas a administrar su territorio fue reconocido en la sentencia T-257 de 1993¹⁹⁸. En esta decisión la Corte se negó a tutelar el derecho a la libertad de locomoción de una comunidad evangélica a la que una comunidad indígena había negado autorización para el uso de una pista aérea ubicada en su resguardo.

En la citada providencia, se señaló que las entidades territoriales indígenas, como cualquier entidad territorial, gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. Incluso, se destacó que su autonomía es mayor, teniendo en cuenta que, además de las consideraciones generales sobre autogobierno del artículo 287 de la Carta Política, se añaden las prerrogativas específicas en materia de costumbres de gobierno, lengua, justicia y elecciones, consagradas en los artículos 330, 10º, 246 y 171, respectivamente.

¹⁹⁹ Sobre el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables ubicados en el territorio, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-891 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería), en la que señaló: “de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico”.

Igualmente, en sentencia C-620 de 2003¹⁹⁹ estableció esta Corporación: “la Carta impone a las comunidades indígenas la obligación de velar por la preservación de los recursos naturales existentes en sus territorios y, correlativamente, prescribe que en las decisiones que otras autoridades adopten respecto de la explotación de los mismos, se propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

²⁰⁰ Cfr. sentencia T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Un buen desarrollo de cada uno de estos contenidos puede encontrarse en la misma providencia.

²⁰¹ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰² MP. Álvaro Tafur Galvis.

- En ese orden de ideas, la Sala reitera que, de acuerdo con la sentencia T-235 de 2011,²⁰⁵ las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter *imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio*; y la ancestralidad de la posesión, como “*título*” de propiedad²⁰⁶. Además, [...] el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de *ámbito cultural* de la comunidad²⁰⁷.

Territorio, minería y consulta previa.

A continuación, la Sala se referirá a las decisiones acerca de la consulta previa más relevantes para la solución del problema jurídico planteado.

Como se explicó, el Convenio 169 de 1989, instrumento que por primera vez habló de la Consulta previa, tiene como ejes la autonomía de los pueblos, el respeto por la diferencia cultural y la defensa de los territorios, elementos que permean todo su articulado y se convierten en las herramientas centrales para su interpretación. En ese marco, la consulta previa no constituye una garantía aislada, sino un elemento transversal al Convenio, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales²⁰⁸.

²⁰³ M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁰⁴ M.P. Nilson Pinilla.

²⁰⁵ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰⁶ Se utiliza el término “*título*” entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese *continuum* entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente en los apartes jurisprudenciales citados.

²⁰⁷ “Al respecto, en sentencia T-617 de 2010, explicó la Sala Novena: “(...) el factor territorial [de la jurisdicción especial indígena] debe entenderse en armonía con la idea de *ámbito territorial de la comunidad*, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “*Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. [...] es importante resaltar que el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas; que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal; y que, de conformidad con el fallo citado, el territorio debe considerarse tanto desde el punto de vista físico-geográfico como desde el punto de vista cultural, lo que implica que, excepcionalmente, puede tener un efecto expansivo, lo que ocurriría cuando una conducta punible ocurre por fuera del espacio físico que demarca el territorio colectivo, pero puede ser remitida a él en virtud de sus connotaciones culturales”.*”

²⁰⁸ En esa dirección, el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, James Anaya, ha expresado que la consulta previa constituye la piedra angular del Convenio 169, en la que se fundamentan todas sus disposiciones, por su importancia para el goce de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas y tribales y porque realiza los principios de democracia y soberanía popular, al rechazar el gobierno “*por imposición*” Ver, al respecto, Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de junio de 2009. “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y

En el ámbito interno, la Corporación ha sostenido de manera constante que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental²⁰⁹. En el fallo de unificación SU-039 de 1997, la Corte precisó que la consulta es un derecho fundamental porque concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos²¹⁰.

En ese marco, el artículo 40 constitucional²¹¹, en su numeral 2º, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, por su relación con otros mandatos constitucionales. El artículo 330 de la Constitución Política²¹² prevé, a su turno, la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios, enmarcando esa obligación dentro de un amplio conjunto de potestades asociadas a la protección y promoción de la autonomía en materia política,

culturales, incluido el derecho al desarrollo”. En similar sentido, afirmó la Corte en la sentencia C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Unánime).

²⁰⁹ Lo que a su vez implica que es una norma de la mayor jerarquía constitucional, cuya protección puede exigirse por vía de la acción de tutela, tema que se abordará nuevamente al analizar la procedencia formal de la acción.

²¹⁰ “Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas y tribales que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas” || “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y tribales y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

²¹¹ Artículo 40. “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. || 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. || 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. || 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. || 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. || 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. || 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. || Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

²¹² Constitución Política. Artículo 330: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

económica y social, y al ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios colectivos.

En concordancia con esas disposiciones constitucionales, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el Legislador expidió la Ley 70 de 1993²¹³, en la que desarrolló el derecho de las comunidades negras a la consulta previa²¹⁴

El artículo 6, inciso 1º, literal a) del Convenio 169 de 1989 hace referencia a la consulta previa en los siguientes términos: “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; || b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin*”. Además, el literal 2º del artículo 6º, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados²¹⁵.

Sin embargo, el artículo 6º del Convenio no constituye una disposición aislada. Debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del convenio que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión que les concierna, y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y los Estados parte del Convenio, algunas de las cuales se destacan a continuación: el artículo 5º, ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para “*allanar*” sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “*participación y cooperación*”²¹⁶; el artículo 7º, plantea la obligación de garantizar su *participación* en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo al mejoramiento de sus

²¹³ Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

²¹⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹⁵ Convenio 169. Artículo 6º. Numeral 2º. “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

²¹⁶ Artículo 5. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; || d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos; || c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

condiciones de salud, trabajo y educación, y la de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la *participación y cooperación directa* de los pueblos interesados²¹⁷; el artículo 4º, establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos “*expresados de forma libre*”²¹⁸.

En relación con sus territorios, el artículo 15, hace referencia a la obligación de *consultar* a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, al derecho a *participar de los beneficios* que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen²¹⁹, en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el *consentimiento* de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y *concertar* las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.²²⁰

La exposición de las anteriores disposiciones demuestra la importancia de enmarcar la consulta en un espectro más amplio de garantías que incluyen la *participación, la consulta previa, la cooperación, el consentimiento de la comunidad, la participación en los beneficios, y la indemnización* en determinados eventos. Todos estos derechos y garantías constituyen un *continuum* de protección de los pueblos indígenas y tribales, pues cumplen la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).²²¹

²¹⁷ , numeral 1º, prescribe que “(l)os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. || 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. || 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas|| 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

²¹⁸ Artículo 4º, Convenio 169 de la OIT: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. || 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. || 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

²¹⁹ Ver, Artículo 15, *ibídem*.

²²⁰ Ver, Artículo 16, *ibídem*.

²²¹ Otras disposiciones relevantes en la materia son el artículo 8º, referente al respeto por sus costumbres y derecho propio, y a la obligación de establecer mecanismos de coordinación en caso de que ello suscite conflictos (pluralismo jurídico); el artículo 13, sobre la obligación de respetar los territorios indígenas y la relación espiritual entre los pueblos y sus territorios, en la medida en que la consulta es un medio de

5.2. Alcance de la consulta y subreglas aplicables

La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa, mediante un conjunto de *subreglas*, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011²²² se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse, así²²³:

Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación *activa y efectiva* de los pueblos interesados. Que la participación sea *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea *efectiva*, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Reglas o *subreglas* específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad

protección al territorio colectivo y a los recursos naturales de sus territorios; el artículo 17, numeral segundo, que dispone “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.” El artículo 20, numeral 1º, atinente a la protección laboral de las personas indígenas; el artículo 22, concerniente a la creación de programas de formación profesional que promuevan la participación voluntaria de los miembros de los pueblos interesados. El artículo 25, sobre los sistemas de seguridad social, y concretamente, los planes de salud y educación que deberán diseñarse con base en la participación y cooperación de las comunidades indígenas, de donde se infiere que la participación de los pueblos se prevé como medio de implantación del Convenio, no frente a asuntos específicos, sino como condición de un adecuado desarrollo y comprensión de los derechos allí previstos, entre otros.

²²² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²²³ La distinción entre criterios y subreglas es puramente metodológica. Se trata, en su conjunto de los estándares de aplicación de la consultas recogidos y sistematizados por esta Corte en la sentencia T-129 de 2011, y posteriormente reiterada de forma constante y uniforme por las distintas salas de revisión y la Sala Plena (ver, por ejemplo, las recientes T-197 de 2016 y C-371 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva)

concernida; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar *desprovistas de arbitrariedad*, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.²²⁴

Ámbito material de procedencia de la consulta previa

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de *afectación directa*.

Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados²²⁵.

Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aspecto que será analizado a fondo en el siguiente acápite.

Ahora bien, dejando de lado el desarrollo sistemático de la consulta previa, contenido en un amplio conjunto de pronunciamientos constitucionales, en torno a las ideas descritas, la Sala se concentrará en lo sucesivo en las

²²⁴ Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

²²⁵ Sentencias C-030 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Cristina Pardo Schlesinger, SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla), C-371 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva, T-376/12 y T-766 de 2015 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV. Gloria Ortiz Delgado).

decisiones más relevantes en materia de extracción de recursos de los territorios indígenas, y en aquellas que se han pronunciado en torno al Código de Minas.

Extracción de recursos y consulta

Uno de los escenarios en los que el derecho a la consulta ha tenido mayor desarrollo jurisprudencial es el de la extracción de recursos naturales de los territorios indígenas. La sentencia fundadora de la línea, SU-039 de 1997 giraba precisamente en torno a la manera en que los trabajos de exploración de hidrocarburos adelantados por la empresa Occidental de Colombia generaba una afectación directa al pueblo u'wa. Las sentencias T-769 de 2009²²⁶ y T-129 de 2011²²⁷ constituyen los esfuerzos sistemáticos más relevantes de la Corte, y los fallos de constitucionalidad

En la sentencia C-371 de 2014,²²⁸ la Corte recogió las decisiones en las que se ha pronunciado acerca de la afectación directa, derivada de la extracción de minerales.

En esta sentencia, la Corte señaló que buena parte de la jurisprudencia constitucional en materia de consulta se ha originado en el análisis de medidas administrativas ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, relacionadas con la exploración, explotación o aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios.

De forma específica, en materia de minería, deben destacarse las sentencias C-418 de 2002²²⁹ y C-891 del mismo año, en las que la Corporación conoció demandas contra el Código de Minas, por dos razones distintas, pero íntimamente relacionadas: la omisión de la consulta previa en la expedición del Código o la omisión en que habría incurrido el legislador al no incluir la obligación de consulta a los pueblos, previa la aplicación de tales normas.

En las dos decisiones, la Corte Constitucional consideró que todas las medidas que permiten y regulan la explotación minera en territorios indígenas deben ser objeto de consulta previa, si son susceptibles de afectarlos directamente. Estas sentencias constituyen también decisiones pioneras en torno a la necesidad de consultar las medidas legislativas, jurisprudencia que se sintetizó, finalmente, en la sentencia C-030 de 2008²³⁰ y que llevó a la postre a la declaratoria de inexequibilidad de la reforma al Código de Minas que

²²⁶ MP. Nilson Pinilla Pinilla.

²²⁷ MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

²²⁸ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva.

²²⁹ ²²⁹ MP. Álvaro Tafur Galvis.

²³⁰ MP. Rodrigo Escobar Gil.

adelantó el Legislador por Ley 1382 de 2010, con efectos diferidos a dos años.

De ese conjunto de decisiones surge entonces la conclusión de que las normas relacionadas con la minería son susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas. Es importante destacar que, si bien las primeras sentencias hicieron referencia al problema exclusivamente en relación con las normas del Código que hacían referencia explícita a los pueblos étnicos, en la sentencia C-366 de 2011²³¹ se estimó que es tan notable la relación, que debía declararse la inexecutable integral de la reforma, a falta de un ordenamiento especial, que regulara de forma cultural y étnicamente adecuada la minería en tales territorios.

En sede de tutela, sin lugar a dudas constituyen pronunciamiento hito las siguientes sentencias:

La decisión **T-769 de 2009**,²³² en la que la Corte tuteló el derecho a la consulta previa, de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, debido a la autorización que la administración dio a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, proyecto Mandé Norte, sin consultar con antelación a sus miembros. En consecuencia, la Corporación ordenó suspender las actividades de exploración y explotación hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo.

En la sentencia **T-1045A de 2010**,²³³ la Corte amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad afrocolombiana perteneciente al Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, el cual había sido vulnerado por el otorgamiento un particular de una concesión minera para la explotación aurífera, dentro del territorio de su asentamiento ancestral.

El pronunciamiento **T-129 de 2011**²³³ en el que la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, de una comunidad del pueblo embera-katío, ubicada en los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito (Chocó), debido a que varias entidades públicas permitieron o decidieron *(i) iniciar la construcción de una carretera para la conexión de Colombia y Panamá en el resguardo, y (ii) conceder permisos mineros y permitir la explotación minera en el área de influencia del pueblo Embera-Katío sin llevar a cabo primero un proceso de consulta. Por ello se ordenó suspender todas las actividades de prospección, exploración -legal e ilegal- o similares en materia minera que puedan afectar a las comunidades indígenas, así como la construcción de la carretera. En este caso, la Corte además*

²³¹ MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa.

²³² MP. Nilson Pinilla Pinilla.

²³³ MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino de llevar a cabo las actividades de prospección (Cita de la C-374 de 2001), decisión en la que la Corte sistematizó las subreglas y estándares que el Estado debe respetar al realizar los procedimientos de consulta y buscar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.

La sentencia **T-766 de 2015**,²³⁴ en la que la Corporación decidió dejar sin efecto dos resoluciones en las que se definían áreas estratégicas mineras, en extensión de 20 millones de hectáreas y sobre un conjunto de departamentos con alta población indígena y afrocolombiana, también por violación del derecho a la consulta previa, considerando que, dada la evidente superposición de tierras indígenas con las áreas declaradas, la medida debió haber sido consultada por la autoridad minera nacional.

Para terminar este recuento, son de especial relevancia las sentencias **C-366 de 2011**²³⁵ y **C-395 de 2012**²³⁶, en las que la Corte se pronunció específicamente en torno a normas del Código de Minas o la reforma del año 2010, y en las que la Corporación sentenció que existe un consenso, nacional e

²³⁴ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Ortiz Delgado.

²³⁵ C-366 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa. Ahora bien, la Corte también ha identificado cómo las actividades de explotación minera pueden llegar a configurar factores de “riesgo transversal” para las comunidades indígenas y afrodescendientes, en especial cuando se trata de labores adelantadas bajo un concepto industrial a gran escala que, por sus propias características, inciden en porciones importantes del territorio. Esto lleva, incluso, a que tales actividades, cuando se desarrollan al margen de los intereses de las comunidades afectadas, lleven a situaciones especialmente graves en términos de protección y garantía de derechos fundamentales, como es el desplazamiento forzado interno. A este respecto y para el caso específico de los territorios colectivos habitados por las comunidades afrodescendientes, el Auto 005/09, adoptado como consecuencia del seguimiento de las órdenes estructurales de protección a la población desplazada, dictadas en la sentencia T-025/04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) (y autos 004 y 005 de 2009, MP Manuel José Cepeda Espinosa).

“26. El Relator Especial considera que se pueden definir dos grandes esferas que son motivo de preocupación al examinar los programas de desarrollo que afectan a los pueblos indígenas. La primera se refiere a las políticas e iniciativas dirigidas al desarrollo de la economía o la infraestructura del Estado en general, que se presentan como provechosas para la población del Estado en su conjunto, pero que tienen efectos negativos sobre los pueblos indígenas. Éstas incluyen los programas de desarrollo que abarcan la extracción de los recursos naturales y megaproyectos como la construcción de presas e instalaciones de transporte en territorios de los pueblos indígenas.

27. Los problemas derivados de dichos proyectos de desarrollo que afectan a los pueblos indígenas se manifiestan en una amplia gama de situaciones que el Relator Especial encuentra periódicamente en el marco de sus actividades de vigilancia y respuesta a situaciones de interés para los pueblos indígenas de todo el mundo.

Estos problemas suelen estar relacionados con la falta de mecanismos adecuados de participación de esos pueblos en la concepción y ejecución de las iniciativas de desarrollo; la ausencia de medidas de mitigación adecuadas que tengan en cuenta las preocupaciones ambientales y culturales de los indígenas; la falta de reconocimiento de los derechos de propiedad de los indígenas de las tierras y los recursos, y la ausencia de la participación equitativa en los beneficios de los proyectos de desarrollo. En ese sentido, el artículo 32 de la Declaración, al pedir que se obtenga el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, proporciona una pauta importante para evitar estos problemas en el contexto del desarrollo.”[14] (Subrayas fuera de texto).

²³⁶ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

internacional, acerca de que la minería afecta directamente a los pueblos indígenas (C-366 de 2011²³⁷) y una regla consolidada, y ampliamente explicada por la jurisprudencia constitucional acerca de la obligación de adelantar la consulta previa y, en algunos supuestos obtener el consentimiento previo, libre e informado, antes de adelantar una actividad, dictar una norma o establecer una política que afecte directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas (C-395 de 2012²³⁸).

La última sentencia reiterada (C-395 de 2012²³⁹) constituye un pronunciamiento de especial relevancia constitucional, en tanto se refirió a una de las normas demandadas en esta ocasión (el artículo 122 del CM). Por ese motivo, la Sala considera pertinente transcribir las siguientes consideraciones:

“En relación con el artículo 122, cabe señalar que en el inciso acusado, de manera expresa se establece la obligación de que 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, mandato que claramente se inscribe dentro de las previsiones constitucionales sobre la consulta previa, sin que el hecho de que en la disposición acusada no se aluda a determinados componentes, que de conformidad con el ordenamiento superior, hacen parte de ese instituto, como la necesidad de que, en ciertas hipótesis, se obtenga el consentimiento previo de las comunidades, constituya una omisión legislativa contraria a la Constitución”.

La Sala decidió, en ese marco, declarar la exequibilidad simple del artículo 122 CM, considerando que el ejercicio de interpretación sistemática descrito, permitía excluir la duda sobre su inconstitucionalidad, por violación al derecho fundamental a la consulta previa.

5.5. Participación, consulta previa y consentimiento desde el punto de vista del principio de proporcionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, señaló que en aquellos supuestos en

²³⁷ Adicionalmente, no puede perderse de vista que, según se ha explicado en este fallo, existe un consenso en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos, acerca de la incidencia de la exploración y explotación minera en los territorios ancestrales de los pueblos étnicos y la salvaguarda de la integridad de su identidad diferenciada. En ese orden de ideas, las medidas legislativas y administrativas que tengan aplicación en dichas actividades deben estar precedidas de la participación efectiva de las comunidades afectadas, so pena de vulnerar sus derechos constitucionales.

²³⁸ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

²³⁹ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

que el Estado pretenda implantar una medida que afecte especialmente el derecho territorial de un pueblo indígena debe obtener su consentimiento previo.

La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias T-769 de 2009²⁴⁰ (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011²⁴¹ (caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima–Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena o afrodescendiente no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida²⁴².

En ese orden de ideas, en las sentencias citadas (T-769 de 2009 y T-129 de 2011²⁴³), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado, en materia de consulta previa, consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento; cuando la medida represente una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad, previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto.

La Sala estima que una adecuada comprensión de las reglas sobre el consentimiento requiere algunas consideraciones adicionales, que se dirigen a interpretar las diferentes disposiciones del Convenio 169 de 1989, la Constitución Política y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a partir del principio de proporcionalidad.

²⁴⁰ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁴¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁴² Estos fueron los fundamentos de la decisión: “...[...] *esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.*” Posteriormente, la sentencia T-129 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), se pronunció en sentido similar: “Sin embargo, es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa” (T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁴³ Magistrados ponentes: Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Iván Palacio Palacio, respectivamente.

En tal sentido, la consulta previa no es una garantía aislada, sino un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales, normativamente complejo (es decir, compuesto por diversas facetas jurídicas), con consecuencias de la mayor relevancia para la preservación de las culturas ancestrales, en tanto manifestación de los principios y derechos de participación y autodeterminación y medio imprescindible para articular a las comunidades indígenas y afrodescendientes a la discusión, diseño e implementación de medidas que les atañen y evitar así que sus prioridades sean invisibilizadas por el grupo social mayoritario.

Es necesario recordar que la consulta refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y el goce efectivo de estos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación²⁴⁴.

La ponderación, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la doctrina autorizada sobre la aplicación y límites de los derechos constitucionales, se identifica con el principio de proporcionalidad estricta, pues se concreta en determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado.

La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo —y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad—, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.²⁴⁵

Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la *participación* de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la *simple participación*, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la *consulta previa* frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el *consentimiento previo, libre e informado* cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una

²⁴⁴ Este aspecto fue ampliamente explicado en la sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁴⁵ Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), ya citada: “(...) no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser”.

afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.²⁴⁶

Ahora bien, según lo ha expresado la Corte, la subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma²⁴⁷. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios²⁴⁸.

Análisis de constitucionalidad de los artículos 122, 124, 133 y 275 del Código de Minas, por presunta violación a la autonomía y los territorios colectivos de los pueblos indígenas.

Los artículos 122, 124, 133 y 275 del Código de Minas serán analizados también como un bloque de normas, con un contenido normativo complejo, pero único, desde el punto de vista del problema jurídico a resolver. En concepto de los accionantes, estas normas no permiten (prohíben) a los pueblos indígenas y afrodescendientes tomar decisiones vinculantes, en el sentido de excluir la minería de sus territorios, por dos razones.

²⁴⁶ 4. En este orden de ideas, las normas demandadas de la Ley 685 de 2001 (artículos 11 parcial, 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 parcial y 131) y 99 de 1993 (artículo 76) se entienden exequibles en la medida en que sus regulaciones se apliquen en concordancia con la jurisprudencia vigente respecto de la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, en particular a la consulta previa y a la obtención de su consentimiento libre, previo e informado, siempre que se desarrollen procesos de exploración y explotación minera en sus territorios [...] El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.” (Naciones Unidas. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009).

²⁴⁷ En el documento previamente citado (A/HRC/12/34), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas manifiesta que lamenta esa forma de entender el problema, en términos de quién veta a quién, abandonando así el sentido profundo de la consulta como instrumento de construcción del estado multicultural.

²⁴⁸ Sobre el tema, consultar las sentencias T-376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-766 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-197 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-766 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-764 de 2015 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-661 de 2015 (MP. María Victoria Calle Correa), T-550 de 2015 (MP. Myriam Ávila Roldán), T-256 de 2015 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez), C-371 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-969 de 2014 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado) y C-068 de 2013 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

El artículo 122 establece la facultad de la autoridad minera competente para delimitar zonas mineras indígenas, dentro de territorios colectivos indígenas y advierte que en su interior la exploración y explotación del suelo y subsuelo debe ajustarse a las disposiciones especiales de participación de los pueblos étnicamente diferenciados; contenido normativo que también presenta el artículo 133 del Código de Minas, aunque en el caso de las comunidades negras y las zonas mineras correspondientes.

En sentencia C-395 de 2012²⁴⁹ la Corte declaró exequible la norma, basada en que debe respetarse el derecho a la consulta previa en su aplicación²⁵⁰. El artículo 124 establece el derecho de prelación de las comunidades indígenas dentro de las zonas mineras indígenas²⁵¹, para obtener la concesión dentro de las zonas mineras indígenas y el 275 la obligación de la autoridad minera de comunicar a los pueblos étnicos acerca de las propuestas de concesión, para que hagan efectivo el derecho a la prelación.

En concepto de los demandantes, este conjunto de normas violan el artículo 63 de la Constitución Política, pues a la vez que permiten la concesión de títulos, exploración y explotación minera dentro de sus territorios, no permiten que los pueblos indígenas nieguen esas posibilidades en el marco de su autonomía. Especialmente relevante para comprender la naturaleza del cargo, resulta el artículo 124 del CM o derecho de prelación de los pueblos indígenas. Este indica que, una vez delimitada un área minera indígena, las comunidades pueden ejercer el derecho de preferencia y adelantar por su cuenta los trabajos; o no hacerlo y, en consecuencia, permitir que la concesión se otorgue a un tercero, ajeno a la comunidad. Y desconocen, a su vez, la potestad que la Constitución les confiere para actuar como autoridades ambientales dentro de sus territorios ya que, ni siquiera a través de un proceso de *consulta autónoma* podrían excluir la minería de sus ámbitos vitales.

Como puede verse, la norma no establece un supuesto en el que la población pueda oponerse o prohibir la actividad dentro de sus territorios. La consulta previa no lo permite, ni la consulta autónoma que puedan efectuar

²⁴⁹ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

²⁵⁰ Así quedó señalado en la parte motiva de la providencia: “En relación con el artículo 122, cabe señalar que en el inciso acusado, de manera expresa se establece la obligación de que 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, mandato que claramente se inscribe dentro de las previsiones constitucionales sobre la consulta previa, sin que el hecho de que en la disposición acusada no se aluda a determinados componentes, que de conformidad con el ordenamiento superior, hacen parte de ese instituto, como la necesidad de que, en ciertas hipótesis, se obtenga el consentimiento previo de las comunidades, constituya una omisión legislativa contraria a la Constitución”.

²⁵¹ El artículo 124 del CM establece: “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.”

internamente y en el marco de su autonomía como autoridades ambientales dentro de sus territorios.

El Procurador General de la Nación propone que se declare la exequibilidad de las normas demandadas pues el derecho territorial está protegido, tanto por la consulta, como por el derecho de prelación.

El primer paso de la argumentación consiste en señalar que los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos son también predicables de los principios de los pueblos indígenas.

En ese marco, la autonomía, el territorio, la consulta, el principio de no discriminación y la igualdad de culturas, constituyen un conjunto armónico de principios, que requieren el uno del otro para su eficacia, y que conforman una visión integral de la pervivencia de los pueblos indígenas.

Como se expuso, la consulta previa es, en la jurisprudencia constitucional colombiana, un derecho complejo, que concreta los principios de democracia participativa, autodeterminación y autonomía de los pueblos y justicia ambiental. A la vez, posee una dimensión instrumental, que la convierte en la herramienta de defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

El territorio, a su turno, es un concepto cultural, que difiere del concepto de tierra como bien inmueble, sujeto a las leyes del mercado y la libre disposición de los particulares. El territorio es el ámbito donde se cohesiona y desarrolla la cultura; donde se consolida la autonomía, en el que se inscribe el derecho propio, y el espacio en el que la relación de los pueblos originarios con la naturaleza, defendida por esta Corte y el Derecho internacional de los derechos humanos se materializa.

Así las cosas, la Sala mantendrá presentes dos criterios orientadores: es imprescindible, para la solución de un problema relacionado con los derechos de los pueblos indígenas, mantener una visión integral de sus derechos; pero es necesario, también, no perder de vista la autonomía conceptual que cada uno de ellos posee. Por ello, aunque el cargo central propuesto en esta oportunidad tiene que ver con los atributos constitucionales de los territorios colectivos, la Sala tomará en consideración el derecho a la consulta previa, y la jurisprudencia relacionada en casos similares, para alcanzar una respuesta constitucionalmente adecuada.

En lo que tiene que ver con la facultad de los pueblos para actuar como autoridades ambientales dentro de su ámbito territorial, la Corte estima que ninguna de las normas demandadas se opone, impide o prohíbe el ejercicio de esas funciones, directamente establecidas en el artículo 330 de la Carta Política. Un problema distinto es que en el ejercicio de esas funciones puedan surgir conflictos entre las decisiones de las comunidades y las que otras autoridades ambientales deben ejercer, de forma concurrente, supuesto

hipotético que deberá resolverse en cada caso, bajo los estándares de la Constitución Política y esta Corporación²⁵².

- Las normas demandadas no desconocen, en abstracto, la autonomía de las comunidades indígenas para actuar como autoridades ambientales dentro de su ámbito territorial.

La Corte comienza por indicar que, tal como lo mencionan los accionantes, el artículo 330 de la Carta Política ha conferido 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 2003²⁵³ resaltó que tienen también deberes hacia el desarrollo sostenible y el uso responsable de sus recursos.

Obviamente, se trata de supuestos correlativos, que no pueden ser desconocidos por las demás autoridades públicas, y que deben llevar a espacios de concertación con las entidades territoriales y las corporaciones autónomas, para que los problemas ambientales y especialmente la percepción de los pueblos indígenas (usualmente armónica con la conservación y preservación del ambiente sano) sea tomada en cuenta, con efectos reales, por parte de las autoridades públicas.

Sin embargo, las normas cuestionadas no impiden el ejercicio de este derecho-deber. Se refieren exclusivamente a la posible concesión de títulos en territorios indígenas, y al derecho de prelación de los pueblos, en caso de que estén interesados en la exploración y explotación de minerales. Pero, de ninguna manera, se oponen a las facultades del artículo 330 Superior. Si esta contradicción se llega a presentar en un caso concreto, es un asunto que la Corporación no puede prever, ni menos decidir, en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad.

En lo que atañe a la integridad de los territorios y el respeto al derecho de los pueblos a su uso y goce, la Corte encuentra que se presenta una discusión relevante en la que, de una parte, puede pensarse que el problema se resuelve a partir de una interpretación adecuada de las normas y la jurisprudencia relevante sobre los derechos a la consulta previa y la propiedad colectiva de las tierras y territorios; y, de otra, es posible, en criterio de algunos intervinientes, concluir que esta norma impone inexorablemente a los pueblos indígenas la carga de aceptar cualquier tipo de minería dentro de sus territorios.

Necesidad de una decisión condicionada, en relación con los artículos 124 y 133 del Código de Minas.

²⁵² Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2012 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

²⁵³ MP. Álvaro Tafur Galvis.

Sin lugar a dudas, el principal referente para la solución del caso concreto es la sentencia C-395 de 2012,²⁵⁴ en la que se explicó que siempre que la extracción minera implique una afectación directa para los pueblos indígenas deberá ser consultada y, en los eventos previstos por la Corte, sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de los pueblos interesados. En esa sentencia, refiriéndose al artículo 122 del Código, se sostuvo:

“En este orden de ideas, las normas demandadas de la Ley 685 de 2001 (artículos 11 parcial, 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 parcial y 131) y 99 de 1993 (artículo 76) se entienden exequibles en la medida en que sus regulaciones se apliquen en concordancia con la jurisprudencia vigente respecto de la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, en particular a la consulta previa y a la obtención de su consentimiento libre, previo e informado, siempre que se desarrollen procesos de exploración y explotación minera en sus territorios”.

Es decir, las normas son constitucionales únicamente si en su interpretación y aplicación se aplica el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, en los supuestos en que este es obligatorio”.

Así las cosas, la primera consideración relevante para el estudio de constitucionalidad propuesto es que la Corte Constitucional ha sostenido que una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico no permite llegar a la conclusión de que pueden establecerse zonas mineras indígenas o negras, ni trabajos de exploración y de explotación minera, sin adelantar la consulta con las comunidades étnicas correspondientes. Sin embargo, es posible observar que, en concepto de las autoridades públicas, incluido el Ministerio Público, ello no es así.

En ese orden de ideas, la Sala considera que, en efecto, la respuesta al problema jurídico se encuentra en la interpretación sistemática del ordenamiento. Pero, contrario a lo afirmado en la sentencia C-395 de 2012,²⁵⁵ concluye que esta afirmación no es suficiente para excluir una interpretación en la que este derecho pueda verse en riesgo, como la que plantea el Jefe del Ministerio Público en torno al artículo 124 Superior.

Lo primero que debe señalarse es que, desde el punto de vista jurídico, los resguardos, tierras y territorios de los pueblos indígenas y de las comunidades negras no pueden ser objeto de expropiación. El despojo de sus territorios, el

²⁵⁴ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

²⁵⁵ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

desplazamiento forzado, las fuerzas de la naturaleza o la tardanza e ineficacia del Estado en la defensa de estos, puede llevar a que las comunidades indígenas no los ocupen, pero ello constituye en sí mismo, una violación de sus derechos. En tal sentido, tiene razón el Procurador General de la Nación cuando señala que ninguna de las normas cuestionadas prevé medidas que puedan enfrentarse a los atributos del artículo 63 de la Carta Política.

Sin embargo, como lo señalan los accionantes y algunos participantes dentro de este trámite, la minería sí puede atentar directamente y en ocasiones intensamente en el ejercicio de los atributos de la propiedad. Tanto la posibilidad de uso y aprovechamiento del territorio y sus recursos, como aquellas asociadas a la propiedad colectiva: el ejercicio de la autonomía, el desenvolvimiento de la cultura y la subsistencia de las comunidades étnicamente diferenciadas.

La Corte Constitucional ya ha advertido que todas las normas relacionadas con zonas mineras de los pueblos indígenas deben ser integradas, en términos normativos, con los mandatos constitucionales que defienden los derechos de los pueblos indígenas, normas de jerarquía constitucional y directamente aplicables en todos los asuntos que involucren sus intereses²⁵⁶. Sin lugar a dudas, las normas que van del artículo 122 al 128 del Código de Minas son normas que les conciernen y, en consecuencia, su aplicación debe garantizar el derecho a la consulta previa, como lo ha explicado la Corte en sentencias C-891 de 2002,²⁵⁷ C-366 de 2011²⁵⁸ y C-395 de 2012²⁵⁹.

Al efectuar el estudio acerca de la viabilidad de la integración normativa, la Sala explicó que las consideraciones recién expuestas son predicables también de las normas que protegen los derechos de las comunidades afrodescendientes que, en Colombia, se consideran también titulares del Convenio 169 y de las normas constitucionales que protegen la diversidad cultural, el pluralismo y el estado multicultural e intercultural.

Esta afirmación, reiterada en la jurisprudencia constitucional, se extiende también a los demás derechos de los pueblos indígenas y las comunidades negras, especialmente, la propiedad colectiva de sus territorios, su autonomía, subsistencia e identidad cultural. Cualquier interpretación que suponga una afectación de estos derechos, o aplicación que los desconozca abiertamente, es inadmisibles desde el punto de vista de la Constitución Política de 1991.

²⁵⁶ Especialmente, ver sentencias C-891 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería), C-366 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, C-395 de 2012 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

²⁵⁷ MP. Jaime Araujo Rentería.

²⁵⁸ MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa.

²⁵⁹ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

Entre los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes existe una indudable interdependencia. La afectación intensa de sus territorios, atenta directamente contra sus culturas y subsistencia. Y la consulta, en tanto derecho fundamental de participación y autodeterminación, y herramienta de defensa de los demás derechos, debe ser entendida en los términos establecidos por la Corte Constitucional.

Esos términos incluyen diversas *subreglas* o estándares de aplicación relevantes en este contexto. Primero, como explicó la Corte en la sentencia SU-039 de 1997, la consulta debe ser efectiva y la decisión estatal en caso de no llegar a un acuerdo debe estar desprovista de arbitrariedad, ser razonable y proporcionada, además debe proveer medidas que eviten, mitiguen, compensen o indemnicen los daños, o las consecuencias adversas que haya denunciado la comunidad concernida. En igual dirección, la Corte ha establecido que, si bien no existe derecho a veto por parte de las comunidades, tampoco puede haber una imposición estatal, precisamente a raíz de las *subreglas* anteriores (T-376 de 2012, T-197 de 2016).

Ahora bien, la proporcionalidad y razonabilidad que la jurisprudencia exige a las medidas estatales constituyen principios esenciales del concepto mismo de constitucionalismo; ninguna medida estatal es válida si no cumple con tales criterios, evaluados siempre en relación con los principios superiores de la Constitución Política.

Por ese motivo, la Corte Constitucional ha establecido a propósito de los derechos de los Pueblos Indígenas han explicado que las *subreglas* de la consulta previa y el consentimiento libre previo e informado deben entenderse en el marco del principio de proporcionalidad y, hoy agrega, ello supone también el de razonabilidad de las medidas.

En el marco de esas premisas, la Corporación ha explicado que la consulta previa es un derecho complejo. Implica la existencia de espacios de participación de los pueblos étnicamente diferenciados, por lo menos de igual eficacia que los que tienen otros grupos poblaciones en relación con las medidas que los podrían afectar, incluso de forma indirecta. Además, es la regla general para toda medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas; y el consentimiento previo, libre e informado, es imprescindible para adelantar medidas que afecten directa e intensamente a los pueblos originarios o étnicamente diferenciados.

Sin embargo, parece persistir aún cierta confusión en torno a la *subregla* según la cual no existe derecho a veto por parte de las comunidades, y aquella que exige el consentimiento de las decisiones que los afectan directa e intensamente. Parece ser que la primera prohíbe lo que la segunda exige.

Es importante despejar con toda claridad esta confusión, con base en la jurisprudencia que la Corte ha vertido en un conjunto de decisiones recientes, reiteradas en la parte motiva de esta providencia. La subregla que excluye el *veto* opera en los casos generales de consulta previa; pero va acompañada de la ausencia de arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad en las medidas estatales. Sin embargo, en los supuestos especiales y excepcionales en que los órdenes jurídicos internacional e interno exigen el consentimiento, una medida no puede adelantarse sin el acuerdo con las comunidades.

Resulta oportuno recordar también que la *subregla* sobre la improcedencia del veto tiene su origen en Guías de aplicación del Convenio 169, es decir, en documentos que no tienen siquiera el alcance de decisiones, recomendaciones, informes, o principios de expertos de los órganos de control de los derechos, sino que pretendían ser una orientación inicial para comprender las normas del Convenio. El consentimiento previo, libre e informado hace parte, en cambio, del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte IDH y de este Tribunal.

La expresión “veto” genera la impresión de una barrera arbitraria, que no requiere razones para imponerse frente a otros punto de vista y vías de acción y, por lo tanto, no parece responder adecuadamente al sentido que inspira la consulta, concebida como un diálogo de buena fe, entre iguales, y destinado a alcanzar acuerdos que tomen en consideración los impactos ambientales, sociales y económicos de una medida, en un intento de conciliar concepciones de desarrollo diversas.

El *consentimiento*, en cambio, denota un resultado basado en el respeto por los derechos de los pueblos indígenas y su comprensión de los mismos, cuando el Estado, orientado por los principios de buena fe, igualdad de respeto por todas las culturas y concepciones del mundo, pone en conocimiento de un pueblo originario, de forma transparente, los alcances de una medida determinada, para que este pueda evaluar, de forma autónoma y serena, las implicaciones que tendrá sobre su forma de vida y, entonces, tome una decisión acerca de si considera viable la medida.

Pero, si bien la consulta es el instrumento esencial de protección de los demás derechos de los pueblos indígenas, y en virtud del principio de interdependencia o integralidad de los derechos, un elemento esencial para la vigencia de la autonomía y la protección de las tierras y territorios, también es cierto que cada derecho guarda cierta autonomía conceptual y debe ser respetado de manera autónoma.

La implementación de una medida que afecta directa e intensamente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (y, en el ámbito objeto de estudio el territorio colectivo) es inadmisibles sin su consentimiento, no por la

discusión hoy en día obsoleta en torno a la existencia o no de un derecho al veto, sino porque es abiertamente irrazonable y desproporcionada.

Vale la pena señalar, además, que si se trata de medidas capaces de desintegrar los pueblos indígenas o amenazar (aún más) su supervivencia cultural y física, no hace falta entrar en el ámbito de la consulta previa, pues los deberes de respeto, garantía y protección de los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados las prohíben de forma directa y perentoria.

Así las cosas, la Corte concluye que los artículos 124 y 133 del Código de Minas, que hacen referencia al derecho de prelación de los pueblos indígenas y las comunidades negras, respectivamente, en el ámbito de la entrega de títulos mineros, resultan inconstitucionales si se interpreta que, una vez agotada la oportunidad, las comunidades se ven privadas de la posibilidad de tomar decisiones en torno al territorio colectivo, en el ámbito de la minería.

Por ello, estas normas, como ya lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencias C-418 de 2002,²⁶⁰ C-891 de 2002²⁶¹ y C-395 de 2012²⁶² son constitucionalmente admisibles sólo si se tiene en cuenta que las comunidades étnicas deben ser consultadas siempre que una medida las afecte directamente, en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional, especialmente, en las sentencias T-129 de 2011,²⁶³ T-1045 A de 2010²⁶⁴ y T-769 de 2009²⁶⁵, entre muchas otras relacionadas con el tema minero. Y si, de acuerdo con lo expuesto, en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.

-. Tal como se indicó en la primera parte de esta providencia, la Sala estima que esta respuesta ya se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano, a raíz de la jurisprudencia ampliamente reiterada. Pero tanto la demanda, como el conjunto de intervenciones incorporadas al trámite, dan cuenta de la existencia de una opinión generalizada distinta. La Sala aclara que, en este caso, no se trata de la existencia de derecho viviente, es decir, de un conjunto de decisiones adoptadas por los jueces en el marco de sus competencias, que terminan por hacer dominante una interpretación determinada. Lo que se evidencia, en cambio, es ausencia de claridad entre los operadores jurídicos en torno a los principios constitucionales mencionados.

²⁶⁰ MP. Álvaro Tafur Galvis.

²⁶¹ MP. Jaime Araujo Rentería.

²⁶² MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla.

²⁶³ MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶⁴ MP Nilson Pinilla Pinilla. AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁶⁵ MP. Nilson Pinilla Pinilla.

-. Por lo tanto, la Sala declarará exequibles los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas, bajo el entendido de que es constitucionalmente admisible sólo si se tiene en cuenta que las comunidades étnicas deben ser consultadas con relación a los proyectos de minería susceptible de afectarlas directamente (C-371 de 2014,²⁶⁶ T-129 de 2011,²⁶⁷ T-769 de 2009,²⁶⁸ entre muchas otras). Y si, de acuerdo con lo expuesto, en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

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.

²⁶⁶ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶⁷ MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶⁸ MP. Nilson Pinilla Pinilla.

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*”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado
Ausente

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento parcial voto
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General