

Sentencia C-366/11

REFORMA AL CODIGO DE MINAS-Inexequible por exigencia de la realización de una consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes

REFORMA AL CODIGO DE MINAS-Efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A LAS COMUNIDADES ETNICAS-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A LAS COMUNIDADES ETNICAS-Fundamentación

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A LAS COMUNIDADES ETNICAS-Doctrina constitucional/CONSULTA PREVIA-Instrumento de mayor impacto en la jurisprudencia constitucional

COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-El derecho a la participación en la deliberación democrática cobra un significado distinto y reforzado

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD-Elemento central del Estado Social/PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD-No debe implicar homogeneidad, entendiéndose por ésta una aplicación de derechos humanos fundados en principios y contenidos idénticos para grupos poblacionales diversos/PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD-Debe concretar el principio de dignidad humana, reconociendo la posibilidad de aplicaciones diversas como en el caso de los indígenas/CULTURA INDIGENA-Implica expresiones culturales, religiosas, políticas y organizativas diferentes a las de la cultura mayoritaria

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Se manifiesta en posibilidades de expresión, manteniendo profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio

MANIFESTACIONES DE LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Deben tener un espacio garantizado que resulte armónico con los demás elementos integrantes del sistema constitucional que son igualmente fundamentales/DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Aunque implique apertura y pluralidad, no debe entenderse como la base legitimadora de un relativismo jurídico que niegue sentido a los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-Contenido y alcance

PARTICIPACION DEMOCRATICA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Modalidades/COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Derechos y prerrogativas

De las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La primera, de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende

inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad. Dentro de esas medidas se encuentra la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas. Así lo ha previsto la Corte en la sentencia C-030/08, ya citada, que sobre el particular indicó: “Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes ; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales , que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales. Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas”. El segundo ámbito de participación es el relativo la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que en estos eventos debe surtirse un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada. Sobre el particular, ha señalado la Corte que

“En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen”.

MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS SUSCEPTIBLES DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA-Identificación

La identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto.

Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas.

Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

CONSULTA PREVIA-Condiciones y etapas

CONSULTA PREVIA-Consecuencias por incumplimiento del procedimiento

REFORMA AL CODIGO DE MINAS-Contenido y alcance

PROTECCION DE LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LAS COMUNIDADES DIFERENCIAS Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS MINEROS EN LOS TERRITORIOS QUE OCUPAN-

Relación

APROVECHAMIENTO MINERO DE LOS RECURSOS QUE SE ENCUENTRAN EN LOS TERRITORIOS INDIGENAS-Asunto que afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes

EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES MINEROS EN TERRITORIOS DE LAS COMUNIDADES ETNICAS Y PROTECCION DIFERENCIADA DE LAS MISMAS-Jurisprudencia constitucional

ANUNCIO PREVIO EN MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS CON EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS EN QUE SE UBICAN LAS COMUNIDADES DIFERENCIADAS-Importancia

CODIGO DE MINAS-Ámbito de regulación

OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Tipos de formulas de decisión previstas por la Corte Constitucional

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-No toda medida legislativa que concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Casos en que procede la exequibilidad condicionada

REFORMA AL CODIGO DE MINAS-No resulta válida una fórmula de condicionamiento en el sentido que su exequibilidad dependa de la exclusión en su aplicación a las comunidades indígenas y afrodescendientes

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Facultad de modulación de efectos temporales

PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DIFERIDA-Reglas

La jurisprudencia de esta Corporación ha fijado reglas definidas acerca de la procedencia de la declaratoria de inconstitucionalidad diferida de normas inexecutable. Estas reglas pueden sintetizarse del modo siguiente: La Corte Constitucional se encuentra habilitada para diferir los efectos de inconstitucionalidad, al menos por dos tipos de razones. En primer lugar, porque la Carta Política le ha conferido a este Tribunal la función de servir de guardián de la integridad y supremacía de la Constitución y, para ello, decidir las demandas de inconstitucionalidad que los ciudadanos formulen contra las leyes (Art. 241-4 C.P.) Esta función, así comprendida, hace que la Corte no esté atada a adoptar una decisión que excluya o mantenga, con efectos ex nunc, la normatividad acusada, sino que está válidamente investida de la facultad de diferir la inconstitucionalidad hasta que el Congreso profiera una normativa compatible con la Carta, o prever una sentencia integradora que solvete la laguna jurídica derivada del fallo de inexecutable. Esto con el fin de evitar un vacío normativo que lleve a consecuencias constitucionalmente inadmisibles, lo que significaría a su vez, desconocer el mandato superior de guarda de la supremacía e integridad de la Carta. En términos de la jurisprudencia aquí reiterada “[e]n tales circunstancias, ¿es razonable que el juez constitucional declare la inexecutable inmediata de la ley revisada, a pesar de que esa decisión genera una situación todavía más

inconstitucional? Obviamente que no, pues la Corte, en vez de proteger la integridad de la Constitución, estaría atentando contra ella, puesto que su decisión de retirar la ley acusada del ordenamiento estaría provocando una situación constitucionalmente mas grave. Pero, para evitar esas consecuencias traumáticas de una decisión de inexecutableidad, tampoco puede la Corte declarar la constitucionalidad de una ley que adolece de vicios de inconstitucionalidad. En tales circunstancias ¿qué puede hacer un juez constitucional cuando constata que una regulación es inconstitucional, pero que no es posible retirarla del ordenamiento, por cuanto la decisión de inexecutableidad genera un vacío legal, que es constitucionalmente más grave? Tal y como lo ha mostrado esta Corte en varias sentencias , es precisamente en tales eventos que se justifica que el juez constitucional recurra a una inconstitucionalidad diferida, o constitucionalidad temporal, pues por medio de ellas, la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma acusada, pero confiere un plazo prudencial para que el Legislador corrija el vacío legal, y de esa manera se eviten los efectos traumáticos que tendría una decisión de inexecutableidad inmediata, para la realización misma de los valores constitucionales."En segundo término, en las circunstancias analizadas la adopción de un fallo de inconstitucionalidad diferida resulta la fórmula que mejor compatibiliza la función del Tribunal Constitucional con la democracia representativa que ejerce el Congreso. En efecto, la simple decisión de exclusión a futuro de la normativa correspondiente, impide que el legislador, a través de mecanismos deliberativos y con el respeto de los derechos de las minorías políticas, adopte una regulación que (i) fije reglas de derecho para la materia correspondiente; y (ii) resulte compatible con la Constitución. En contrario, la inexecutableidad diferida, sin bien constituye un sacrificio temporal en términos de vigencia del principio de supremacía constitucional, en cualquier caso impide tanto la existencia de lagunas normativas que vulneran la Carta, como el vaciamiento de la competencia legislativa para regular la mencionada materia. Este mismo precedente ha previsto los requisitos particulares para la procedencia del fallo de inconstitucionalidad diferida. Así, se ha previsto que la Corte puede acudir válidamente a esta opción cuando (i) justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca claramente en el expediente que la declaración de inexecutableidad inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) explique por qué es más adecuado recurrir a una inexecutableidad diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento; y (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.

CONSTITUCION ECOLOGICA-Jurisprudencia constitucional/PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-Carácter transversal e imperativo en el régimen constitucional

Referencia.: expediente D-8250

Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil once (2011).

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

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez, instauraron demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”, en su integridad.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

En razón de su extensión, la norma demandada, publicada en el Diario Oficial 47.618 del 9 de febrero de 2010, se transcribe en el Anexo que hace parte de esta sentencia.

III. LA DEMANDA

A juicio de los demandantes, la Ley 1382 de 2010, en su integridad, es inexecutable comoquiera que viola los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que consideran hace parte del bloque de constitucionalidad. Lo anterior, porque no fue consultada a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de la radicación del proyecto de ley por parte del Ministerio de Minas y Energías, ni durante su trámite en el Congreso.

Para fundamentar su demanda, en primer lugar, los actores hacen una exposición de la jurisprudencia de esta Corporación y de los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento jurídico interno que desarrollan el derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Sobre este punto, concluyen que el Estado colombiano tiene la obligación de “impulsar la participación de las minorías étnicas en las decisiones que las afectan, en reconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa.”

En segundo lugar, afirman que la Ley 1382 de 2010 “afecta gravemente los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes que se encuentran ubicados en zonas susceptibles de explotación minera,” razón por la cual debió consultarse su contenido a esas comunidades. Al respecto, explican que dicha ley hace parte del “proyecto de expansión minera” que “consiste en el conjunto de políticas públicas de contenido legal, económico y político, con las cuales el Estado ha buscado industrializar la actividad minera mediante la protección y promoción de la inversión privada, nacional y extranjera, en la

explotación de los recursos mineros en Colombia.”

En tercer lugar, sostienen que el proyecto de expansión minera referido vulnera los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes porque:

2.1. Conlleva la afectación de su derecho a la tierra y el territorio, en tanto “la prospección y extracción de recursos mineros implica en todos sus casos la alteración del territorio”. Específicamente, señalan que la Constitución, así como la jurisprudencia de este Tribunal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisan que los gobiernos tienen el deber de respetar la estrecha relación cultural e histórica que existe entre los pueblos tribales y su territorio.

2.2. Lesiona sus derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales, particularmente el derecho a la vida, a la diversidad étnica y cultural, a la salud y al medio ambiente sano, al trabajo y a la vivienda digna. Esto, habida cuenta que la puesta en marcha de proyectos mineros trae consigo la conformación de grupos de vigilancia privados que “representan un mecanismo de coacción mediante el cual, por medio de la intimidación, se busca el sometimiento de las comunidades al proyecto [minero], y con ello transformar hábitos y costumbres con los cuales han persistido desde siempre.” Además, porque la afectación del suelo por medio de la extracción de minerales, por tratarse éste de un factor de identidad para esas comunidades, “quebranta el orden social, religioso, político y consuetudinario, haciendo irremediable su disgregación como pueblo o comunidad.”

De otro lado, indican que la actividad minera tiene la “potencialidad de provocar graves afectaciones a la salud de pobladores(as) y comunero(as) que se encuentran asentados en las zonas de expansión”, pues requiere de la utilización de infraestructura pesada y materiales tóxicos que causan la contaminación de las fuentes hídricas y la erosión del bosque nativo.

En relación con el derecho al trabajo, afirman que la ejecución de la empresa minera está dada, por lo general, en condiciones que menoscaban las garantías laborales, situación que se refleja en que “las grandes transnacionales acreedoras de títulos mineros encuentran en la capacitación de mano de obra indígena y afrodescendiente (quienes ante la ausencia de alternativas laborales se emplean en las minas) una forma de disminuir los costos de su nómina a través de la ejecución de contratos no laborales.”

Por último, porque la afectación del suelo y el territorio como resultado del proyecto de expansión minera, genera el desplazamiento forzado de las comunidades tribales y, por tanto, la vulneración de su derecho a la vivienda digna.

2.3. Involucra a la población indígena y afrodescendiente en el conflicto armado que se suscita por la militarización de las zonas de extracción y explotación minera. En este sentido, afirman que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la población ancestral que habita esas zonas se encuentra más expuesta a la coacción de los grupos armados y, por ende, al desplazamiento forzado y a la estigmatización, al punto que “se les impone a los pueblos indígenas y a las comunidades afrodescendientes el rótulo de guerrilleros o auxiliares de la guerrilla para poder así adelantar hostigamientos armados en su contra.”

En virtud de los argumentos expuestos, los demandantes concluyen: “al ser la reforma al código de minas una de aquellas normas que prevé medidas de carácter general las cuales tienen un grado de afectación directa y específica en pueblos y comunidades afrodescendientes, debió haberse hecho efectivo el derecho a la consulta previa en las condiciones planteadas en esta demanda, su omisión vicia de inconstitucionalidad la ley.”

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía, mediante escrito presentado por apoderado especial, intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte que se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su defecto, declare la exequibilidad de la Ley 1382 de 2010.

En relación con lo segundo, el Ministerio trae a colación decisiones de la Corte sobre el derecho de consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes, con el fin de concluir que solo son susceptibles de ese procedimiento las medidas legislativas que afecten directamente a dichos grupos. A partir de esta conclusión, expone que la Ley 1382/10 no estaba obligada a ser consultada, puesto que carecía de esa incidencia directa. Sobre el particular, indica que “... los temas que hacen parte de la Ley 1382 de 2010 y que fueron motivo de estudio en el Congreso, afectan a la sociedad en general y no específicamente a las comunidades indígenas, tribales y comunidades afrodescendientes. Basta también ver los artículos de la norma para determinar que la reforma afecta a la comunidad general y no específicamente a dichas comunidades. || La reforma no modifica ni introduce normas que afecten de manera directa pueblos indígenas ni afrodescendientes, no regula ni se refiere a su identidad cultural, a su organización social o económica ni a sus propias instituciones o creencias, ni a los derechos de los pueblos indígenas, a su territorio ni a su relación con él, no regula la titularidad ni la posesión de territorios colectivos, no tiene como objeto su cosmovisión, ni su identidad como pueblo o comunidad étnica, ni está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, debe forzosamente transmitirse o mejor mantenerse su constitucionalidad.”

2. Ministerio del Interior y de Justicia

Mediante escrito presentado ante esta Corporación por intermedio de apoderada judicial, el Ministerio del Interior y de Justicia solicita declarar la exequibilidad de la ley demandada. Para ello, el interviniente parte de advertir que la acusación de los actores resulta desvirtuada por el hecho que la misma norma demandada prevé herramientas que evitan que afecten los derechos e intereses de las comunidades tradicionales. El artículo 28 de la Ley 1382/10 prevé que las disposiciones de esa normatividad “... no modifican ni derogan las garantías y derechos consagrados en la Ley 70 de 1993 y en el Código de Minas a favor de los grupos étnicos (comunidades negras e indígenas) y de sus zonas mineras.” Esta previsión permite concluir que los asuntos mineros que impliquen afectación de las comunidades tradicionales están excluidos de la aplicación de la ley acusada. Por ende, no puede hablarse de una afectación directa para las mismas, requisito que la jurisprudencia

constitucional ha previsto como necesario para predicar el deber de llevar a cabo la consulta previa de la medida legislativa.

Para sustentar esta posición, el interviniente resalta que "... la Ley 1382 de 2010 no contiene regulaciones específicas en materia de la minería que afecten en forma directa a las comunidades indígenas y/o afrodescendientes, pues no tiene por objeto regular la conformación de sus entidades territoriales ni la forma de ejercer la minería en sus territorios; si bien existe la explotación minera por parte de comunidades indígenas y afrodescendientes, no es de la esencia de tales comunidades el ejercicio de la minería; es decir, no es un elemento definitorio de su identidad. Además, aunque en su condición de mineros pueden verse afectadas estas comunidades por regulaciones como las contempladas en la ley acusada, la misma ley los excluye de tales regulaciones, quedando orientadas solamente a la población minera no indígena o afrodescendiente, como quedó planteado en apartes anteriores."

3. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, intervino en el presente proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y defender la exequibilidad de la Ley acusada, para lo cual expone los argumentos siguientes:

3.1. La Ley 1382/10 no plantea una regulación integral sobre el tema minero, sino que se restringe a realizar modificaciones puntuales al Código de Minas vigente. Por ende, no es aplicable a la jurisprudencia constitucional que ha reconocido que la consulta previa es aplicable respecto de aquellas regulaciones integrales que afecten directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes. Además, los demandantes no demostraron cómo esas normas particulares y específicas provocaban tal afectación.

3.2. A partir del análisis de las distintas etapas del trámite legislativo, el Ministerio busca demostrar que el objetivo general del proyecto fue lograr reglas que conciliaran la actividad minera con la protección y conservación del medio ambiente. Estas finalidades no pueden considerarse como una afectación directa a las comunidades tradicionales. Antes bien, "... con las modificaciones que se introdujeron al Código de Minas con la Ley 1382 de 2010, se obtuvieron grandes logros ambientales que redundan en la mejoría de la gobernabilidad de las autoridades ambientales y en la protección del ambiente cuyo sentido holístico no se circunscribe a los temas físicos y bióticos sino incluye también a las comunidades asentadas en las áreas del territorio nacional en donde se pretenda desarrollar la actividad minera. Lo cual obviamente incluye a las comunidades indígenas."

3.3. Indica que la norma presenta evidentes beneficios en materia de protección del medio ambiente, puesto que establece reglas particulares en materia de (i) exclusión de la actividad minera de las zonas de páramo y las denominadas áreas Ramsar¹; y (ii) la misma exclusión para otras zonas áreas naturales protegidas de carácter público. En ese orden de ideas, se trata de una regulación beneficiosa para la sociedad y que en ningún modo interfiere en los asuntos propios de las comunidades tradicionales. Sobre el particular, el interviniente indica que "... todo el articulado de la Ley no se refiere en manera alguna a los artículos relacionados con los derechos de las comunidades indígenas que están contemplados en los artículos 121 a 136 del capítulo XIV Grupos Étnicos, del Título Tercero Regímenes Especiales,

de la Ley 685 de 2001, es decir, estos derechos establecidos no se modificaron.”

4. Universidad del Rosario

Por encargo del decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, la profesora Gloria Amparo Rodríguez, directora de la Especialización y de la línea en investigación en Derecho Ambiental, presenta los siguientes argumentos para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010.

La intervención ofrece una profunda exposición acerca del contenido y alcance del derecho a la consulta previa, en el marco del reconocimiento de la vigencia de la diversidad étnica y cultural prevista en la Constitución Política. A partir de ese marco y de la recopilación de las reglas específicas que la jurisprudencia nacional y extranjera prevé sobre la materia, la interviniente sostiene que las modificaciones introducidas al Código de Minas por la Ley 1382/10 debieron ser consultadas, en tanto son una decisión legislativa que afecta a las comunidades y por los posibles impactos que generan estas actividades. Esta afectación se demuestra en consideración de la significativa incidencia que los proyectos de explotación minera tienen en el goce de los derechos a la identidad cultural, el territorio, la participación efectiva y la información, de los que son titulares las comunidades diferenciadas.

En cuanto a la índole de la reforma legal, indica que a partir de los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional, “[s]e deben consultar también las normas o leyes que de manera particular afectan a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, cuando además se establecen políticas generales, definiciones, pautas y criterios que puedan perturbar las áreas en las que se encuentran estas comunidades o que puedan repercutir en sus formas de vida y esto es evidente en proyectos mineros. Cualquier norma que puede incidir en estas comunidades debe consultarse previamente para evitar las afectaciones”.

En relación con la afectación concreta antes mencionada, la Universidad insiste en que la consulta previa de la norma demandada debió realizarse, pues “... las actividades mineras generan impactos tanto en la etapa de exploración como de explotación pero si bien es cierto, en la primera no se requiere licencia ambiental, si se deben obtener los permisos o autorizaciones a que haya lugar en caso de que se vaya a hacer uso de recursos naturales renovables.” Para sustentar esta posición, la interviniente indica que “[e]ntre los diferentes impactos ambientales de la actividad minera, según el informe del Estado de los Recursos Naturales de la Contraloría General de la República, predominan la alteración de los recursos de agua, aire, suelo, paisaje, flora y fauna, así como las expectativas generadas en las comunidades en las zonas de influencia donde se llevan a cabo las actividades de explotación minera. Se presenta también la remoción de masa importante de cobertura vegetal y de suelo que generan procesos erosivos con el subsiguiente aumento de la sedimentación en los cuerpos de agua y, por ende, cambios en la calidad físicoquímica de los mismos. Según el IDEAM, los suelos presentan una oferta de bienes y servicios y una función ecosistemática, como soporte, como fuente de nutrientes para la biota, como regulador en el ciclo del agua y ciclo biogeoquímico, como productor de fibras y alimentos y como filtro o depurador de contaminantes entre muchas otras funciones, que se pueden ver afectadas por el desarrollo de actividades mineras (...). A esto debe unirse adicionalmente el impacto grave que se da en materia paisajística. || Otro de los impactos de esta actividad es la afectación

de la dinámica de las aguas superficiales y subterráneas en las áreas de instalación de los desarrollos mineros. Igualmente, se genera la emisión de material particulado, gases, ruidos y la generación de estériles y escombros.”

Sobre el mismo particular agrega, para el caso particular de las afectaciones propias de la fase de explotación minera, “... se puede presentar la contaminación del suelo, el hundimiento del terreno y el movimiento del macizo rocoso. En los procesos de beneficio y transportación, se genera la emisión de material particulado. En conclusión, señala la Contraloría General de la República, la minería tiene como consecuencia la afectación a la fauna y flora de las áreas objeto de los desarrollos mineros, los cambios en el suelo, la modificación del paisaje y el incremento en el uso de recursos naturales, así mismo, se da la afectación del tejido social y el patrimonio cultural.”

A partir de estas consideraciones, la Universidad concluye que en tanto existe evidencia que el proyecto de ley que dio lugar a la norma acusada no fue objeto de consulta, conforme a las reglas aplicables, este deviene inexecutable.

5. Universidad Nacional de Colombia

La Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, mediante escrito presentado por el profesor Gregorio Mesa Cuadros, director del Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales - GIDCA, intervino en el presente trámite a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la norma demandada. Con este fin, presenta los siguientes argumentos:

5.1. Uno de los ámbitos en donde se expresa con mayor especificidad la obligación de efectuar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes es respecto de la explotación de recursos naturales en general y el aprovechamiento minero en particular. Esto debido a que merced de la especial relación entre la identidad de esas comunidades y la tierra, es imperativa su participación en dichos proyectos de explotación. Al respecto, los intervinientes sostienen que “[l]a explotación de los recursos ubicados en territorios tradicionalmente habitados por las comunidades étnicas merecen una protección especial por parte del Estado Social de Derecho colombiano, por cuanto estos pueblos tienen el derecho a la libre determinación, en virtud del cual, pueden determinar libremente su desarrollo político, económico, social, religioso y cultural; y es por ello que el Estado colombiano tiene el deber de respetar los usos y las costumbres tradicionales de los pueblos indígenas y negros reconociendo tales formas normativas como una legítima fuente de derechos. || Los pueblos indígenas tiene el derecho inalienable a sus tierras tradicionales y al uso de los recursos naturales bajo su consentimiento libre y fundamentado, más aún, si se tiene en cuenta que el conocimiento tradicional de estos pueblos merece una especial y específica protección por parte del Estado, al ser, el conocimiento tradicional indígena los saberes generados o adquiridos por los ocupantes ancestrales de un territorio étnico, transmitidos de generación en generación, es la base de sus formas de vida, instituciones, espiritualidad y cosmovisión”. Esta posición es avalada por la Declaración de los Pueblos Indígenas, la cual adscribe a la tierra no la condición de bien objeto de derechos de propiedad, sino la de elemento central para la definición de la identidad, en tanto Madre Tierra.

5.2. De especial connotación de la tierra para las comunidades tradicionales se explica que las medidas legislativas que regulen la explotación minera deban ser consultadas. Esto en el entendido que la participación de esas comunidades en los proyectos de aprovechamiento de recursos naturales es crucial para preservar la identidad de las mismas y, en ese sentido, su subsistencia como grupos culturalmente diversos.

5.3. La Universidad pone de presente investigaciones académicas que demuestran el papel central que cumplen las comunidades indígenas y afrodescendientes en la conservación del medio ambiente, en especial de bosques y ecosistemas frágiles. Por ende, la función preventiva que esas comunidades cumplen respecto del daño ambiental, comprueba la necesidad de consultar las medidas legislativas que inciden en ese riesgo, como es la minería. Así, indica que "...[m]ientras en el derecho ordinario, el límite a los impactos ambientales se da a partir de los permisos y licencias ambientales, las comunidades étnicas en el marco de sus derechos propios (reglamentos internos, planes de vida, planes de etnodesarrollo o costumbres y usos tradicionales transmitidos oralmente entre generaciones) tiene formas autóctonas de control social a los impactos ambientales, controles que han demostrado con los siglos ser sostenibles y a la vez permitir el desarrollo de sus culturas. || La extracción tradicional y artesanal de minerales evidentemente hace parte del desarrollo histórico de algunas comunidades étnicas en Colombia, sin embargo los límites culturales a las escalas de extracción, han hecho esta actividad sostenible durante siglos, razón que la sustentó el carácter preferente que tiene la minería tradicional de una comunidad sobre la minería a gran escala de los externos a las comunidades."

6. Universidad de Ibagué

La decanatura de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué defiende la constitucionalidad de la ley en comento. Para el efecto, indica de manera similar a otros intervinientes, que las modificaciones introducidas por la Ley 1382/10 al Código de Minas no están relacionadas con asuntos que incidan directamente en las comunidades indígenas y afrodescendientes. Antes bien, estas normas tienen por objeto modernizar la actividad minera y hacerla compatible con la protección del medio ambiente. Agregan que incluso en el caso particular de la actividad minera en zonas pertenecientes a dichas comunidades, tampoco se estaría ante tal afectación, en tanto los artículos 21 y siguientes del Código se realizan previsiones expresas acerca de "... la integridad cultural de las zonas mineras indígenas, territorio y comunidad indígena la prelación de grupos indígenas (sic), las comunidades negras, zonas mineras de comunidades negras, derecho a prelación y las zonas mineras mixtas de la cual la autoridad minera promociona la asistencia técnica para adelantar proyectos y planes mineros para ser adelantados por dichas comunidades. De igual manera, en la etapa inicial de todo proyecto de índole minero - ambiental, que pueda afectar de forma directa o indirecta al pueblo indígena o a las comunidades afrodescendientes del territorio nacional, se requiere al titular o interesado minero programar las audiencias en las cuales se exponga los parámetros del proyecto y elevarla a la consulta ante los líderes o representantes de dichas comunidades, en caso contrario se rechaza y archiva el proyecto minero respectivo."

7. Academia Colombiana de Jurisprudencia

En representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el académico Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas solicita declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010 o, en su defecto, declarar la constitucionalidad condicionada en el entendido que “siempre que se pretenda firmar un contrato de concesión minera, sea requisito sine qua non, la concertación con las comunidades afectadas, sobre los temas que estos tengan a bien proponer, y que busquen siempre su favorecimiento y garantía de sus derechos fundamentales.”

Para sustentar esta conclusión, señala que la norma debió ser objeto de consulta previa, puesto que no existe duda que la regulación planteada por ella, en tanto fija diversas disposiciones sobre la actividad minera en el país, afecta directamente a las comunidades étnicas. Al respecto expresa la Academia que “[n]o solamente el territorio o la tierra se ven afectados con un proyecto minero, de la misma manera se ven afectados los derechos a la vida, pues en la zonas donde se ejecutan las explotaciones, se producen conflictos que traen como consecuencia el incremento de la violencia y por ende un posible atentado contra la vida de sus habitantes; a la salud, puesto que en la explotación de minerales se utilizan sustancias químicas tóxicas para el organismo que atentan contra la salud de los vecinos de las minas; al medio ambiente sano, porque con la minería se genera deforestación, contaminación de fuentes hídricas, entre otras y a la vivienda digna, ya que las zonas habitualmente utilizadas para sus asentamientos se ven afectadas con la explotación, generándose así un desplazamiento forzado de toda la comunidad y por ende la pérdida de su vivienda tradicional.”

8. Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC

La Organización Nacional Indígena de Colombia, a través de su Consejero Mayor, intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la Ley acusada.

Para ello, expone similares argumentos a los planteados por otros intervinientes, en el sentido que la regulación prevista en la norma acusada afecta los intereses de las comunidades étnicas, habida consideración del papel que tiene el territorio para la definición de su identidad. Por lo tanto, al no haberse realizado la consulta previa, la norma demandada es inconstitucional.

De otro lado, la Organización presente algunos otros argumentos, dirigidos a cuestionar la política minera del Estado en particular, en razón de la indebida injerencia de empresas multinacionales y la flexibilización de los requisitos para la explotación.

9. Corporación Acción Humanitaria por la Convivencia y la Paz del Nordeste Antioqueño - CAHUCOPANA

La Corporación Acción Humanitaria por la Convivencia y la Paz del Nordeste Antioqueño, por intermedio de uno de sus miembros, presenta escrito para oponerse a la exequibilidad de la Ley 1382 de 2010.

10. Comisión Internacional de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas, por conducto de una de sus miembros, presenta

amicus curiae, preparado por esa Comisión junto con el Proceso de Comunidades Negras y la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, dirigido a exponer los argumentos que a su juicio se oponen a la exequibilidad de la ley de la referencia.

En primer lugar, el informe hace una presentación del contenido y alcance del derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, a la luz de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, tanto las del sistema universal como del interamericano. En este análisis, resalta lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sobre esta última previsión, el informe destaca que provee parámetros mínimos de garantía y respeto por la autodeterminación y la identidad indígena. De la Declaración resalta el artículo 28, el cual reconoce el derecho de los pueblos indígenas a (i) las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido; y (ii) poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. A su vez, prevé la misma disposición que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección de dichas tierras, territorios y recursos. De igual manera, el artículo 18 de la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas de participar en la adopción de las decisiones que afecten sus derechos, disposición que guarda unidad de propósitos con el Convenio 169 antes citado. Estas reglas, junto con otras de similar alcance, han servido al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos para señalar en uno de sus informes que las afectaciones de los derechos de las comunidades étnicas se explican, entre otros factores, por falencias en la garantía de participación de las mismas.²

Señala, a su vez, que similares consideraciones son efectuadas en el marco del sistema interamericano, como por los organismos del sistema universal que interpretan autorizadamente las normas de derechos humanos, como sucede con el Comité de Derechos Humanos, específicamente en lo relacionado con el estudio del caso de los pueblos maoríes de Nueva Zelanda, asunto en el que el Comité reivindicó la consulta de esas comunidades respecto de proyectos de explotación pesquera. Otro tanto sucede en casos similares, estudiados tanto por el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Resoluciones de la OIT, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este último caso frente a la demanda promovida por la Comunidad Moiwana contra Surinam.

A partir de estas consideraciones, el Informe concluye que (i) el derecho internacional de los derechos humanos reconoce, tanto en el sistema universal como en el interamericano, la importancia del derecho a la consulta previa como garantía de protección especial que merecen las comunidades étnicas, dadas sus particulares condiciones de vulnerabilidad; (ii) los Estados deben proteger los intereses y el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, cuando con medidas legislativas o administrativas se pretenda promover determinado modelo de desarrollo que afecte sus derechos. Dicha protección se garantiza a través del derecho a la consulta previa; y (iii) las determinaciones relacionadas con la extracción minera afectan especialmente a las minorías étnicas, por lo que debe participar mediante el mecanismo de consulta previa. Ello en tanto esa participación proporciona una pauta importante, en los términos del Informe del Relator Especial sobre la situación de los pueblos indígenas, para mitigar los efectos negativos que

recaen en dichas comunidades. Así, para el caso objeto de estudio "... es importante señalar que, las modificaciones al régimen minero como parte de un modelo de desarrollo que afecta especialmente a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, debieron haber sido consultadas. Lo anterior con el objetivo de garantizar el libre desarrollo y la autodeterminación de los pueblos y comunidades que se ven especialmente afectados por la reforma."

11. Intervenciones ciudadanas

Integrantes de las organizaciones ENDA América Latina, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos Democracia y Desarrollo, Corporación CACTUS, Corporación Jurídica Yira Castro, Fundación para la Educación y el Desarrollo - FEDES, Sisma Mujer, Grupo Guillermo Férqussón, Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Asociación de Trabajo Interdisciplinario - ATI, Instituto de Servicios Legales Alternativos - ILSA, Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, Asociación de Campesinos del Valle del Río Cimitarra, Institución Popular de Capacitación - IPC, Consejo Comunitario de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato - COCOMOPOCA, Corporación Humanidad Vigente, y Foro Interétnico Solidaridad Chocó, mediante un único escrito solicitan que se declare la inexecutable de la ley demandada.

En su intervención, las citadas organizaciones ofrecen un panorama sobre la explotación minera en Colombia, para lo cual aportan cifras y reportes sobre ese particular. Luego, hacen referencia a casos concretos de afectación de derechos de minorías étnicas, derivada de tales proyectos mineros, concentrándose en las problemáticas de El Cerrejón, la Zona Campesina del Valle de Cimitarra en el Nordeste Antioqueño, la gran minería en el departamento del Chocó y el proyecto minero Mandé Norte. Ello para demostrar que en cada una de las comunidades afectadas, se han visto vulnerados no solo los derechos involucrados con el medio ambiente y la protección del territorio, sino también la vida y seguridad de sus habitantes, habida consideración de los problemas de orden público que conlleva en algunos casos a la explotación minera.

Con base en lo expuesto y a partir de la recapitulación de las reglas jurídicas en materia de consulta previa, los intervinientes concluyen que la normatividad acusada, que regula diferentes aspectos de la explotación minera, debió ser objeto de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Al desconocerse ese derecho, la Ley 1382/10 contraviene la Constitución.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

A través de escrito remitido a la Corte Constitucional el 3 de diciembre de 2010, el Procurador General de la Nación rindió el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, en el que solicita a la Corte que declare la inexecutable de la norma acusada, con base en los argumentos siguientes.

1. En virtud de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 7°, 8°, 72 y 330 de la Constitución, y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, los pueblos indígenas y las

comunidades afrodescendientes tienen derecho a participar en las decisiones que los afecten. En este sentido, de la jurisprudencia constitucional en la materia se concluye que “[l]a consulta previa pretende garantizar la participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes, en defensa de su territorio y de los recursos naturales y valores culturales, sociales y económicos, los cuales son indispensables para su subsistencia como grupo humano. De ahí que el Estado deba consultar de manera previa con dichos pueblos los proyectos de decisiones legislativas o administrativas que los afecten”.

2. De acuerdo con el texto de la ley demandada en su integridad, las principales reformas introducidas al Código de Minas proferido por la Ley 685 de 2001, sí afectan de manera directa y específica a las comunidades indígenas y afrodescendientes que se encuentran ubicadas en las zonas en que se adelantan actividades mineras. Por tanto, el proyecto de ley correspondiente a la norma de la referencia “debió ser sometido a consulta, para dar a los pueblos la oportunidad de participar en el proceso de discusión.”

3. Aunque el artículo 28 de la Ley 1382 de 2010 prevé que las disposiciones contenidas en el cuerpo de la Ley “no modifican ni derogan las garantías y derechos consagrados en la Ley 70 de 1993 y en el Código de Minas a favor de los grupos étnicos (comunidades negras e indígenas) y de sus zonas mineras”, lo cierto es que esa disposición no se puede entender como el cumplimiento de la obligación relativa a la consulta previa. De hecho, “[a]l examinar el expediente que contiene las actuaciones surtidas en este caso, no aparece evidencia de que el proyecto de ley se hubiese consultado, antes o durante su trámite, a los pueblos interesados, en los términos del artículo 6, literal a) del Convenio 169 de la OIT, pues no se advierte que se haya hecho uso de los procedimientos apropiados para tal tarea, y menos aún se consultó sobre el proceso mismo de la consulta previa, con el fin de respetar los métodos y procedimientos de toma de decisiones de las respectivas comunidades, tal como lo requiere la Corte en las sentencias analizadas en los párrafos anteriores.”

4. La omisión de consulta a las comunidades tradicionales se hace manifiesta en la ponencia para primer debate de los proyectos de ley 010 y 042 de 2007, acumulados, “por medio de los cuales se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas y se dictan otras disposiciones”, que aparece publicada en la Gaceta del Congreso 575 de 2007. Según el texto de dicha ponencia, los ponentes dieron informe negativo pues en su criterio, dichos proyectos amenazan “los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes, razón esta última por la cual tendría que realizarse la consulta previa tal y como lo contemplan el Convenio 169 de la OIT y la Ley 21 de 1992.”

Sin embargo, de conformidad con las actas de comisión 016 del 28 de noviembre de 2007 (publicada en la Gaceta del Congreso 103 de 2008) y 017 del 4 de diciembre de 2007 (publicada en la Gaceta del Congreso 104 de 2008), en el primer debate en el Senado de los proyectos de ley aludidos se sostuvo que no era necesario adelantar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues aquellos no abordaban “el tema del capítulo específico de minorías étnicas”.

En igual sentido, en el informe de ponencia para segundo debate en el Senado de la República, publicado en la Gaceta del Congreso 224 del 6 de mayo de 2008, así como en el Acta 53 de la Plenaria del Senado del 11 de junio de 2008, se reiteró que el proyecto de ley

de reforma al Código de Minas no fue consultado a las comunidades tradicionales.

5. De la misma manera, durante el trámite del proyecto de ley en la Cámara de Representantes también se hizo notar la falta de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes del proyecto de ley en cuestión. Incluso, en el Acta de Comisión 023 del 11 de diciembre de 2008, publicada en la Gaceta del Congreso 824 del 31 de agosto de 2009, “se transcribe la constancia presentada por la Representante Orsinia Polanco, en la cual manifiesta que a pesar de que el proyecto de ley afectaría directamente a las minorías étnicas, éstas no han sido consultadas.”

Para defender similar posición, según el acta de la plenaria de la Cámara 186 del 15 de junio de 2009 (publicada en la Gaceta del Congreso 754 de 2009) el Representante Oscar Marín Marín intervino para llamar la atención sobre el incumplimiento de la obligación de consultar el proyecto de ley de reforma al Código de Minas, a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Así, en consideración de los argumentos precedentes, el Ministerio Público concluye: “[I]o expuesto permite afirmar que el proyecto de ley que a la postre será la Ley 1382 de 2010, al afectar a las comunidades indígenas, debía ser consultado previamente con ellas. Al revisar el expediente no se encuentra prueba de que esa consulta se haya hecho, sino de lo contrario: de que se omitió. Por ello, la Ley 1382 de 2010 adolece de un vicio insubsanable en su proceso de formación.”

VI. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE

Mediante auto del 20 de septiembre de 2010, admisorio de la demanda de la referencia, el magistrado sustanciador decretó las pruebas tendientes a acreditar el trámite legislativo de la iniciativa que dio lugar a la norma acusada y, en especial, determinar si se contaron con escenarios de participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En concreto, se solicitó a los secretarios generales del Senado de la República y la Cámara de Representantes que, además de remitir copia del expediente legislativo, expidieran certificación acerca de (i) la fecha, número de acta y Gacetas del Congreso en que se encuentren publicadas, respecto de cada una de las sesiones en que se discutió y votó el proyecto de ley que precedió a la norma de la referencia, tanto en comisiones como en plenarias; (ii) la celebración de audiencias para la participación ciudadana prevista en el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992, adelantadas tanto en comisiones como en plenarias.

Los secretarios generales, al igual que los secretarios de las comisiones quintas de Senado y Cámara remitieron a la Corte la información solicitada. Los asuntos allí certificados y demostrados serán explicados en el apartado pertinente de esta sentencia.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra una Ley.

Problema jurídico y metodología de la decisión

2. Los demandantes afirman que la Ley 1382 de 2010, de manera integral, vulnera los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, norma integrante del bloque de constitucionalidad. Para ello, parten de advertir que la disposición acusada estipula distintas regulaciones, todas ellas dirigidas a reformar el Código de Minas, a fin de permitir determinada política de explotación de recursos naturales no renovables. Este asunto, a su vez, afecta directamente a las comunidades tradicionales, por lo que debió ser objeto de consulta previa a las mismas, de acuerdo como lo estipulan los preceptos constitucionales que se consideran violados. Como ese procedimiento fue omitido y de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la ley acusada deviene inexecutable.

Varios intervinientes y el Procurador General apoyan la pretensión de los demandantes, a partir de la presentación de argumentos similares a los que sustentan la demanda, sumados a algunas consideraciones desde el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos. De otro lado, los demás intervinientes, en especial aquellos de naturaleza gubernamental, presentan dos tipos de razones para oponerse la demanda. Indican, en primer término, que la acción de inconstitucionalidad no cumple con los requisitos previstos por la jurisprudencia para su admisibilidad, de modo que la Corte debe adoptar un fallo inhibitorio ante la ineptitud del libelo. Agregan, en segundo término y de manera subsidiaria, que la Ley 1382/10 es executable por el cargo analizado, puesto que (i) no configura una afectación de las comunidades indígenas, al limitarse a prever modificaciones puntuales al Código de Minas; (ii) las normas tienen carácter general, no regulan aspectos relacionados con la identidad o costumbres de las comunidades diferenciadas y, antes bien, contienen importantes políticas en materia ambiental, relacionadas con la protección del interés general; (iii) no afectan los apartes normativos del Código de Minas, que regulan de manera particular y concreta a las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (iv) en cualquier caso, el artículo 28 de la Ley 1382/10 prevé que las disposiciones de esa normatividad no modifican ni derogan las garantías y derechos consagrados en la Ley 70 de 1993 y en el Código de Minas a favor de los grupos étnicos (comunidades negras e indígenas) y de sus zonas mineras. Por ende, no puede predicarse la afectación directa a dichas comunidades por parte de la normativa citada.

3. A partir de las posiciones antes explicadas, corresponde a la Corte Constitucional solucionar el siguiente problema jurídico: ¿La Ley 1382 de 2010, que modifica en diversos apartes la Ley 685 de 2001 - Código de Minas, es contraria a la Constitución en razón de haberse omitido la garantía del derecho de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes?

Para solucionar este interrogante, la Corte adoptará la siguiente metodología. A manera de asunto preliminar y ante los interrogantes expuestos por algunos de los intervinientes, se resolverá acerca de la aptitud del cargo de inconstitucionalidad. De resultar favorable dicha evaluación, la Sala presentará una síntesis sobre el contenido y alcance del derecho de consulta previa de medidas legislativas a las comunidades étnicas, para lo cual presentará las reglas que sobre este tópico ofrece la jurisprudencia constitucional más reciente. En segundo término, la Corte estudiará la naturaleza y particularidades de la reforma al Código

de Minas que contiene la Ley 1382/10. En tercer lugar, determinará si las materias allí reguladas pueden considerarse como de incidencia directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Finalmente, en cuarto lugar y a partir de las reglas que se deriven del análisis anterior y del material probatorio recaudado por la Corte, se resolverá el problema jurídico base de esta sentencia.

Existencia de cargo de inconstitucionalidad

4. Algunos de los intervinientes sostienen que la Corte debe adoptar un fallo inhibitorio, puesto que la demanda de la referencia es inepta. Señalan que el cargo de inconstitucionalidad propuesto, en realidad, está basado en argumentos abstractos y globales, que al no tener condición alguna de especificidad, no son aptos para que la Sala adopte un pronunciamiento de fondo.

Sobre el particular se advierte que, contrario a lo señalado, la demanda ofrece los argumentos necesarios para la conformación de un problema jurídico constitucional discernible. Los actores exponen varias razones dirigidas a demostrar que los contenidos de la Ley 1382/10, en tanto tienen como objeto común la disposición de una determinada política en materia de explotación minera, regulan una materia que, a su vez, afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Para probar esta conclusión, presentan distintos argumentos dirigidos a demostrar que la actividad minera tiene un especial vínculo con aspectos nodales para la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas, como lo es el territorio.

A su vez, las razones planteadas por la demanda permitieron que la mayoría de intervinientes y el Ministerio Público presentaran premisas sustantivas, dirigidas a apoyar bien la inexecutable o la constitucionalidad de la Ley 1382/10. Este hecho demuestra que, en contradicción con lo solicitado, el problema jurídico que debe resolver la Corte no solo fue identificado por ella, sino por los demás sujetos concurrentes en el trámite de la acción. Ello es prueba fehaciente de la existencia de cargo de inconstitucionalidad.

5. Sobre el particular debe recalarse que, a juicio de la Sala, el reproche de los intervinientes que solicitan la inhibición, está basada en una indebida confusión entre la existencia de cargo de inconstitucionalidad y la aptitud del mismo para declarar la inexecutable de la norma correspondiente. La exigencia de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia del cargo, están unívocamente dirigidos a que el demandante provea a la Corte de los argumentos sustantivos imprescindibles para generar una duda mínima acerca de la constitucionalidad de la disposición acusada. Como se observa, ese análisis es preliminar y solo busca identificar las razones que integran un problema jurídico constitucional identificable. Ello, por lo tanto, es distinto a que esos mismos argumentos tengan la potencialidad de sustentar un fallo de inexecutable, puesto que esta tarea no es propia de la etapa de admisibilidad, como lo considerarían algunos de los intervinientes, sino que debe resolverse mediante sentencia de mérito.

Así las cosas, dilucidado el asunto preliminar sobre la admisibilidad del cargo propuesto por los demandantes, pasa la Corte a decidir acerca de la constitucionalidad de la normatividad acusada, conforme a la metodología fijada en el fundamento jurídico 3.

El derecho a la consulta previa de medidas legislativas a las comunidades étnicas.
Reiteración de jurisprudencia

6. La jurisprudencia constitucional ofrece un precedente consolidado en materia de consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes, respecto de medidas legislativas, asunto central en el cargo propuesto en la demanda de la referencia. Por ende, la Corte presentará a continuación los aspectos centrales de esa doctrina, para lo cual hará uso de las síntesis que sobre la misma han planteado sentencias recientes sobre esa materia, en especial las decisiones C-175/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), que declaró la inexecutable de la Ley 1152/07 - Estatuto de Desarrollo Rural, fundamentada en la vulneración del derecho de consulta previa; al igual que la sentencia C-063/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), que declaró executable la norma de la Ley 1122/07 que regula la libre elección de los afiliados al régimen subsidiado de salud, frente al cargo de desconocimiento de los derechos diferenciados de las comunidades indígenas y la posibilidad correlativa que accedan a las empresas promotoras administradas por ellas. Estas sentencias, a su vez, refieren a otros fallos paradigmáticos de la Corte en materia de consulta previa, entre ellos las decisiones C-030/08 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)³ y C-461/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).⁴

7. El punto de partida para la fundamentación del derecho a la consulta previa, para el caso particular de las comunidades tradicionales, es la confluencia del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, y su significación en el constitucionalismo contemporáneo. Las políticas del Estado, en general, y las decisiones legislativas, en particular, deben estar precedidas de una deliberación suficiente, lo que a su vez implica la garantía de canales efectivos y adecuados para expresar la participación de los agentes sociales. Como lo ha indicado la Corte, “[l]a intención que anima a los mecanismos de participación democrática es el aseguramiento de una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado. En este sentido, se parte de la base que el reconocimiento del principio de soberanía popular implica que las decisiones que adoptan las diferentes instituciones públicas, solo es legítima cuando ha estado precedida de un proceso deliberativo, en que los interesados en las medidas correspondientes logran espacios concretos y efectivos de participación. Conforme a esta perspectiva el artículo 40 Superior reconoce el derecho fundamental a todo ciudadano de participar en la conformación y ejercicio del poder político, derecho que se efectiviza a través de múltiples instrumentos, entre ellos la posibilidad de tomar parte en los mecanismos de participación democrática antes señalados.”⁵

Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el derecho a la participación en la deliberación democrática cobra un significado distinto y reforzado. Esto deriva de la eficacia del principio constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo es aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca de lo público y de la interacción entre las autoridades y la sociedad. Estos diversos entendimientos también ocasionan pluralidad de modos de conformación de identidad individual y comunitaria, aspecto nodal para los pueblos indígenas y afrodescendientes, que en este fallo son también denominados, por la misma razón, como comunidades diferenciadas. La Constitución colombiana, en ese orden de ideas, rechaza posturas universalistas y de asimilación de la

diferencia, basadas en la homogeneidad en la comprensión de los derechos y acepta, aunque de forma moderada, el pluralismo jurídico. A este respecto, la Corte ha señalado que “[s]on los mismos ideales, con un contenido no muy distante y una especial aplicación, los que resultan un reto ineludible para el principio de universalidad como elemento central del Estado social. En este tipo de Estado la idea de universalidad no debe implicar homogeneidad, entendiendo por ésta una aplicación de derechos humanos fundados en principios y contenidos idénticos para grupos poblacionales diversos. Por el contrario, la universalidad debe concretar el principio de dignidad humana, reconociendo la posibilidad de aplicaciones diversas fundamentadas en, como en el caso de los indígenas, una especial cosmovisión que implica expresiones culturales, religiosas, políticas, organizativas diferentes a las de la cultura mayoritaria⁶. (...) En este sentido la diversidad étnica y cultural se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento e, incluso, profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio de nuestro Estado. Por eso resultan de vital importancia para su concreción elementos como la educación, las garantías para el uso de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican de la sociedad mayoritaria. En esa medida son estos elementos los que deben protegerse en cuanto actuación de un principio fundamental del Estado que aspira construirse a partir de los parámetros trazados por la Constitución. || La autonomía garantizada por el principio de identidad étnica y cultural eventualmente puede contraponerse a elementos del sistema jurídico establecidos para regular las relaciones de la sociedad mayoritaria, que tengan un carácter igualmente fundamental desde el punto de vista constitucional. Por esta razón las manifestaciones de la diversidad étnica y cultural deben tener un espacio garantizado que resulte armónico con los demás elementos integrantes del sistema constitucional que, como se anotó, son igualmente fundamentales dentro de dicho Estado. Por esta razón, aunque la diversidad étnica y cultural implique apertura y pluralidad, no debe entenderse como la base legitimadora de un relativismo jurídico, que niegue sentido a los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta.”⁷

8. La perspectiva de análisis que garantiza y privilegia el reconocimiento de la diversidad de las comunidades tradicionales, a su vez, adquiere raigambre constitucional en razón de los expresos mandatos allí previstos, los cuales son complementados por normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos. Así, en cuanto al primer grupo de disposiciones, en la sentencia C-175/09 se expone cómo existen previsiones constitucionales expresas, dirigidas a la preservación de las comunidades indígenas y afrodescendientes y a la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Así, el artículo 7º C.P. incorpora dentro de los principios fundamentales de la Constitución, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. De igual modo, el artículo 330 C.P. dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres. En ese orden de ideas, la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizada y regulada mediante sus prácticas tradicionales.

Adicionalmente, en lo que tiene que ver con los deberes específicos que las normas constitucionales mencionadas imponen al Estado, la decisión en comento señala que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses. Ello con el fin de evitar que, a través del ejercicio del poder político de que son titulares los órganos representativos, sean implementadas políticas públicas que terminen por erosionar su identidad como grupo diferenciado. A partir de esta consideración, la Carta consagra diversos instrumentos, como (i) la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (ejusdem); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P.).

El instrumento que mayor impacto ha tenido en la jurisprudencia constitucional sobre participación de las minorías étnicas es el de la consulta previa, al punto de ser reconocido por la jurisprudencia examinada en este apartado como un verdadero derecho constitucional de las comunidades tradicionales, es la consulta previa. Este derecho encuentra sustento normativo en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, norma que impone a los gobiernos el deber jurídico de garantizar la participación de dichas minorías en los asuntos que los afectan. La norma en comento es la siguiente:

Artículo 6

1. 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;

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.

2. 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.

10. Del contenido del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y su interpretación a la luz de las disposiciones constitucionales que regulan los derechos y prerrogativas de las comunidades

indígenas y afrodescendientes, la jurisprudencia constitucional ha construido una dogmática sobre la participación de tales grupos diferenciados y, en particular, sobre el derecho a la consulta previa. Dicho precedente versa sobre cuatro tópicos específicos, importantes para decidir el asunto de la referencia: (i) la distinción entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica, materializada en el procedimiento de consulta previa; (ii) la identificación de las medidas legislativas que deben ser objeto de consulta previa a las comunidades diferenciadas; (iii) la previsión de los requisitos y etapas que debe cumplir el procedimiento de consulta, a fin que resulte compatible con los parámetros constitucionales; y (iv) las consecuencias del desconocimiento del derecho de consulta previa. Pasa la Corte a explicar brevemente las reglas jurisprudenciales relacionadas con cada uno de estos tópicos.

Modalidades de participación democrática de las comunidades étnicas

11. Según el precedente analizado, de las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

La primera, de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad. Dentro de esas medidas se encuentra la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas. Así lo ha previsto la Corte en la sentencia C-030/08, ya citada, que sobre el particular indicó:

“Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes ; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales , que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las

medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.”

12. El segundo ámbito de participación es el relativo a la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que en estos eventos debe surtirse un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada. Sobre el particular, ha señalado la Corte que “En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.”

Identificación de las medidas legislativas y administrativas susceptibles del procedimiento de consulta previa

13. Uno de los aspectos centrales de la doctrina constitucional en materia de consulta previa es la identificación de las medidas legislativas y administrativas que deben ser sometidas al procedimiento particular de participación de consulta previa. Al revisar la jurisprudencia sobre la materia, se encuentran varias reglas a ese respecto, que se sintetizan del modo siguiente:

13.1. Según lo regulado por la jurisprudencia que interpreta los contenidos normativos del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa es imperativa respecto de aquellas medidas

legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Por exclusión, las políticas que afecten a las personas en condiciones de generalidad y que, a su vez, no prevean medidas que incidan directamente en las comunidades diferenciadas, son están sujetas al deber de consulta. En estos casos la participación de dichos pueblos debe garantizarse a través de los mecanismos generales, a través de instrumentos específicos, explicados en el fundamento jurídico 11.

13.2. La identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto.

Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas.

Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Sobre las herramientas teóricas para la identificación, la jurisprudencia plantea algunas consideraciones que han sido reiteradas uniformemente en los fallos sobre la materia. Sobre este particular, son ilustrativos los criterios expuestos en la sentencia C-030/08, que la Sala conviene transcribir in extenso, debido a su nodal importancia para la solución del problema jurídico planteado:

“En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

...Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de que la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6º se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que

sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

...Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

(...) De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.”

13.3. Como se observa, la condición que debe cumplirse para que a una medida legislativa o administrativa le sea imponible el deber de adelantar la consulta previa, consiste en que la política correspondiente afecte directamente a las comunidades diferenciadas. Esta incidencia directa se verifica en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la

explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

Condiciones y etapas de la consulta previa

14. La determinación particular del procedimiento de consulta previa es un tópico que, en los términos del Convenio 169 de la OIT, corresponde a cada uno de los Estados. No obstante, ese mismo instrumento fija unas pautas generales sobre las condiciones que deben cumplir, relativas a que el procedimiento de consulta previa debe adelantarse 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. Estos parámetros, sumados a las obligaciones constitucionales en materia de participación de las comunidades tradicionales, han permitido que la jurisprudencia constitucional identifique los requisitos que debe cumplir el citado procedimiento, condiciones que a su vez sirven para definir el contenido y alcance del derecho a la consulta previa. Estas características fueron sintetizadas en la sentencia C-175/09, antes mencionada, y se exponen a continuación.

14.1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente. Este derecho está estrechamente relacionado con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades, presupuesto para el cumplimiento del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas.

En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su

previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.

14.2. En razón de que el proceso de consulta previa está dirigido a proteger los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, no resulta admisible considerarlo como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y los grupos étnicos. En contrario, esta instancia tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente. En tal sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y tribales.

14.3. El procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales. En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa. Para la jurisprudencia constitucional, se está ante al extemporaneidad de la consulta previa, en el caso de las medidas legislativas, cuando esta se intenta una vez se ha iniciado el trámite de debate y aprobación en el Congreso. Ello debido a que, en razón de los principios particulares del procedimiento legislativo colombiano, en especial la unidad de materia, la identidad flexible y la consecutividad, la participación de las comunidades diferenciadas resultaría reducida en gran medida en cuanto a los materias en que pudiera incidir. Como lo señaló la Corte en la sentencia C-175/09, "...la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente. En efecto, dicho escenario participativo está diseñado para que se logre una concertación entre las comunidades y las instancias gubernamentales, lo que implica que las autoridades representativas de aquéllas deben (i) estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto de medida legislativas propuestas por el Gobierno; y (ii) de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de esa modificación, que la misma tenga la potencialidad de hacer parte del texto definitivo de la ley."

14.4. Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa. Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se

pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y (ii) se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella. Para cumplir con estas condiciones, es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

14.5. Los procesos de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.

14.6. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo.

14.7. Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. Por consiguiente, solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas, esto es, proporcionadas y razonables.

Consecuencias del incumplimiento del procedimiento consulta previa

15. Por último, la Sala señala cómo la jurisprudencia ha definido las consecuencias de la pretermisión del procedimiento de consulta previa, en las condiciones antes previstas y cuando este resulta exigible. Se parte de considerar que la consulta previa es un derecho constitucional de las comunidades diferenciadas, por lo que su omisión injustificada tiene como consecuencia la vulneración de ese derecho. Verificada la vulneración, se predicen efectos sustanciales para la política correspondiente. Para el caso puntual de las medidas legislativas, la afectación del derecho contrae (i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas.

A este respecto, en la sentencia C-461/08 la Corte previó un grupo de criterios que sirven de guía para determinar las consecuencias de la omisión de la consulta, en los términos antes planteados. Así, para decidir sobre la exequibilidad condicionada o la declaratoria de inconstitucionalidad, deberán evaluarse aspectos relativos a (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las

partes que la componen; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Similares consideraciones fueron expuestas más recientemente, en la sentencia C-063/10, al indicar que “[l]a importancia de la Consulta determina a su vez las consecuencias de obviar dicho proceso o, incluso, de realizarlo de forma incompleta, fuera de oportunidad o de manera parcial. En estos casos no es un procedimiento vacío, sin sentido ni repercusión sustancial el que se ha obviado. Su indebida realización o su absoluta omisión traerán consecuencias constitucionales y, sobre todo, iusfundamentales dentro del proceso de determinación de la política pública estatal o de la toma de decisión por parte de la administración, por cuanto se estaría dejando de lado la concreción de principios fundamentales en el actuar de un Estado fundado en la toma de decisiones mediante procedimientos democráticos que, por tanto, posibiliten una participación que garantice la inclusión de los distintos grupos culturales que integran la sociedad, honrando de esta forma el principio de diversidad cultural. (...) No otra es la razón para que la ausencia de Consulta o su realización deficiente origine i. la vulneración de un derecho fundamental que impida la aplicación de la medida respecto de la comunidad indígena directamente afectada; ii. o la declaratoria de inexecutable de la disposición si se está en el escenario de un control abstracto de constitucionalidad; iii. o la exequibilidad condicionada a que dicha medida, en cuanto omitió el deber de consulta, no pueda ser aplicada a las comunidades indígenas que se verían directamente afectadas por sus efectos.”

Contenido, alcance y contexto normativo de la Ley 1382/10

16. Como indica la denominación de la normatividad, la Ley 1382 de 2010 tiene por objeto modificar diversos apartes de la Ley 685 de 2001, contentiva del Código de Minas. Según se evidencia del estudio de las pruebas decretadas por la Corte, esta ley tuvo lugar luego de la discusión del proyecto de ley 010/07 Senado, iniciativa gubernamental que contiene la mayoría de los asuntos objeto de reforma, a la cual le fue acumulado el proyecto de ley 042/07 Senado “por la cual se exceptúa el proceso licitatorio establecido en el artículo 355 de la Ley 685 de 2001, la adjudicación de concesiones relativas a salinas terrestres y marítimas y se dictan otras disposiciones.”.

17. La finalidad del proyecto de reforma, conforme lo expresa la exposición de motivos de la iniciativa gubernamental, es la modernización de la actividad minera nacional, a partir de varios instrumentos, relativos a (i) la corrección de las estipulaciones normativas previstas en el Código de Minas que no se habían mostrado eficaces para el manejo eficiente de los recursos mineros; (ii) la modificación de la institucionalidad que ejerza el control de la actividad minera, a partir de la emulación de otros proyectos análogos calificados por el Gobierno como exitosos, como sucede con la Agencia Nacional de Hidrocarburos; (iii) la introducción de modificaciones al contrato de concesión minera, las cuales faciliten el ingreso de inversión extranjera en ese reglón de la economía; (iv) la instauración de procedimientos que permitan una actividad minera segura, eficiente y que advierta criterios de desarrollo sostenible y crecimiento económico. Esto mediante mecanismos que aseguren, entre otros objetivos, la formalización de la explotación existente. Al respecto, el documento contentivo del proyecto estatal, puesto a consideración del Congreso por el Ministro de Minas y Energía

de la época, señala lo siguiente:

“El proyecto de ley que hoy presentamos al honorable Congreso de la República tiene por objeto la modificación de algunas disposiciones de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas. Los cinco años que han transcurrido desde la aprobación de dicha ley han permitido detectar deficiencias que deben ser corregidas e identificar la necesidad de fortalecer a la Autoridad Minera en el ejercicio de sus competencias, principalmente de su deber de administrar de manera racional y responsable los recursos mineros de propiedad del Estado.

Igualmente, el estudio de experiencias exitosas en el manejo y contratación de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, como es el caso de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, ha confirmado la urgencia de implantar en la administración de la importante riqueza minera de nuestro país criterios técnicos y económicos en la asignación y contratación de áreas. Lo anterior contribuirá a lograr una mejor y más racional explotación de los recursos mineros, acorde con la preservación del medio ambiente, beneficiosa para la economía nacional, y en condiciones de mayor seguridad para los compatriotas que trabajan en las minas.

Si bien es indiscutible que la Ley 685 de 2001 unificó y redujo trámites en la contratación de áreas mineras con el propósito de incentivar la inversión extranjera y de promover la minería en un marco de estabilidad jurídica tendiente al desarrollo económico, social y ambiental del país, no es menos cierto que después de casi seis años de su entrada en vigencia y no obstante los niveles de seguridad alcanzada en el país, las inversiones no reflejan el progreso esperado.

La figura única del Contrato de Concesión ha sido precaria en sus requisitos y exigencias lo que ha conducido a que cualquier persona, sin acreditar capacidad técnica y económica alguna, adquiera la calidad de titular de contratos y sean muy escasos los proyectos serios y eficientes de desarrollo sostenible y racional del recurso minero.

Las modificaciones que el Gobierno Nacional somete a consideración del órgano legislativo se encaminan a conseguir para Colombia una verdadera industria minera como la que poseen otros países, incluso menos ricos que el nuestro en variedad y reservas de minerales. El desarrollo de la industria minera permitirá la ejecución de los grandes proyectos estratégicos y de especial importancia para la economía del país por parte de empresas sólidas y expertas, a la vez que hará posible tecnificar y mejorar las condiciones de la minería artesanal o de pequeña escala que se desarrolla en diversas regiones del territorio nacional y que constituye la fuente de subsistencia de muchos de nuestros conciudadanos.

De conformidad con el artículo 80 de la Constitución Política le corresponde al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y tiene el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. Asimismo, por mandato del artículo 332 de la Carta el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados conforme a las leyes preexistentes.

La libertad económica y la iniciativa privada son garantizadas por el artículo 333 superior

dentro de los límites del bien común, en tanto que la empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones.

La Ley 685 de 2001 determina expresamente en su artículo 1º que son objetivos de interés público del Código de Minas fomentar la exploración técnica de los recursos mineros de propiedad nacional y privada y estimular estas actividades en orden a que su aprovechamiento se realice de manera armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.”9

18. Existe una especial preocupación en el proyecto de fijar nuevas reglas sobre la organización y competencias de la autoridad minera, a fin que, una nueva configuración institucional permita el mayor dinamismo del sector, especialmente de cara a actividades de minería intensiva, desarrolladas por empresas líderes en el sector, tanto nacionales como extranjeras. Así, en la ponencia para primer debate en la Comisión Quinta del Senado se expresó:

“El nuevo escenario minero demanda hoy empresas competitivas, que avancen con el apoyo de un sector oficial moderno y eficiente, para buscar la integración económica de la actividad a la realidad nacional. En esta tarea del desarrollo minero participan con roles bien caracterizados tres diferentes actores: el Estado como facilitador a través de sus instituciones legislativas, jurídicas y ejecutivas; el sector privado como operador y productor a través de las empresas; y la comunidad minera bien como receptor de la actividad o como productor, por medio de diversas formas asociativas o como sociedad civil en general.

El objetivo fundamental de esta política, en armonía con el actual Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, es mejorar la competitividad del sector minero para generar riqueza y bienestar en la comunidad.

Los objetivos específicos propuestos por la reforma al Código de Minas se refieren a recuperar y mejorar la confianza del inversionista, mediante el ordenamiento minero, contribuir a la reducción de la pobreza mediante una masiva generación de empleo formal, aumentar la participación minera en la economía y apoyar la pequeña empresa con capacitación y crédito, buscando su formalización económica a través de los distritos mineros.

Para alcanzar las metas particulares asociadas a estos objetivos se deben implementar estrategias relacionadas con el conocimiento, la información, la gestión con diversas entidades del Estado, el manejo ambiental, la forzosa legalización de la minería, el soporte social, la capacitación y transferencia de tecnología y el estímulo a la inversión.

A partir de la Constitución de 1991, el Estado se enfocó en actividades de política y regulación convirtiéndose en facilitador de la actividad productiva desarrollada por el sector privado.

La estructura institucional del sector minero no estaba acorde con el nuevo ordenamiento económico mundial, los cambios en las estructuras públicas de los países vecinos y el propio proceso de renovación iniciado a partir de 1991. La diversidad de entidades asociadas al

sector: Ingeominas, Minercol, Carbocol S.A., la UPME, IFI Concesión de Salinas y las Gobernaciones con funciones delegadas, llevó a que estas duplicaran sus funciones, incurrieran en sobrecostos administrativos y generaran descoordinación institucional. El costo de esta transición aún se percibe de manera notoria en el Sector Minero pese a los grandes esfuerzos del Gobierno Nacional y los empresarios por mejorar las condiciones necesarias para su pleno desarrollo.

En consecuencia, el Estado requiere seguir fortaleciendo una institucionalidad minera moderna, racional y eficiente que enfrente el reto de una minería creciente y orientada a convertirse en el soporte fundamental de la economía colombiana.

La inversión minera es un elemento clave en la creación de empleo rural, en el desarrollo de infraestructura y de generación de riqueza para nuestra Nación, siempre y cuando construyamos escenarios empresariales contrarios a la informalidad y la ilegalidad.

Los recursos naturales inmovilizados que no se extraen, no son herramienta de desarrollo y no benefician el crecimiento ni la justicia social de una nación. Es importante que los recursos no se queden en la tierra como resultado de restricciones innecesarias en las leyes mineras, reglamentaciones poco inteligentes o por imposición de excesivas cargas tributarias.”¹⁰

19. El proyecto de ley, como se observa, tiene una clara intención de modernización de la actividad minera, a través de reformas legales que aumenten la competitividad del país en la explotación de recursos naturales no renovables y, de esta manera, incidir en el crecimiento económico con propósitos redistributivos. Sobre el particular, el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, respectivo a los proyectos de ley acumulados, insiste en que las modificaciones al Código de Minas son importantes, en aras de “actualizarlo” para lograr una explotación minera en las condiciones anotadas, que logre asegurar que “las condiciones existentes favorezcan equitativamente la maximización de la extracción mineral, priorización del dominio del Estado sobre dichos recursos y la consolidación de la minería como el más importante factor de crecimiento económico.” Esta ponencia, a su vez, recoge la gran mayoría de los argumentos planteados en los informes para los debates anteriores, tanto en las Comisiones Quintas de ambas cámaras, como en la plenaria del Senado. El documento señalado expresa lo siguiente:

“(…)

Colombia ha logrado resultados positivos en el sector minero tanto en el ámbito de la producción empresarial como en el marco institucional. La producción de los mayores componentes de la canasta minera colombiana -carbón, níquel, esmeraldas y oro- han presentado significativos incrementos, reflejados también en el valor de las exportaciones.

La contribución de la minería al PIB fue destacada, con un crecimiento del 33,6% respecto del año 2002, siendo el segundo factor de mayor contribución al crecimiento económico del país.

La Ley 685 de 2001 completó la reestructuración de la institucionalidad minera, la cual como política de Estado busca hacer más eficiente la función pública y reducir sus costos de

funcionamiento. En el caso minero, la nueva estructura fue más allá de una simple reducción de gastos, puesto que buscó priorizar y concentrar esfuerzos en actividades más acordes con el espíritu y los propósitos del Código de Minas (Estado facilitador y fiscalizador, mas no empresario), persiguiendo una coherencia más estrecha con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Minero 2002-2006.

Entre los principios que enmarcan esta política se destacan: la propiedad estatal sobre los minerales del suelo y del subsuelo; el nuevo papel del Estado como facilitador y no empresario; el énfasis en la fiscalización de las obligaciones de los concesionarios; el propósito de elevar productividad y competitividad del negocio minero; el desarrollo de una minería económica y ambientalmente sostenible; la autonomía del sector privado para adelantar las labores de exploración y explotación así como la simplificación en las relaciones entre el Estado y los particulares.

El nuevo escenario minero demanda hoy empresas competitivas, que avancen con el apoyo de un sector oficial moderno y eficiente, para buscar la integración económica de la actividad a la realidad nacional sin afectar el ambiente como derecho colectivo.

En esta tarea del desarrollo minero participan con roles bien caracterizados tres diferentes actores: el Estado como facilitador a través de sus instituciones legislativas, jurídicas y ejecutivas; el sector privado como operador y productor a través de las empresas; y la comunidad minera bien como receptor de la actividad o como productor, por medio de diversas formas asociativas o como sociedad civil en general.

El objetivo fundamental de esta política, en armonía con el actual Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, es mejorar la competitividad del sector minero para generar riqueza y bienestar en la comunidad.

La Ley 685 de 2001 presentó serias deficiencias las cuales se pretenden subsanar con la presente reforma al Código de Minas, entre los objetivos específicos propuestos en la reforma que se plantea, se refieren a recuperar y mejorar la confianza del inversionista, mediante el ordenamiento minero, contribuir a la reducción de la pobreza mediante una masiva generación de empleo formal, aumentar la participación minera en la economía y apoyar la pequeña empresa con capacitación y crédito, buscando su formalización económica a través de los distritos mineros.

La inversión minera es un elemento clave en la creación de empleo rural, en el desarrollo de infraestructura y de generación de riqueza para nuestra Nación, siempre y cuando construyamos escenarios empresariales contrarios a la informalidad y la ilegalidad.

Los recursos naturales inmovilizados que no se extraen, no son herramienta de desarrollo y no benefician el crecimiento ni la justicia social de una nación. Es importante que los recursos no se queden en la tierra como resultado de restricciones innecesarias en las leyes mineras, reglamentaciones poco inteligentes o por imposición de excesivas cargas tributarias.

El principal reto legislativo del Congreso de la República consiste en que a través de la legislación y demás normatividad aseguren que las condiciones existentes favorezcan

equitativamente la maximización de la extracción mineral, priorizando el dominio del Estado sobre dichos recursos y la consolidación de la minería como el más importante factor de crecimiento económico.

Los países con códigos de minas y regímenes de impuestos que no reconocen el riesgo implícito en el sector minero y las posibilidades de un adecuado desarrollo humano sostenible, en un marco de responsabilidad social empresarial, son incapaces de atraer inversión minera en el mercado de inversión global de hoy. Un ambiente normativo bien estructurado y predecible no es cuestión de ideología, es un asunto de buena política minera.

Si no hay una buena ley minera, reglamentos inteligentes e incentivos fiscales, los mercados financieros no van a invertir y desarrollar fondos de capital de riesgo para la exploración.

El Gobierno Nacional y el Congreso de la República creen que están dadas las condiciones necesarias para el desarrollo del sector.” (Subrayas no originales)¹¹

20. A partir de las motivaciones expuestas, la Ley 1382/10 introduce las siguientes modificaciones al Código de Minas contenido en la Ley 685/01 (en adelante (C.M.):

20.1. Adición del artículo 16 C.M., referente a la validez de la propuesta para la obtención de contrato de concesión minera, en asuntos relativos a (i) la obligación de los solicitantes de informar a la autoridad minera si existen explotaciones de esa naturaleza en el área objeto de concesión, con el fin de determinar si se trata de un área excluida para la explotación, de actividad minera especial, so pena de dar lugar al rechazo de la solicitud; (ii) las reglas sobre los acuerdos que deben adelantarse cuando en el área solicitada se adelante minería tradicional, la cual se comprueba en los casos que personas o grupos de personas o comunidades exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional y, a su vez, acrediten que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua durante cinco años, a través de documentación comercial y técnica, y una existencia mínima de diez (10) años anteriores a la vigencia de la ley demandada. En caso que los acuerdos no se perfeccionen, se acudirá a arbitramento técnico; y (iii) los plazos para que la autoridad minera resuelva sobre la solicitud de contrato de concesión. (Art. 1º).

20.2. La adición de disposiciones al artículo 31 C.M., sobre reglamentación de las reservas especiales de explotación, en las que al existir modalidades de minería tradicional e informal, se impide temporalmente la constitución de nuevas concesiones. Estos preceptos versan sobre (i) la competencia y reglas de procedimiento para que la autoridad minera delimite otras áreas especiales que se encuentren libres, a efectos de adelantar un proyecto minero de “gran importancia para el país”, para lo cual se entregarán en concesión a través de mecanismos de selección objetiva; (ii) la potestad de Ingeominas, en su condición de autoridad geológica, para delimitar áreas especiales, que se encuentren libres, sobre las cuales no se entregarán títulos mineros, respetándose los existentes. Ello con el fin de que se adelanten programas técnicos, adelantados hasta por cinco años por quien ofrezca un “mejor programa” de evaluación técnica - geológica. Esta persona, a su vez, tendrá la primera opción para obtener la concesión sobre la zona correspondiente, salvo que haya sido sujeta a sanciones por incumplimiento, impuesto por autoridad minera. (Art. 2º).

20.3. La modificación del artículo 34 C.M., sobre zonas excluibles de minería, norma que luego de la reforma legal prevé (i) la prohibición de efectuar labores de exploración o explotación minera en zonas declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. Entre estas zonas se encuentran las áreas que e integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar; (ii) las reglas generales para la delimitación de esas áreas excluidas; (ii) la posibilidad de efectuar, bajo determinadas condiciones, actividad minera en las áreas de reserva forestal creada por la Ley 2ª de 195912, al igual que las áreas de reserva forestal regional; (iii) las reglas sobre sustracción, por parte de la autoridad ambiental, de las áreas de reserva anteriormente citadas; (iv) el respeto de los títulos mineros y licencias ambientales, sin posibilidad de prórroga, respecto de las actividades de construcción, montaje o explotación, desarrolladas en zonas de reserva que a la entrada en vigencia de la ley no estaban excluidas; y (v) la competencia y plazos para que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el concepto no vinculante del Ministerio de Minas y Energía, delimite las zonas excluidas de actividad minera. (Art. 3º).

20.4. La adición del artículo 38 C.M., sobre la sujeción de los planes de ordenamiento territorial a la información geológica - minera disponible sobre las zonas correspondientes, en el sentido de otorgar al Ministerio de Minas y Energía la competencia para elaborar el Plan Nacional Minero, en el cual deberá tener en cuenta las políticas, normas, determinantes y directrices establecidas en materia ambiental y de ordenamiento del territorio, expedidas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. A su vez, este plan deberá contar con un análisis ambiental estratégico del territorio, que advierta los efectos sobre el ambiente de la actividad minera, la localización de la población y las posibilidades de uso ambiental del suelo. (Art. 4º).

20.5. La adición al artículo 74 C.M., que regula el procedimiento para las prórrogas del periodo de exploración del contrato de concesión minera, respecto de permitir que si el concesionario requiere una prórroga mayor a los dos años allí prevista, pueda solicitar prórrogas adicionales de dos años cada una, hasta un total máximo de once años. Para ello, deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, demostrar los trabajos de exploración realizados, el cumplimiento de las Guías Minero-Ambientales, describir los trabajos que ejecutará, especificando su duración, las inversiones que realizará y pagar el canon superficiario respectivo. (Art. 5º).

20.6. La modificación del artículo 77 C.M., relativo a la prórroga del periodo de explotación dentro de la concesión minera, el cual ahora prevé la posibilidad que hasta antes de dos años de vencerse el periodo de explotación y si se encuentra a paz y salvo, el concesionario puede solicitar la prórroga del contrato hasta de veinte años. Con la solicitud debe acompañar los estudios técnicos, económicos, ambientales y sociales que demuestren la necesidad de la prórroga. Esta extensión solo se concederá si se considera que es beneficiosa para el Estado. (Art. 6º). Del mismo modo, se adiciona el artículo 8º C.M. con la competencia para que el Ministerio de Minas y Energía diseñe un formulario especial para la elaboración de programas de trabajo y obras - PTO, respecto de la explotación minera de esmeraldas, habida cuenta su carácter no cuantificable. (Art. 7º)

20.7. La reforma del artículo 101 C.M. sobre integración de áreas de actividad minera. Así, se prevén las reglas sobre el programa único de explotación y exploración, que coordine las actividades conjuntas entre los concesionarios de títulos mineros en áreas circundantes. Se señala, igualmente, que las divergencias entre los distintos contratos unificados, se resolverán de la manera que más favorezca al Estado. Del mismo modo, se obliga a modificar la licencia ambiental frente a la zona integrada y se limita la unificación cuando ocasione el detrimento de las regalías que reciban los municipios beneficiarios, entre otras disposiciones puntuales. (Art. 8). El artículo 112 C.M., que regula las causales de caducidad del contrato de concesión, fue adicionado con una nueva causal, relativa a que los concesionarios contraten a menores de edad para el desempeño de labores de minería. (Art. 9º)

20.8. La modificación del artículo 116 C.M., relativo a las reglas para que las entidades públicas y contratistas puedan extraer, mediante autorizaciones mineras temporales, los materiales destinados a obras públicas de infraestructura que se encuentren en predios rurales vecinos al proyecto. De esta reforma se destaca la competencia de la autoridad minera para realizar seguimiento de las actividades autorizadas temporalmente, la imposibilidad de las mismas respecto de zonas con título minero y las previsiones sobre conflictos entre entidades o contratistas autorizados y concesionarios mineros. (Art. 10)

20.9. La modificación del artículo 187 C.M., sobre la evaluación de la necesidad de los bienes inmuebles objeto de expropiación. El nuevo precepto determina que el carácter indispensable del bien a expropiar y los derechos sobre los mismos, entre ellos la posesión, se determinará con base en el Programa de Trabajo e Inversiones, en el Programa de Trabajos y Obras o en el Estudio de Factibilidad, según corresponda, aprobado por la autoridad minera. Adicionalmente, se determina la competencia y plazos para que el Ministerio de Minas adopte la decisión administrativa sobre la expropiación. (Art. 12)

20.10. El artículo 12 prevé un artículo nuevo al Código de Minas, según el cual quienes realicen explotación minera tradicional, sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deben solicitar en los dos años siguientes la concesión correspondiente, con el lleno de todos los requisitos previstos en la ley. Adicionalmente, se prevén reglas acerca de la solución de conflictos entre minería tradicional y títulos mineros o proyectos de concesión sobre la misma área explotada. Además, se concede condición legal al barequeo realizado sin herramientas mecanizada y con límites de explotación.

20.11. Modificación del artículo 205 C.M., que regula la concesión de la licencia ambiental para los proyectos mineros y de construcción de vías. Según la nueva norma, la autoridad ambiental, basada en el Estudio de Impacto Ambiental, otorgará la mencionada licencia. Para ello, la citada autoridad podrá fundamentar la decisión en concepto que sobre dicho Estudio hubiera dado el auditor de que trata el artículo 216 C.M. (Art. 14). Igualmente, el artículo 15 de la Ley 1382/10 modifica el artículo 212 C.M. relacionado con licencias ambientales de trámite conjunto, aplicable para zonas de actividad minera vecinas o aledañas, respecto de las cuales se predique características homogéneas o similares.

20.12. Modificación del artículo 230 C.M., sobre la exigibilidad, cálculo y sanciones por el no pago del canon superficiario, entendido como la contraprestación que debe asumir el contratista concesionario en razón del uso de área en que se ejecuta la actividad minera.

(Art. 16). La norma prevé, igualmente, las hipótesis de reintegro del canon, resaltándose aquella relativa a la decisión de la autoridad ambiental de negar la sustracción de la zona de reserva forestal para la etapa de explotación.

20.13. La Ley 1382/10 dispone varias reformas de índole procedimental, predicables al trámite del contrato de concesión. Entre ellas se destacan (i) la modificación del inciso primero del artículo 270 C.M., en el sentido de que la propuesta de contrato de concesión debe ser presentado por el interesado o su apoderado ante la autoridad minera (Art. 17); (ii) la previsión de nuevos requisitos para la propuesta mencionada, como la presentación de un anexo técnico que describa los trabajos de explotación, al igual que la demostración de la capacidad financiera del proponente, en los casos que el proyecto tenga más de 150 hectáreas (Art. 18); (iii) el trámite para la corrección o adición de la propuesta objetada por la autoridad minera, respecto de aquellos asuntos que no configuran causales de rechazo (Art. 19); (iv) la determinación de las causales de rechazo de la propuesta, reguladas por el artículo 274 C.M., entre ellas la pertenencia del área solicitada a las zonas de exclusión para la actividad minera, reguladas en el artículo 34 C.M. (Art. 20); y (v) la adición del artículo 280 C.M., en el sentido de permitir que el contratista, ante la dificultad para su constitución, la póliza minero ambiental por una garantía real (Art. 21).

20.14. La modificación del artículo 285 C.M., que regula el procedimiento administrativo para la constitución de servidumbres mineras. Este trámite fija las instancias y recursos disponibles tanto para el contratista interesado en la constitución como para el propietario, poseedor u ocupante del predio sirviente. Adicionalmente, regula el procedimiento para el pago de la indemnización o constitución de garantía, sometiéndola a la posibilidad de control judicial. (Art. 22).

20.15. La adición del artículo 325 C.M. con la disposición que confiere a la autoridad minera la competencia para cobrar los servicios de fiscalización y seguimiento de títulos mineros y prevé los rubros que serán objeto de cobro a los concesionarios. (Art. 23).

20.16. La inclusión dentro de los actos objeto de inclusión en el Registro Nacional Minero, de las reservas especiales reguladas en el artículo 31 C.M. (Art. 24). En el mismo sentido, se prevé que la actualización de dicho Registro en los casos que un área objeto de título o solicitud minera haya quedado libre, procederá luego de determinados plazos posteriores a la ejecutoria de los actos administrativos correspondientes. (Art. 25).

20.17. La adscripción al Ministerio de Minas y Energía de la competencia para delimitar, con la participación regional y local de los actores empresariales, sociales, de gobierno y demás entes administrativos involucrados en los procesos de la minería, áreas estratégicas mineras del territorio nacional, denominadas "Distritos Mineros Especiales". Mediante estos Distritos se facilitará la relación Estado-Sociedad-Territorio y se estimulará la planeación participativa en un contexto de desarrollo humano sostenible y equilibrio para la competitividad del territorio. La planeación de los Distritos, a su vez, deberá incluir aquellos aspectos sociales de la minería, entre ellos las formas asociativas de aprovechamiento y el desarrollo de minería tradicional. (Art. 26). A esta nueva herramienta se suma la previsión de reglas particulares sobre responsabilidad social empresarial, relativas al deber de las empresas mineras de promover y adelantar actividades que propendan por el desarrollo humano sostenible, al

igual que el logro de objetivos sociales de mejoramiento en la calidad de vida de la población y la prevención y reparación de los daños ambientales en las regiones, subregiones y/o zonas de su influencia.

20.19. Finalmente, se prevé un nuevo artículo del Código de Minas, según el cual los departamentos mencionados en el artículo 309 C.P., al igual que el Chocó, en los exista pequeña minería desarrollada bajo determinados parámetros técnicos, concurre el deber estatal de garantizar la continuación de tales actividades. Para ello, el Estado tendrá un periodo de dos años para legalizarlas.

Las actividades de exploración y explotación minera y los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes

21. En diversas oportunidades tanto la jurisprudencia constitucional como distintos órganos del sistema internacional y regional de derechos humanos, se han referido a la relación intrínseca entre la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas, y el aprovechamiento de los recursos mineros en los territorios que ocupan. Así, en el presente apartado se presentarán algunos casos paradigmáticos sobre la materia, con el objeto de identificar reglas acerca del grado de incidencia de las medidas legislativas sobre tópicos mineros, como las que ahora se analizan, y el derecho a la consulta previa de las citadas comunidades.

22. El primer caso que por su nodal importancia debe ser tenido en cuenta por la Sala, fue el resuelto por la Corte en la sentencia C-891/02 (M.P. Jaime Araújo Rentería), fallo que asumió, entre otros asuntos, la demanda contra varias disposiciones de la Ley 685/01 – Código de Minas, fundada en la omisión de la consulta previa respecto de asuntos que afectaban directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Asumiéndose una estructura argumentativa similar a la formulada en este fallo, la Corte evidenció que el mandato constitucional de reconocimiento y protección de la identidad étnica y cultural, sumado al principio democrático participativo y la existencia de cláusulas particulares que imponen la participación de las comunidades étnicas en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (Art. 330, par. C.P.), llevaban a concluir que este derecho de participación debía ser garantizado en las medidas legislativas que regulen el tema minero.

22.1. Este deber estatal de garantía de la participación se encuentra sustentado, además, en explicaciones sociológicas e históricas que demuestran (i) el vínculo inescindible entre la conformación de la identidad diferenciada y la relación de la comunidad con la tierra, y de manera general los recursos naturales, a partir de una cosmovisión particular que dista de la utilización patrimonial de estos bienes; y correlativamente (ii) la incidencia que tienen los proyectos de exploración y explotación minera en los territorios de las comunidades tradicionales, en la conformación y garantía de integridad de su identidad diferenciada. Así, el fallo sostuvo que "...es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio

indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.” || Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. || En síntesis, 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. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas. || Finalmente, cabe afirmar que tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos.”

22.3. El aprovechamiento minero de los recursos que se encuentran en los territorios indígenas, señaló la sentencia C-891/02, es un asunto que afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, según las disposiciones integrantes del bloque de constitucionalidad a la que se ha hecho referencia en este fallo, las medidas legislativas que regulen la actividad de exploración y explotación minera, que pueda afectar los territorios de dichas comunidades, deben ser sujetas al trámite de consulta previa, en las condiciones antes explicadas. A este respecto, la sentencia en comento recopiló las reglas fijadas sobre ese particular por la jurisprudencia, en especial las expuestas en la sentencia C-418/02 (M.P. Álvaro Tafur Galvis),¹³ sobre un asunto similar, para concluir que la consulta previa debió realizarse en relación con las distintas estipulaciones del Código de Minas.

No obstante, también se comprobó que dicha procedimiento se había efectuado, en consonancia con las condiciones generales previstas en el Convenio 169 de la OIT, pero había resultado fallido. En consecuencia, no resultaba afectada la constitucionalidad del Código de Minas, habida consideración que aunque el trámite de consulta previa tiene raigambre constitucional, en tanto es un instrumento necesario para la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes, en ningún modo configura un poder de veto para el ejercicio de la actividad legislativa. Sobre este tópico, luego de hacer referencia a las pruebas obrantes en el proceso, la sentencia C-891/02 concluyó lo siguiente:

“21. Está demostrado que las entidades oficiales brindaron suficientes e idóneos canales de discusión a las comunidades indígenas en relación con los asuntos de fondo que atañen a la nueva legislación minera; sin embargo, nunca se concretó tal discusión, y no por voluntad del Gobierno, sino por circunstancias ajenas a éste, como lo fue la permanente insistencia de los pueblos indígenas en discutir otros asuntos generales relacionados con distintas políticas que supuestamente se han erigido en su contra.

Sumado a lo anterior, luego de esclarecerse el fracaso de las reuniones y la imposibilidad de

llegar a un acuerdo sustancial sobre el proyecto de ley, el Gobierno justificó en reiteradas oportunidades la necesidad de conservar en el nuevo Código Minero la legislación previa relacionada con grupos étnicos, dado su carácter garantista y el subsecuente beneficio que ella prodiga a los pueblos indígenas. Así se lo hizo saber a las organizaciones indígenas mediante varias comunicaciones y al Congreso de la República en la exposición de motivos del referido proyecto.

22. Respecto de los mecanismos propiciados por el Gobierno, tales como los talleres preparatorios y las mesas de concertación, la Corte los encuentra apropiados al fin perseguido, esto es, llevar a ley de la República un proyecto que armonizara con los intereses de los pueblos indígenas, a la par que fuera respetuoso del principio de participación que a ellos cobija. Amén de que en el acervo probatorio no se advierte asomo alguno de mala fe por parte de las entidades gubernamentales sino, por el contrario, un reiterado interés por alcanzar un acuerdo con los representantes de las comunidades indígenas.

23. Por otra parte, debe señalarse que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe. Justamente es también éste un escenario de discusión y participación que campea en el marco de un Estado democrático, como el colombiano, en el que los pueblos indígenas pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos.

No sobra recordar que en nuestro órgano legislativo, por mandato del inciso segundo del artículo 171 de la Constitución, los indígenas tienen dos senadores que participan en la creación de la ley antes de su expedición, haciendo oír su voz.

24. Consecuentemente, la Corte no encuentra ningún reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Vale decir, se respetó cabalmente el principio de participación y el derecho fundamental de consulta que tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacentes en sus territorios.

La Corte advierte que esta consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.”

23. Las reglas que vinculan la explotación de recursos naturales mineros en territorios de las comunidades étnicas y la protección de la identidad diferenciada de las mismas, son una constante en la jurisprudencia constitucional. Así, uno de los fallos más representativos de esa doctrina es la sentencia SU-039/07 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en la que la Sala decidió acerca de la revisión de las decisiones de tutela que promoviera el Defensor del

Pueblo, a favor de los integrantes de la comunidad indígena U'wa. En esta oportunidad, una empresa petrolera solicitó a las autoridades estatales correspondientes la expedición de licencia ambiental para adelantar labores de exploración en una extensa zona de territorio, parte de la cual estaba habitada por miembros de la citada comunidad. La licencia ambiental fue expedida sin que antes se hubiera constatado la participación efectiva de la comunidad indígena, lo que motivó el amparo constitucional, a fin de lograr que se dejara sin efecto dicha licencia, con el objeto que el procedimiento de consulta fuera llevado a cabo, con sujeción a las reglas que le son aplicables.

23.1. La Corte partió de considerar que, de acuerdo con la Constitución, las actividades de aprovechamiento minero que se realicen en zonas en que se encuentren asentadas las comunidades tradicionales, deben ser previamente consultadas con las mismas. Esto con el fin de garantizar el cumplimiento del mandato de participación previsto tanto en el artículo 330 C.P., como en el Convenio 169 de la OIT. Ello en el entendido que (i) existe una cláusula constitucional concreta que impone al Gobierno de propiciar dicha participación; y, en cualquier caso, (ii) la explotación petrolera en los territorios de las comunidades es un asunto que, sin duda alguna, recae en el ámbito de los que los afectan directamente, lo que justifica la consulta previa sobre las medidas correspondientes, para el caso planteado de índole administrativo.

La Corte consideró, del mismo modo, que este deber de garantía de participación de las comunidades diferenciadas encontraba sustento en la necesidad, evidenciada por el Texto Constitucional, de ponderar entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección del medio ambiente, el logro del desarrollo sostenible y la identidad étnica y cultural de las citadas comunidades. Esta ponderación solo es posible si la posición e intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes afectados es integrada al debate sobre la política pública correspondiente. En caso contrario, la actividad estatal desconocería su derecho constitucional al reconocimiento como minoría objeto de especial protección del Estado. Para la Sala, "...[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena. (...) La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de

fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.”

23.2. De otro lado, la Corte también advirtió que la participación de las comunidades étnicas, como paso previo a la expedición de la licencia ambiental, no podía adelantarse de cualquier modo sino que, antes bien, debía cumplir con determinadas condiciones que sean compatibles con el citado deber de protección de la identidad diferenciada, entre ellas, (i) el conocimiento pleno de la comunidad étnica acerca del contenido del proyecto y los mecanismos en que será ejecutado; (ii) que la comunidad sea ilustrada sobre el grado de incidencia que la ejecución del proyecto minera tendrá sobre los elementos y circunstancias que conforman esa identidad diferenciada; (iii) que la comunidad pueda deliberar libremente sobre las ventajas y desventajas del proyecto, de modo que participe efectivamente en la definición del mismo, procurándose la concertación de las medidas correspondientes. Por ende, dicha participación no se perfecciona con la simple notificación a la comunidad acerca del contenido del proyecto; y (iv) en caso que la concertación no sea posible, “..., la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. || En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.” Estas condiciones, de acuerdo con la sentencia en comento, solo se logran a partir del procedimiento de consulta previa, explicado en la presente decisión.

24. Las reglas jurisprudenciales antes expresadas fueron nuevamente utilizadas en la sentencia T-769/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). En este caso, el Ministerio de Minas y Energía había suscrito de concesión minera a favor de una empresa de exploración y explotación, con el fin de desarrollar el proyecto denominado Mandé Norte, el cual se ubicaba parcialmente en el territorio del resguardo indígena de la comunidad Embera de Uradá Jiguamiandó, del departamento del Chocó. Los accionantes, pertenecientes a ese grupo étnico, formularon acción de tutela contra distintos ministerios, entre ellos el mencionado, con el argumento que el proyecto de explotación minera no había sido objeto de consulta ante autoridades representativas de la comunidad indígena.

La Corte concluyó que (i) al tratarse de un proyecto minero adelantado en territorio de la comunidad indígena, debió someterse al procedimiento de consulta previa; (ii) que esa consulta debía cumplir con las condiciones descritas por la jurisprudencia constitucional, entre ellas la representatividad de las comunidades; y (iii) que estos requisitos no se habían cumplido en el caso concreto, por lo que debía protegerse el derecho a la consulta previa, a través de la suspensión de las labores de exploración y explotación, hasta tanto no se verificara la consulta, con el lleno de los requisitos anotados. Así, en lo que tiene que ver con la afectación de los derechos de la comunidad indígena, derivado del desarrollo de proyectos de explotación minera sin su participación oportuna y efectiva, esta Corporación expresó, luego de recapitular las reglas jurisprudenciales sobre la materia, que era importante hacer hincapié en 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.”

25. 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), señaló:

“67. En la documentación remitida a la Corte Constitucional por las distintas organizaciones que participaron en la sesión del 18 de octubre de 2007, se resaltan tres factores transversales que contribuyen a que la población afrodescendiente sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado. Estos factores son (i) una exclusión estructural de la población afrocolombiana que la coloca en situación de mayor marginación y vulnerabilidad; (ii) la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido su despojo; y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afrocolombianos, lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para abandonar sus territorios.

(...)

70. En relación con el segundo factor transversal, en el documento enviado a la Corte Constitucional por CODHES, AFRODES y otras organizaciones de población afrocolombiana, así como en las intervenciones realizadas por varios representantes de las comunidades afro que participaron en la sesión técnica del 18 de octubre de 2007, se resalta como uno de los factores que ha contribuido a aumentar la violencia contra el pueblo afro colombiano en su territorio, las presiones legales e ilegales para promover patrones de desarrollo impulsados por la visión de productividad que caracteriza en las regiones correspondientes al modelo económico mayoritario y desconoce modelos de producción propios de las comunidades afrocolombianas, que favorecen el autoabastecimiento y promueven la protección de la diversidad cultural y biológica de sus territorios.

71. Como consecuencia de ello, según los intervinientes ha aumentado la presencia de megaproyectos agrícolas (monocultivos) o de explotación minera en zonas históricamente habitadas por la población afrocolombiana y sobre territorios ancestrales. Esta situación ha

favorecido la venta de predios ubicados en zonas que aún no han sido objeto de titulación colectiva y con ello, el surgimiento de las amenazas por la presencia de actores armados que intimidan a la población afro con el fin de que abandonen sus territorios, lo cual ha dado lugar a la dinámica de desplazamiento, confinamiento y resistencia que enfrenta la población afro colombiana. A esta presión, se suma la ejercida por la economía del narcotráfico, que tiene una estrecha relación con las actividades y enfrentamientos entre grupos armados ilegales lo que ha provocado una dinámica en los territorios afrocolombianos a través de la cual se generan desplazamientos y confinamientos, particularmente en el Pacífico colombiano.

(...)

76. Según AFRODES, la expansión de la actividad de las empresas mineras también han causado desplazamiento entre los afrocolombianos e impactado negativamente la forma de vida de los mineros artesanales. “La Sociedad Khedada esta abriendo una mina de oro en el Sur de Bolívar en los Municipios de Santa Rosa del Sur y Simití sin haber hecho una consulta previa con estas comunidades. La gente que se opone a éste proyecto ha sido amenazada y se ha denunciado que las Águilas Negras tienen alta presencia en el área y que la seguridad para las comunidades es muy precaria, y podrían llegar a haber masacres y desplazamientos masivos.””

26. Similares consideraciones fueron expuestas por la Corte para el caso de las comunidades indígenas. Así se concluyó en el Auto 004/09, adoptado dentro del proceso de seguimiento antes señalado, según el cual la explotación lícita de recursos mineros también concurría como factor de riesgo de desplazamiento para las comunidades indígenas, en especial debido a su incidencia en territorios estrechamente relacionados con la definición de la identidad diferenciada y las prácticas tradicionales de esos pueblos. Sobre este particular, indicó la Corte:

2.3.2. El desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas. Especialmente preocupante en este sentido es la presencia creciente y registrada de cultivos ilícitos –principalmente coca – y el desarrollo dentro de sus territorios, por actores externos, de distintas actividades vinculadas al tráfico de drogas; pero también se ha reportado, como se verá en el anexo, el desarrollo de actividades lícitas de explotación de recursos naturales, en forma irregular, por actores económicos del sector privado o por los grupos armados ilegales –tales como explotación maderera indiscriminada, siembra y explotación de monocultivos agroindustriales, explotación minera irregular, y otras actividades afines-. A menudo estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; de por sí, se ha reportado que generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos.

En este sentido ha de resaltarse que múltiples grupos indígenas han denunciado estrategias de violencia por parte de los actores armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores económicos que desarrollan estos proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse con los beneficios de tales actividades. Según se denuncia –y se reseña más adelante en el anexo-, aparentemente algunos actores económicos se han aliado

con los actores armados irregulares para generar, dentro de las comunidades indígenas, actos de violencia que eliminen o desplacen a los indígenas de sus territorios ancestrales, despejando así el camino para la implementación de estos proyectos productivos. Ello se deriva, esencialmente, de la existencia de intereses comerciales extensivos en los recursos naturales de sus territorios. En algunos lugares del país es claro que se han vinculado los actores del conflicto armado con intereses económicos, vinculación que es una de las principales causas de desplazamiento forzado.”

27. Adicionalmente, diversas decisiones adoptadas tanto por órganos de justicia del sistema regional de derechos humanos, como en otros documentos del sistema universal y regional, insisten en el vínculo entre la protección de la identidad diferenciada y la explotación de recursos naturales existentes en los territorios de las comunidades étnicas. Así por ejemplo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha puesto de presente cómo los proyectos de desarrollo en los territorios, que son adelantados de forma inconsulta con las comunidades tradicionales afectadas, tienen incidencia directa en el goce y garantía de sus derechos humanos. A este respecto, en el Informe Provisional presentado ante el sexagésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General, celebrada en agosto de 2010, el Relator Especial expresó, al referirse a los proyectos económicos y de infraestructura que afectan a los indígenas, lo siguiente:

“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).

La participación de las comunidades tradicionales en los proyectos que los afectan se explica, del mismo modo, por los potenciales efectos nocivos que tienen los proyectos a gran escala, entre ellos los mineros, para los intereses de las comunidades tradicionales. Estos efectos, a su vez, deben mirarse no solo desde la perspectiva del compromiso específico con territorios “propios” de los pueblos étnicos, sino respecto de toda actividad de desarrollo que llegase a afectar directamente los intereses de los mismos. Esta perspectiva incluye, por supuesto, medidas de carácter general respecto de las cuales se predique ese grado de incidencia. A este respecto, el Relator Especial, en otro de sus informes, esta vez de 2009, señaló:

“43. Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.

44. El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que: “la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos”. Es posible imaginar fácilmente innumerables maneras en que los pueblos indígenas y sus intereses puedan verse afectados por proyectos de desarrollo o por iniciativas legislativas en casos en que carezcan del

correspondiente derecho.

45. Las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses.”(Subrayas no originales)¹⁵

La importancia de la participación de las comunidades tradicionales, en tanto mecanismo que busca evitar la vulneración de sus derechos, propios de su identidad diferenciada, especialmente frente a proyecto de explotación recursos naturales, es un aspecto reiterado en el ámbito interamericano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir el caso Pueblo Saramaka v. Surinam, reiteró su propia jurisprudencia en el sentido que la particular relación que tienen las comunidades indígenas con los territorios en que habitan exige, entre otros asuntos, que las decisiones relativas al aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, esté precedida de la participación de los afectados. Esto so pena de incidir negativamente en la sobrevivencia del pueblo étnico, en tanto comunidad de identidad diferenciada y minoritaria.

“129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)¹⁶ que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

130. Estas salvaguardas, especialmente aquellas referentes a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica

de varios Estados Parte de la Convención¹⁷. En el caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que “la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”^{18.}¹⁹

28. Por último, no puede perderse de vista que, habida cuenta el carácter central que tienen los recursos naturales para la salvaguarda de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el mismo Convenio 169 de la OIT ha considerado necesario prever reglas particulares acerca de la garantía de participación de las comunidades étnicas respecto de las medidas que asuman este tópico. En tal sentido, el artículo 15 de ese instrumento internacional prevé dos reglas a ese respecto, a saber (i) los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; y (ii) en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

29.1. El aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en el territorio en que se asientan las comunidades étnicas y afrodescendientes, es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos. Por ende, tanto las medidas legislativas como administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas comunidades. Un ejemplo de las medidas legislativas de esta naturaleza es el Código de Minas, en tanto regulación general y sistemática acerca de la utilización de los recursos mineros en el país, lo que incluye los territorios ancestrales.

29.2. El deber de participación antes anotado resulta particularmente intenso cuando se trata de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubican las comunidades diferenciadas. Ello debido a que (i) existe un mandato constitucional particular a ese respecto, contenido en el parágrafo del artículo 330 C.P.; (ii) el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT prevé un mandato particular en el mismo sentido, que impone el deber al Estado de consultar a las comunidades toda medida relacionada con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, lo que incluye los recursos mineros; (iii) tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la de tribunales internacionales de derechos humanos, coinciden en que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante

grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas.

29.3. La participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto de las medidas relacionadas con el aprovechamiento de recursos mineros ubicados en sus territorios, debe ser compatible con las condiciones propias de su identidad diferenciada. Por ende, esa participación no puede acreditarse de cualquier modo, sino que debe ajustarse a los requerimientos propios de la consulta previa, en los términos explicados en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia. Esto debido a que tales condiciones permiten que la participación de dichos pueblos étnicos se adelante bajo condiciones de buena fe, información suficiente a las comunidades afectadas, adecuación cultural y oportunidad.

29.4. En la actividad de exploración y explotación minera, para el caso colombiano, convergen diversos factores de riesgos para la vigencia de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas. Aunque se trata de una actividad legal y sometida a fuertes regulaciones, la experiencia histórica ha demostrado que los proyectos mineros son especialmente sensibles a acciones como la incursión de grupos armados ilegales, el desplazamiento forzado de las comunidades que habitan las zonas afectadas y la contaminación del medio ambiente. Estos riesgos, que lastimosamente son connaturales a la actividad minera, exigen un especial deber estatal de garantía de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

29.5. En los casos que debiéndose adelantar la consulta previa, esta es pretermitida, además de afectarse el derecho de las comunidades étnicas al reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, se pone en riesgo a estos pueblos respecto de sus demás derechos constitucionales. Ello en razón de los riesgos propios de la actividad minera, que suelen generar afectaciones concretas a los citados derechos, debido a la ausencia de participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia, como se ha indicado, refuerza la necesidad de llevar a cabo ese procedimiento de consulta, con el cumplimiento estricto de los requisitos explicados por la jurisprudencia constitucional.

Solución del cargo propuesto

30. De acuerdo con la metodología planteada para esta decisión, al igual que los fundamentos jurídicos precedentes, la resolución del cargo propuesto en la demanda obedece a la siguiente estructura de decisión. En primer lugar, deberá determinarse si la Ley 1382/10 es una medida legislativa que afecte directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes y, por ende, debió someterse al procedimiento de consulta previa. Solo si la respuesta a ese primer interrogante es afirmativa, deberá proceder la Corte a comprobar si dicho trámite cumplió con las exigencias descritas en el presente fallo. Pasa la Sala a resolver los asuntos propuestos.

31. Como se explicó anteriormente, a propósito de la definición del contenido y alcance de la Ley 1382/10, esa disposición tiene por objeto reformar varias reglas contenidas en el Código de Minas. Así, para determinar si esa normatividad constituye una medida legislativa que afecte directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, debe cumplirse con pasos argumentativos definidos, relativos a (i) la identificación acerca del objetivo de regulación del Código de Minas; (ii) la caracterización de los pueblos étnicos dentro de esa

regulación; (iii) los objetivos y el alcance de la reforma contenida en la Ley 1382/10; y (iv) la determinación acerca del grado de afectación que tiene dicha reforma en la regulación que incide directamente en las comunidades étnicas.

Ámbito de regulación del Código de Minas

32. El Código de Minas, en tanto se inscribe dentro del concepto jurídico de Código, tiene por objeto ofrecer una regulación general, exclusiva sistemática y exhaustiva respecto de aprovechamiento de los recursos mineros en Colombia, con excepción de los hidrocarburos líquidos y gaseosos. Esa normativa tiene, por ende, una pretensión de generalidad y prevalencia sobre esa área particular de la regulación jurídica.

Estas características de la regulación en comento se hacen explícitas en la lectura de las normas que le sirven de marco general. Así, conforme al artículo 2º C.M., el Código "... regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia."

A su vez, la pretensión de exhaustividad y prevalencia del Código de Minas se hace evidente de la lectura de su artículo 3º, el cual prevé que "[l]as reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente. En consecuencia, las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por este Código, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en este Código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas." Como se observa, este enunciado normativo es específico en señalar que el Código es la norma rectora en materia de actividad minera en el país. Nótese, además, que de acuerdo con la misma regla, el Código es norma general y prevalente incluso para la materia relativa a la participación de las comunidades tradicionales en los proyectos mineros que se desarrollen en sus territorios, puesto que hace referencia al parágrafo del artículo 330 C.P.

Finalmente, el Código de Minas reclama para si naturaleza jurídica exclusiva, al prescribir que las condiciones, requisitos y licencias requeridas para el ejercicio de la actividad minera serán los previstos en esa normatividad y no en otras fuentes. Al respecto, el artículo 4º C.M. dispone que "[l]os requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados. Igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres." (Subrayas no originales).

La regulación de los asuntos de las comunidades tradicionales en el Código de Minas

33. En consideración de las cualidades que el legislador otorgó al Código de Minas, dicha normatividad hace referencia a varios tópicos relacionados con las actividades mineras que conciernen a las comunidades indígenas y afrodescendientes. El inventario de estas referencias es el siguiente.

33.1. Los literales f. y g. del artículo 35 C.M. prevén que podrá adelantarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las áreas constituidas como zonas mineras indígenas o afrodescendientes, a condición que “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”.

33.2. El capítulo XIV del Código de Minas, denominado Grupos Étnicos, fija las reglas particulares sobre el aprovechamiento económico de los recursos mineros en áreas en que se encuentren asentadas comunidades indígenas y afrodescendientes. En razón de la importancia de estas reglas para la solución del cargo propuesto, la Sala considera necesario transcribirlas, así:

Artículo 121. Integridad Cultural. Todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo.

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 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 constituyan.

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 125. Concesión. La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso.

Artículo 126. Acuerdos con terceros. Las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos.

Artículo 127. Áreas indígenas restringidas. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

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 129. Participación económica. Los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de que trata el artículo 123, deberán destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en tales territorios.

Artículo 130. Las Comunidades Negras. Las comunidades negras a que se refiere la Ley 70 de 1993 o demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan, para los efectos de este Código, son también grupos étnicos en relación con los cuales, las obras y trabajos mineros se deberán ejecutar respetando y protegiendo los valores que constituyen su identidad cultural y sus formas tradicionales de producción minera. Este principio se aplicará en cualquier zona del territorio nacional donde se realicen los trabajos de los beneficiarios de un título minero, siempre y cuando estas áreas hubieren sido poseídas en forma regular y permanente por una comunidad o grupo negro.

Artículo 131. Zonas Mineras de Comunidades Negras. Dentro de los terrenos baldíos ribereños, adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, la autoridad minera podrá establecer zonas mineras especiales; establecerá la extensión y linderos de dichas zonas. Dentro de

estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados.

Artículo 132. Conformación de las Comunidades Negras. Las comunidades negras de que trata el artículo anterior son el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación como poblado, que revelan y conservan identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Artículo 133. Derecho de prelación de las Comunidades Negras. Las comunidades negras tendrán 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.

Artículo 134. Zonas Mineras Mixtas. La autoridad minera dentro de los territorios ocupados indistintamente por pueblos indígenas y comunidades negras, establecerá zonas mineras mixtas en beneficio conjunto o compartido de estas minorías a solicitud de uno o los dos grupos étnicos. En estas zonas serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo.

Artículo 135. Acuerdo con terceros. La comunidad o grupos negros que gocen de una concesión dentro de la zona minera de comunidades negras, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes con personas ajenas a ellos.

Artículo 136. Promoción y autoridad minera. La autoridad minera cuando se trate de formulación y desarrollo de proyectos mineros en zonas indígenas y de comunidades negras podrá prestar asistencia técnica en materia de exploración, elaboración de los planes mineros y desarrollo de estos, siempre y cuando dichos proyectos sean adelantados por dichas comunidades. De igual manera, podrá prestar el apoyo correspondiente en materia de promoción y legalización de las áreas.

Adicionalmente a estos preceptos, el artículo 158 C.M. prevé una regla particular, según la cual en los terrenos aluviales declarados como zonas mineras de comunidades afrodescendientes, sólo podrán practicar la actividad minera tradicional de barequeo los vecinos del lugar autorizados por el alcalde y que pertenezcan a la comunidad en cuyo beneficio se hubiere constituido dicha zona. En estos casos, el alcalde obrará en coordinación con las autoridades de las comunidades beneficiarias de la zona minera.

33.3. Del análisis de las normas transcritas, que conforman el régimen para la actividad minera en los territorios de las actividades mineras, la Corte concluye los siguientes tópicos:

33.3.1. El Código de Minas permite las actividades de exploración y explotación en las áreas en que se encuentran asentadas comunidades indígenas y afrodescendientes. Sin embargo, en razón de las particularidades de dichos pueblos, impone al Estado y a los concesionarios mineros determinadas obligaciones, que son de aplicación restringida, esto es, predicables solo cuando la actividad minera se desarrolle en dichos territorios.

33.3.2. La primera medida particular sobre el t3pico en comento es la delimitaci3n de las zonas de mineras ind3genas, afrodescendientes o mixtas, herramienta que tiene por objeto fijar la extensi3n territorial en donde las obligaciones particulares del Estado y el concesionario resultan aplicables. De conformidad con el art3culo 332 C.M., tales zonas deben incorporarse en el Registro Minero.

33.3.3. En cuanto al contenido particular de las mencionadas obligaciones, se advierte que las normas prev3n asuntos relativos a (i) la obligaci3n del concesionario de reconocer, respetar y garantizar las tradiciones y pr3cticas de la comunidades tradicionales ubicadas en el territorio afectado; (ii) la participaci3n obligatoria de las comunidades 3tnicas para la aprobaci3n de proyectos de exploraci3n y explotaci3n en sus territorios por parte de terceros; (iii) la competencia de las autoridades tradicionales para determinar qu3 3reas dentro de la zona minera no pueden ser objeto de actividades de aprovechamiento; (iv) la obligaci3n de los concesionarios mineros en zonas mineras ind3genas, afrodescendientes o mixtas de vincular para el desempe1o de las actividades de exploraci3n y explotaci3n a la comunidad, y a capacitarla para el efecto; (v) la prelati3n de las comunidades 3tnicas para obtener la concesi3n minera de territorios tradicionales, respecto de terceros no pertenecientes a la etnia o grupo. Para ello, el art3culo 275 C.M. prev3 la comunicaci3n a las comunidades de la propuesta de concesi3n minera del tercero, a fin que hagan valer esa prelati3n si as3 lo desean; (vi) la obligaci3n de las entidades territoriales que perciban regal3as derivadas de la explotaci3n de recursos mineros en zonas tradicionales, a que las destinen en obras y servicios para el beneficio de las comunidades 3tnicas asentadas en el 3rea explotada (vii) la potestad de la autoridad minera para prestar asesor3a para la formulaci3n de proyectos mineros, cuando estos sean desarrollados por las comunidades tradicionales; y (viii) la prohibici3n particular para el ejercicio de barequeo en zonas mineras de comunidades afrodescendientes, por parte de terceros ajenos a las mismas.

33.4. Como se observa, las normas del C3digo de Minas antes explicadas permiten las actividades de exploraci3n y explotaci3n en los territorios tradicionales, bajo ciertas condiciones y con el cumplimiento de determinados requisitos y obligaciones por parte del Estado y los concesionarios. Sin embargo, el C3digo no prev3 un r3gimen exceptuado, aut3nomo y separado para dichas actividades de aprovechamiento minero, de lo cual se concluye forzosamente que en lo no regulado por las normas particulares antes descritas, se aplican las disposiciones generales del C3digo de Minas, oponibles a las distintas actividades de explotaci3n minera, preceptos que, a su vez, tienen vigencia respecto de la exploraci3n y explotaci3n de recursos mineros ubicados en las 3reas declaradas como zonas mineras ind3genas, afrodescendientes o mixtas. Ello en raz3n que, como se explic3 en el fundamento jur3dico 32, esa normatividad busca regular de forma exclusiva, exhaustiva, sistem3tica y prevalente, el aprovechamiento de los recursos mineros del pa3s, con excepci3n de los hidrocarburos l3quidos y gaseosos.

Los efectos de la Ley 1382/10 en la regulaci3n de los intereses de las comunidades tradicionales dentro del C3digo de Minas

34. En apartado anterior de esta sentencia fue explicado por la Corte c3mo la Ley 1382/10, aunque contiene reformas puntuales al C3digo de Minas, se trata de una normatividad que responde un prop3sito espec3fico e identificable, consistente en la modificaci3n de dicho

Código, a efectos de modernizar la legislación minera, de cara a obtener instituciones y procedimientos que permitieran (i) el aprovechamiento de recursos de manera competitiva; (ii) facilitar y ampliar la inversión, incluso de origen extranjero, en la actividad minera del país; (iii) formalizar las actividades mineras existentes y tecnificar las modalidades tradicionales y artesanales de explotación; (iv) incidir en el crecimiento económico y la superación de la pobreza; y (v) lograr conciliar la actividad minera con el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente.

Para lograr estos múltiples objetivos, la Ley acusada incorporó variadas adiciones y modificaciones al Código de Minas, que fueron explicadas en detalle en el fundamento jurídico 20. Las materias objeto de reforma versan, entre otros aspectos, sobre la reformulación del procedimiento para la entrega de concesiones mineras; las reglas sobre reservas especiales de explotación y formalización de minería artesanal, los preceptos sobre zonas excluidas de minería por razones ambientales; las normas técnicas sobre incidencia ambiental de proyectos mineros; el régimen de prórrogas de contratos de concesión, las disposiciones sobre obtención, trámite y requisitos de la licencia ambiental para proyectos mineros; el procedimiento y condiciones de constitución de servidumbres para la exploración y explotación; las competencias y trámite para la conformación de áreas de integración minera; y el régimen sobre contraprestaciones y sanciones relacionadas con las citadas actividades de exploración y explotación.

35. Algunos intervinientes sostienen que las normas acusadas no afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, puesto que no plantean reformas o adiciones a los preceptos del Código de Minas que hacen referencia a las actividades de aprovechamiento minero en sus territorios. La Corte advierte, en contrario, que los contenidos de la Ley 1382/10 sí conforman medidas que afectan directamente a los pueblos étnicos. Esto debido a que si bien no reforman expresamente las disposiciones del capítulo XIV del Código de Minas, en cualquier caso prevén reglas que tienen aplicación en los territorios de dichas comunidades.

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.

De esta manera, como la Ley 1382/10 contiene decisiones legislativas que inciden directamente en la explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas, su expedición debió estar precedida de espacios de participación para dichos pueblos, en los términos del parágrafo del artículo 330 C.P. y los artículos 6º y 15 del Convenio 169 de la OIT. Esto se sustenta en el hecho que tales disposiciones son aplicables a las actividades de exploración y explotación minera en dichos territorios. En consecuencia, al tratarse de medidas legislativas que afectan directamente a las comunidades, de conformidad con lo expuesto en este fallo, debieron someterse al trámite de consulta previa, de acuerdo a los requisitos y etapas explicados en esta sentencia.

36. No obstante, contra esta conclusión puede plantearse válidamente que la aplicación de los diferentes preceptos de la Ley 1382/10 es enervada por la misma norma, la cual plantea una fórmula de exclusión en su artículo 28. En efecto, dicha regla de derecho señala que “las disposiciones de la presente ley no modifican ni derogan las garantías y derechos consagrados en la Ley 70 de 1993 y en el Código de Minas a favor de los grupos étnicos.”

Esta norma es entendida por algunos intervinientes como (i) una cláusula de salvaguarda de los intereses de las comunidades étnicas, respecto de la aplicación de la reforma legal; y/o (ii) la comprobación que la Ley 1382/10 no afecta directamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes, en tanto no incorpora modificaciones al régimen legal aplicable a los mismos.

La Corte desestima estas dos posiciones planteadas y, en cambio, concluye que el mencionado artículo no tiene el efecto de enervar la afectación directa que las normas de la Ley 1382/10 generan para las comunidades étnicas, como pasa a explicarse.

36.1. En cuanto a la presencia de una cláusula de salvaguarda en la norma analizada, la Sala advierte que no es viable inferir un precepto en ese sentido. El artículo 28 de la Ley 1382/10 señala que las normas de esa preceptiva no modifican ni derogan las garantías que a favor de las comunidades étnicas, previstas tanto en el Código de Minas como en la Ley 70/93, en este último caso respecto de las comunidades afrodescendientes. Esta regla de derecho no tiene un propósito distinto que regular un aspecto particular de los efectos derogatorios de la Ley 1382/10 respecto de otras normas del ordenamiento, para señalar que ese fenómeno no opera frente a determinadas disposiciones. Sin embargo, en modo alguno es posible concluir de esta previsión que las normas del Código del Minas, entre ellas las reformadas por la Ley 1382/10, no son aplicables respecto de las actividades de explotación y exploración minera. El artículo analizado se limita a decir que las previsiones de la citada Ley no inciden en las reglas particulares que regulan los “asuntos mineros” de las comunidades étnicas. Empero, como se demostró en el fundamento jurídico 35, el ordenamiento jurídico no ofrece un régimen de actividades mineras separado y autónomo para dichas comunidades, lo que necesariamente implica que le son aplicables las reglas generales, entre ellas las que fueron objeto de reforma por parte de la Ley 1382/10, conclusión que permanece inalterada frente a lo previsto en la norma analizada.

Inclusive, la Sala considera que lo regulado en el artículo 28 de la Ley 1382/10 no plantea ningún efecto trascendente en lo que tiene que ver con la regulación de los tópicos mineros que interesan a las comunidades diferenciadas. Además de lo explicado, es claro que una norma del Código de Minas no podría válidamente alterar el régimen jurídico de reconocimiento y garantía de la diversidad étnica y cultural de dichos pueblos, ni menos modificar previsiones de naturaleza estatutaria, como sucede con la Ley 70/93.

36.2. Las razones expuestas sirven para dar respuesta al segundo cuestionamiento. Es evidente que el artículo 28 de la Ley 1382/10 no tiene un alcance tal que elimine la incidencia de las reglas de esa normatividad sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello debido a que, como se ha repetido insistentemente, tales reglas y, en general, el Código de Minas, son aplicables frente al aprovechamiento minero en los territorios ancestrales. La vigencia de tales normas en ese escenario no resulta afectada por

la disposición en comento, pues de la misma no es jurídicamente admisible colegir que excluye de la aplicación del Código de Minas y sus reformas a las actividades de exploración y explotación minera en las zonas indígenas, afrodescendientes o mixtas.

37. En suma, la Corte concluye que la Ley 1382/10 contiene diversas e importantes reformas a distintos aspectos del Código de Minas, que modifican o adicionan reglas legales que son aplicables respecto del aprovechamiento minero en los territorios indígenas y afrodescendientes. Estas disposiciones, por ende, afectan directamente a las comunidades étnicas, puesto que (i) como se indicó, son aplicables a la actividad minera en sus territorios ancestrales, de forma articulada con las condiciones y límites que el mismo Código de Minas prevé para la actividad minera en los territorios ancestrales; y (ii) existe un consenso, tanto en la jurisprudencia constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos, respecto de la estrecha relación entre la salvaguarda de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas y su participación en el diseño y ejecución de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de los recursos naturales en sus territorios, entre ellos los mineros. Esto debido a la especial significación que para dicha identidad tiene el vínculo entre la comunidad y la tierra en que se asienta, que se extiende a los recursos naturales en ella contenidos. Por lo tanto, la Ley 1382/10 debió ser objeto de procedimiento de consulta previa de medidas legislativas, con sujeción a los requisitos y condiciones jurídicas y materiales descritas en este fallo.

Omisión del procedimiento de consulta previa. Inexequibilidad de la ley acusada

38. Habida consideración de lo expuesto y según la metodología determinada por la Sala en el fundamento jurídico 30, comprobada la obligación constitucional de satisfacción del derecho de consulta previa respecto de la norma acusada, debe la Corte determinar si esta fue llevada a cabo, con sujeción a las condiciones explicadas en esta sentencia.

La respuesta a este interrogante es negativa. En efecto, a partir del análisis de las pruebas sobre el procedimiento legislativo recaudadas en este proceso, se comprobó que (i) la presentación del proyecto de ley ante el Congreso no estuvo precedida de ningún trámite de consulta con autoridades representativas de las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) los escenarios de participación ciudadana durante el trámite no contaron con espacios particulares para la consulta a tales comunidades. Sobre este último aspecto, se tiene que los secretarios de las comisiones quintas de Senado y Cámara certificaron que durante el trámite legislativo de se adelantaron foros y audiencias públicas sobre la iniciativa de reforma al Código de Minas.²⁰ No obstante, tales escenarios de participación tuvieron carácter ordinario, dirigido a la ciudadanía en general y no precedieron al trámite del proyecto de ley, sino que se hicieron en el marco del mismo y, por ende, no contaron con el procedimiento y condiciones propias de la consulta previa. En ese sentido, no configuran sucedáneos de ese trámite particular y concreto. Del mismo modo, tampoco concurre en los proyectos de ley acumulados y sus correspondientes exposiciones de motivos, evidencia que el Gobierno o los ponentes hayan realizado algún trámite relacionado con la consulta previa de la iniciativa.²¹

Antes bien, para los congresistas resultaba claro que ese procedimiento se había omitido. No obstante, la posición mayoritaria dentro de las cámaras fue que el trámite de consulta previa

no era necesario para el caso planteado, pues en su criterio no se trataba de una norma que incidiera directamente en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Para ello, fueron expuestos argumentos similares a los indicados por algunos de los intervinientes en este proceso, explicados en este fallo. Sobre el particular, resulta ilustrativa la discusión adelantada en la Comisión Quinta del Senado durante el primer debate del proyecto de ley. En esa sesión, uno de los senadores por minorías étnicas, apoyado en su posición por otros senadores del sector minoritario, puso de presente la posible inconstitucionalidad de la iniciativa por la omisión del requisito de consulta, a partir de lo cual solicitó el archivo del proyecto. Sin embargo, sus peticiones no fueron aceptadas por los demás legisladores, al considerar, contrario a como se demostró en este fallo, que la reforma al Código de Minas no requería de consulta previa, al no incluir modificaciones a las reglas de esa normativa que refieren a las prerrogativas de los grupos étnicos. Al respecto, en el acta de la sesión en comento se señaló:

“Expresa el Senador Ernesto Ramiro Estacio:

Yo quisiera iniciar primero con una contextualización, porque se ha referido el Senador Manzur a los pueblos Indígenas y sobre todo con el tema de la consulta previa, para mirar que este proyecto sí tiene relación con los pueblos y las comunidades Indígenas y precisamente dónde afecta este proyecto.

Miren, nosotros estamos distribuidos a lo largo y ancho del país, somos 84 pueblos Indígenas legalmente reconocidos, pero según nuestros estudios, avanzamos a 94 pueblos Indígenas. Estamos distribuidos en los departamentos de La Guajira, Cesar, Vichada, Córdoba, Chocó, Caldas, Cauca y Nariño. De ellos, en la mayoría de los Departamentos existen resguardos Indígenas legalmente constituidos, asociaciones de Cabildos reconocidas por un Decreto, o en el marco del Decreto 1088 de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia, diciendo que los territorios Indígenas son imprescriptibles, inalienables e inembargables.

Aparte de eso, a las instituciones de los Cabildos se les reconoce como una institución de carácter especial, sujetos de derechos colectivos en sus comunidades, pero también ambientales. Y los pueblos Indígenas en ese orden de ideas, han logrado un reconocimiento como ese derecho a la consulta previa que se ratifica en Colombia por la Ley 21 del protocolo de Ginebra de la OIT.

También hay otros derechos Constitucionales. El artículo 330 de la Constitución habla del desmedro cultural. Cuando haya proyectos que afecten directamente a los pueblos Indígenas y tengan que ver con la explotación de los recursos naturales tiene que aplicarse ese concepto del desmedro cultural; aunque en la Constituyente se planteó que debería aducirse mucho a la objeción cultural. Todo proyecto que en asuntos de minas, en asuntos relacionados con el deterioro cultural de la identidad, del territorio y los afecten, deben ser consultados y concertados previa información con los pueblos Indígenas. Con eso debo decirle entonces que en los territorios Indígenas hay recursos minerales, ahí están las minas y no podríamos decir que en los territorios no hay minas y que este proyecto no afecta.

Es algo equivocado Senador Manzur, decir que esto no afecta para nada a los pueblos Indígenas y mucho menos cuando la Ley 21 con el convenio 169, plantea que en medidas legislativas, debe consultarse a los pueblos Indígenas.

Por eso también existe señor Presidente, una Comisión que está reglamentada también con la Dirección de Etnias, que se le ha denominado “La Mesa de concertación entre Pueblos Indígenas y el Gobierno”; ahí hacen presencia y hacen parte las organizaciones Indígenas a nivel del país, la ONIC, la OPIAC, AICO, organizaciones del orden regional y del orden nacional; pero que yo sepa, hasta esta fecha no ha habido una mesa de concertación para tratar el Código Minero.

En ese orden de ideas entonces no podremos decir que esto no afecta las comunidades. Existen los instrumentos, los espacios para que se dialogue y se concerte, pero en este caso no se ha concertado en la Mesa Nacional de Territorios.

Que si esto afecta o no afecta a los pueblos Indígenas, claro que afecta. Miren, en la Guajira con lo de la sal, en el Putumayo, en el Vichada, en el Chocó, en Santander con el pueblo U'wa, ahí están pueblos Indígenas. Entonces, no podemos decir que no afecta.

(...)

Han existido cantidad de problemas, pero contextualizando un poco y respecto a la consulta previa, es muy curioso lo que en estos últimos días está sucediendo. Cosas que si les conviene, dicen que hay que hacer consulta previa, pero si no les conviene, plantean que no hay que hacer consulta previa. Pero lo más curioso es que el Gobierno de Colombia, cuando se plantea la declaración de los derechos de los pueblos Indígenas en la ONU, dicen que no firma dizque porque no hizo consulta previa, es lo más curioso.

Entonces, nosotros no entendemos la posición en este caso con los pueblos Indígenas, de ellos hacia nosotros, pero nosotros sí la entendemos claramente porque en ningún momento están primero dando las facultades para el ejercicio de la autonomía, para el respeto del territorio, para el respeto de la identidad, para fortalecernos como pueblos y comunidades Indígenas y vivir tranquilamente en nuestros territorios; entonces, es cosa curiosa.

El otro día el Senador Milton aducía que Colombia no votó la declaración de los derechos de los pueblos Indígenas en la ONU, precisamente por falta de consulta previa. Ahora, en este proyecto minero que sí afecta a los pueblos Indígenas, dicen que no hay que hacer consulta previa precisamente porque no afecta.

Para su información Senador Manzur, hay una Mesa creada, constituida legalmente, entre las organizaciones Indígenas y el Gobierno para que se discutan esos temas, esa Mesa no ha sido citada. Tan solo para dejar ese tema de la consulta previa y lo relacionado con la ONU.

Hemos mirado también y hemos recibido varios conceptos, el mismo concepto de la Comisión Colombiana de Juristas plantea eso, sobre la consulta previa. Creo que el concepto de la Procuraduría también aduce de que sin consulta previa con pueblos Indígenas y que no se hizo, no hay Constitucionalidad de este proyecto.

(...)

Hemos mirado también revisando un poco el proyecto, si afecta o no afecta a los pequeños mineros, pues nosotros vemos que sí afecta. Tan solo en la excepción del proceso licitatorio, pues no les van a dar la posibilidad a los pequeños, medianos para hacer eso, entonces ahí

se abre la puerta para que entren, como dice el doctor Robledo, las multinacionales, o sea, no lo vemos claro en esa excepción del proceso licitatorio y el Senador Jaramillo ha planteado también, no hay claridad en la excepción del proceso licitatorio en este caso para los pequeños mineros. Entonces, nosotros vemos ahí que se abre la puerta grande para que entren otras empresas grandes y se adueñen de nuestros recursos minerales. Es la concepción que nosotros tenemos.

(...)

Debo decir que hay disposición de los pueblos Indígenas, en ningún momento están cerrados a escuchar, a dialogar, a hablar al respecto y nosotros como voceros aquí en esta Comisión, hasta que no se agote ese proceso, sería incomodo para nosotros permitir que esto avance, cuando nos saltamos ese proceso y ese procedimiento.

Entonces, quería dejar también esa constancia señor Presidente y mis consideraciones con las cuales yo las presento para que el proyecto se archive, o si es el caso, se vuelva a corregir, surta el debido proceso, y se vuelva a plantear en otra ocasión.

Manifiesta el honorable Senador Julio Manzur Abdala:

Senador Estacio, yo quiero hacer unas apreciaciones sobre lo que usted dijo en la mañana del día de hoy. Primero, siempre hemos tenido respeto en el Congreso de la República especialmente en la Comisión Quinta, por los pueblos Afrodescendientes, por la población Indígena, por toda la población trivial de Colombia y nosotros sabemos plenamente que en la Constitución, en su artículo 330, en los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 40, existen unas normas que son de obligatorio cumplimiento, así como el convenio 169 de la OIT; yo lo tengo absolutamente claro, pero permítame decirles que nosotros hemos hecho foros para que ustedes tengan la oportunidad de explicar qué les duele y dónde les duele a los Indígenas de Colombia en estas modificaciones que se le están haciendo a una Ley de la República que está plenamente determinada y en ejercicio del Código de Minas la Ley 685 del año 2001.

En las modificaciones señor Presidente, señores Congresistas no se eleva ninguna lesión a las poblaciones Indígenas y si el Senador Estacio me puede decir en cuál de los artículos se le hace un daño a los derechos Constitucionales de los Indígenas, que me diga en cuáles para hacerle las modificaciones. En ninguno de los más de 20 artículos que tiene este Proyecto de ley, se lesiona la autonomía, ni los principios de igualdad, o los derechos constituidos de los Indígenas de Colombia. Y si le quiero decir, que si, nosotros estamos al legislar, pero legislar para cada una de las etnias del país y para el resto de los colombianos, es supremamente difícil Senador Estacio.

Yo lo he dicho en múltiples oportunidades aquí, no es nuestro interés perjudicar, pero tampoco es nuestro interés en que cada vez que vamos a legislar, tenemos que abrir un capítulo aparte para modificar algunos artículos que beneficien más y más a algunas poblaciones o etnias regulares o irregulares en el país.

(...)

Y quiero dejar claro aquí frente a la opinión pública del país. Cada vez que se hace una

explotación minera, una exploración minera, se hace un daño ecológico. Lo que nosotros tratamos de hacer frente a las valoraciones económicas de una explotación de esta naturaleza, es disminuir lógicamente el golpe que proporciona al ambiente una exploración y una explotación de esta naturaleza y lo estamos haciendo por escrito, dejándolo además en la conciencia ciudadana y lo hemos hecho en todos los foros Senador Estacio, dejándole en la conciencia ciudadana de quienes exploran y explotan minas para beneficio personal y lógicamente para la utilidad nacional, que tengan un poquito de conciencia ambiental, que lógicamente invierta en procesos verdes que nos permitan en un momento determinado obtener los beneficios internacionales frente a estos procesos.

Con eso yo le quiero afirmar a usted señor Senador Estacio, que usted no tiene para mi juicio, razones para decir que se archive un proyecto porque se lesiona a la identidad, o a los procesos, o a los beneficios, o a la naturaleza indigenista en el territorio nacional, porque si usted me muestra un solo artículo modificado, porque aquí lo que hemos hecho es modificar unos artículos y adicionar 2 ó 3 artículos que van a permitir una mejor estadía del medio ambiente en la conciencia nacional. Y si usted me dice cuáles son los artículos, yo no tengo inconveniente en hacer lógicamente lo que usted nos solicita a la consulta previa, a pesar de que nosotros consideramos consulta previa, los foros que en el escenario nacional se han realizado para tal fin.

Precisa el honorable Senador Ernesto Ramiro Estacio:

Lo de la consulta previa lo decimos nosotros, pero también lo está diciendo la Procuraduría, como un ente de control dentro del Gobierno.

Ahora, respecto a los foros, una cosa es un foro y otra cosa es una consulta previa. Yo estoy recordando que aquí existe una Mesa Nacional de Territorios, creada mediante un decreto por el Ministerio del Interior, donde participan los pueblos Indígenas y ese espacio que es para allí debatirse, no se ha hecho.

Es el procedimiento, si eso se hace, se discute, se analiza, se mira los impactos positivos, negativos para los pueblos Indígenas, sí es necesario también dar buenos aportes, pues tampoco habría problema, pero aquí se está saltando ese paso Constitucional, reconocido por Ley 21 del Congreso de Colombia.

(...)

En uso de la palabra, anota el honorable Senador Antonio Valencia Duque:

Quiero celebrar realmente el que en este Proyecto de ley haya habido una amplia participación y muchísimo interés de todos los honorables Senadores, y prueba de ello es la participación que ha habido hoy y que esperamos que sea todavía más fluida en la próxima sesión.

Yo sí creo que no tendría objeto esperar a que el Ministro esté si nosotros vamos a hacer el debate sobre el articulado hoy. Incluso, podríamos llegar a concertar algunos temas en los que de pronto tengamos posiciones dispares y que bien sea en la sesión del próximo martes o el próximo miércoles, con la presencia del señor Ministro, pudiéramos llegar ya a unos

acuerdos, incluso, creo que la misma posición del Senador Estacio que está pidiendo que sea archivado el proyecto, pues como ya lo decía el Senador Mora, invitarlo a que nos de sus iniciativas, nos diga en qué hay que mejorar el proyecto, que explícitamente se diga en qué artículos se está violando la ley, o se está quebrantando el orden Constitucional, no se está dando cumplimiento a la Ley 21 del 70 y demás normas.

Si realmente como ellos consideran dónde está la posición de la Procuraduría que decía él, que dice que el proyecto tiene que ser concertado, no he visto ninguna posición de la Procuraduría, si él la tiene pues no nos la leyó, no nos la hizo llegar.

De tal manera que yo sí invitaría más bien a que dentro de una amplia concertación, más que decir que no se siga el proyecto porque el señor Ministro no está, es porque queremos escuchar sus posiciones, para que entre todos, tanto con la posición de quienes están pidiendo que se archive, como quienes tenemos algunas posiciones dispares con lo de la ponencia principal del doctor Julio, que ha sido muy elaborada, podamos tener algo ya definitivo con todas las apreciaciones, incluso a ver hasta dónde tenemos que tener en cuenta algo de la posición de la Contraloría y así tengamos una posición definitiva en la próxima sesión.

(...)

Interviene el honorable Senador Jorge Robledo Castillo quien expresa:

(...)

Yo creo Senador Manzur, como dice el Senador Estacio y no hay que irritarse con el Senador Estacio, a mí francamente no me gusta una cierta irritación, cuando el Senador Estacio defiende aquí o expresa su punto de vista indígena, yo siento como que se irritan; pero yo creo que él tiene razón cuando dice que este proyecto no fue consultado, no fue consultado, pero entonces aquí dicen, no, sí fue consultado, pero ojo Senador Manzur, también dijeron que había sido consultada la ley forestal que ustedes aprobaron aquí y ya la Procuraduría dijo -y a eso era lo que se refería el Senador Estacio-, que no se consultó y que eso le da un vicio de nulidad, o sea, ya le pasó a esta Comisión Senador Manzur, ustedes aquí aprobaron la ley forestal en contra de la opinión del Senador Estacio, que dijo que no habían consultado.

Un foro no es una consulta, una consulta es una cosa más compleja y por supuesto que este Código afecta de una u otra manera los derechos Indígenas. Por ejemplo, le voy a poner uno bien peliagudo, que lo garantizó la Drummond en un último contrato, en un otrosí del contrato, o si no, no hubiera pagado la plata esa que debía, que es que no le pueden dar a otra empresa condiciones mejores que a Drummond porque se le daña la competitividad a Drummond, mire usted y eso afecta a los Indígenas. Si los Indígenas tienen una mina de cualquier cosa y usted le da a otro minero, cerca de esa mina unas condiciones económicas mejores que al Indígena, lo está lesionando, lo saca del negocio.

Pero podríamos mirar eso con más detalle, pero créame que es así, no consultaron y por supuesto que lo afecta, por supuesto que lo afecta. Este ejemplo que le acabo de poner lo metió Drummond en un contrato, Drummond le dijo; les pago la plata que les debo, reducida por supuesto, porque tampoco es que sean tan generosos, pero eso sí, me meten

este otro punto en el contrato, o sea, nadie en Colombia podrá tener un contrato, para el Estado colombiano, mejor que el que tiene Drummond.

(...).

Solicita el uso de la palabra el honorable Senador Oscar Josué Reyes Cárdenas quien expresa:

(...)

Este Código de Minas vamos a analizarlo poco a poco y lo vamos a estudiar. Yo no creo que lo aconsejable sea archivarlo como dice el Senador Estacio, vamos a mirar qué es lo que están perjudicados los Indígenas, en qué los están perjudicando y lo metemos aquí. Y en eso créame Senador y Senadores que yo aquí estoy para ayudar, es lo que el pueblo colombiano quiere, mejor dicho, aquí no vamos a aprobar nada que vaya a afectar al pueblo colombiano.

(...)

En uso de la palabra, dice el honorable Senador Humberto de Jesús Builes Correa: Primero que todo respecto a la intervención del doctor Ernesto Ramiro Estacio, que hablaba de que la ley forestal no fue concertada y recuerdo que el Senador Jumí nos aplazó por ahí 5 ó 6 sesiones la votación de la ley porque nos llevó a varias partes del país a consultar. Acá nos trajo a todas las autoridades Indígenas, nos trajo a todos los asesores, todas las ONG, nos trajo todo tipo de controles y auditorías y todo lo que encontró. Nos hizo hacer todos los trámites en lo que tenía que ver con los Indígenas, en lo habido y por haber, respecto al Proyecto de ley forestal, de pronto se nos quedó alguno por fuera, pero con seguridad que la mesa de concertación la hubo y que aquí estuvieron todas las autoridades asesoras, consultoras, nacionales e internacionales y todas las ONG.

(...).

El turno es para el honorable Senador Milton Rodríguez Sarmiento y señala en su intervención:

(...)

Para terminar, yo sí quiero llamar la atención sobre el tema del Senador Estacio. Miren, lamentablemente el problema es que aquí en Colombia, nosotros y particularmente la Comisión Segunda es muy alegre cuando aprueba las leyes aprobatorias de Tratados. Y es muy alegre porque como además los Tratados solo se aprueban o se imprueban, y no se le pueden hacer modificaciones salvo algunas cláusulas interpretativas que en eso la Corte Constitucional ha tenido algunas tesis bien diversas sobre la materia, resulta que nosotros incorporamos el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que hace parte por supuesto del bloque de Constitucionalidad y lo incorporamos a través, si no estoy mal de la Ley 23 del 91; y ahí tenemos unas dificultades y a mí me gustaría llamar la atención de los ponentes para que se revisen las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional que llaman la atención sobre el tema: La Sentencia C-139 del 96; la Sentencia CU-039 del 97; la Sentencia T-188 del 93; la Sentencia T-254 del 94; la Sentencia 308 del 93; la Sentencia

T-342 del 94; la Sentencia T-380 del 93; la Sentencia T-652 del 98 y esto lo hago en el mayor ánimo constructivo y no lo hago con el ánimo de torpedear el proyecto, sino, con el ánimo de blindarlo de posibles vicios de Inconstitucionalidad que pueda tener hacia el futuro, porque es que la Corte bien se ha pronunciado, cuándo se debe aplicar la consulta previa y dice: ¿cuando se vayan a tomar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar los derechos de las comunidades Indígenas.

O sea, que vale decir que no es solo cuando se están adelantando proyectos, cuando se está desarrollando la tarea del licenciamiento ambiental, sino que hay que revisar y revisar con lupa en el proyecto, porque si no se agotó la instancia de la consulta previa y yo llegué a esta Comisión escasamente hace 3 meses y desconozco el trámite que se le hubiera podido dar, únicamente estuvimos en la audiencia pública, donde además, hubo una participación muy nutrida, pero yo sí quisiera que en ese tema de los Indígenas, saber qué tipo de consulta se hizo, porque no es cualquier consulta, en eso exige también la Norma Constitucional que esa consulta debe garantizar un conocimiento pleno, una participación activa y efectiva, libre de interferencias y de alguna manera este es un problema complicado, porque querámoslo o no, vamos a someter estas Normas de todas maneras al juicio de Constitucionalidad.

El doctor Builes dice que en el tema forestal sí se hicieron esas consultas, realmente yo tampoco estaba en esa época en el Congreso cuando se realizó ese tema, pero habrá que ver cómo se pronuncia la Corte en esa materia, porque sé que uno de los fundamentos de la demanda de Inconstitucionalidad de la ley forestal, fue precisamente la omisión del tema de la consulta. Y este no es un tema de poca monta, es la modificación al Código de Minas, entonces yo llamo la atención en ese aspecto particular.”²²

39. En ese orden de ideas, la Corte advierte que concurren en el presente proceso de inconstitucionalidad suficientes elementos de juicio para concluir que el procedimiento de consulta previa no fue llevado a cabo respecto de la Ley 1382/10. Por lo tanto, comprobada esta omisión, debe la Sala determinar la consecuencia jurídico constitucional de la misma.

Según se explicó en el fundamento jurídico 15 de esta sentencia, la omisión del procedimiento de consulta previa tiene como consecuencia prima facie la inexecutable de la medida legislativa correspondiente, en razón de vulnerar materialmente la Constitución, en cuanto al derecho fundamental de participación, mediante el trámite de consulta, que tienen las comunidades indígenas y afrodescendientes. Sobre este tópico debe insistirse en el carácter material del vicio evidenciado. Así, en la sentencia C-175/09, reiterándose la posición evidenciada en el fallo C-030/08, se puso de presente cómo “...la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva prima facie a la inexecutable de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales.”

Esta naturaleza material del vicio por omisión de consulta previa, conlleva también como consecuencia de técnica constitucional que, demostrado el yerro, no resulte aplicable el procedimiento de subsanación previsto en el parágrafo del artículo 241 C.P. Ello debido a que ese trámite aplica exclusivamente para los vicios de procedimiento en la formación de las leyes.

40.1. Para resolver este asunto, debe partirse de reiterar que los distintos contenidos de la Ley 1382/10 tienen por objeto modificar o adicionar reglas del Código de Minas que son aplicables a las actividades de exploración y explotación minera en los territorios de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En ese sentido, las disposiciones de esa normatividad logran su incidencia directa en los pueblos étnicos, puesto que tratan sobre aspectos regulatorios del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables en las zonas en que se asientan, asuntos que tienen una especial relación con la salvaguarda y la definición de la identidad diferenciada de dichos pueblos.

Además, el carácter extenso y detallado de la reforma al Código de Minas contenida en la Ley 1382/10 se explica en que el hecho que, lejos de tratarse de un ajuste puntual a ese Código, en realidad conforma una modificación profunda y sistemática, con uniformidad de criterio y destinada a reformular la regulación minera, con el fin de lograr un grupo definido de objetivos, descritos en el fundamento jurídico 34 de esta sentencia. En ese sentido, teniéndose en cuenta que (i) todas las normas contenidas en la Ley 1382/10 son susceptibles de ser aplicadas en los territorios indígenas y afrodescendientes; (ii) estas normas están articuladas sistemáticamente para la reformulación del concepto mismo de actividad minera en el país; y; (iii) la explotación de los recursos mineros es un aspecto crucial en la protección de su diversidad étnica y cultural, no es viable desagregar de la norma acusada aquellos preceptos que afectan o no a los pueblos étnicos. Esta circunstancia descarta, de suyo, la posibilidad de la inexecutable parcial de la normativa acusada.

Igualmente, tampoco resulta válida una fórmula de condicionamiento de la constitucionalidad de la Ley 1382/10, en el sentido que su exequibilidad dependa de la exclusión en su aplicación a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello debido a que tal alternativa genera un déficit de protección de los derechos de los pueblos étnicos, puesto que carecerían de regulación legal frente a la protección de sus intereses, en el marco del aprovechamiento minero en sus territorios. A este respecto, en la sentencia C-175/09, que se enfrentó a un problema jurídico análogo en relación con la Ley 1152/07 - Estatuto de Desarrollo Rural, la Sala expresó que "...el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural solicita a la Corte que en caso que se decida la inexecutable del EDR, ésta se circunscriba a las normas del mismo que hacen referencia expresa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Para la Sala, esta alternativa de solución generaría una omisión legislativa relativa en el texto del EDR, constitutiva de una discriminación injustificada en contra de los pueblos tradicionales. En efecto, el lugar central que tiene el territorio para las comunidades indígenas y afrodescendientes, implica desde la perspectiva constitucional que la regulación integral sobre desarrollo, uso y aprovechamiento de las zonas rurales, establezca reglas que definan las relaciones entre el Estado y los miembros de dichas comunidades, las cuales reflejen el interés de la Carta Política en reconocer el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación y, consecuentemente, la preservación de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. || Es evidente que una legislación en materia

de desarrollo rural que no tuviera en cuenta los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, se mostraría discriminatoria, en tanto generaría un déficit de protección jurídica, incompatible con los derechos de estas minorías, ampliamente documentados en la presente decisión. || De otro lado, debe insistirse en que el EDR, por expreso mandato del legislador, constituye una regulación integral y sistemática sobre el uso y aprovechamiento de la tierra rural. En ese sentido, no sería constitucionalmente aceptable extraer la regulación relativa a las comunidades indígenas y afrodescendientes del Estatuto, con base en, al menos dos razones de primer orden: (i) la eliminación de dichos preceptos desarticularía un sistema normativo con pretensión de integralidad, lo que contradice la naturaleza misma del Estatuto; y (ii) el uso y aprovechamiento de la tierra rural es un aspecto con incidencia transversal en el EDR, razón por la cual no resulta viable identificar qué aspectos del mismo incidirían directamente en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues cualquier aspecto del Estatuto tendría, en casos concretos, la posibilidad de generar ese grado de afectación.” A juicio de la Sala, idéntica regla de decisión es aplicable para el presente caso.

De otro lado, también debe la Corte aclarar que lo expuesto no se contrapone a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, en sentido que las normas legales que son de aplicación general para toda la población, entre ellas las comunidades indígenas y afrodescendientes, no son objeto de consulta previa. En efecto, la aplicación de esta regla parte de suponer que la legislación correspondiente afecta, con el mismo grado de intensidad, a todos los habitantes. Sin embargo, se ha demostrado en este fallo que el aprovechamiento de recursos naturales en el territorio ancestral es un tópico definitivo en lo que respecta al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades. En ese sentido, no se está ante una preceptiva legal de aplicación uniforme, sino ante una normatividad que regula aspectos críticos para la identidad diferenciada de los pueblos étnicos.

40.2. Ante la omisión del deber de consulta previa, la Corte ha previsto otro tipo de fórmulas de decisión, en que se prevé la exequibilidad del precepto, condicionada a que en cada caso concreto se verifique la consulta previa a la comunidad étnica correspondiente. Así, en la sentencia C-461/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se analizó la presunta inconstitucionalidad de la Ley 1151/07, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo”, en razón a haberse pretermitido el requisito de la consulta previa a las comunidades tradicionales. La Corte comprobó en esa oportunidad que la norma establecía disposiciones que afectaban específicamente a dichos pueblos étnicos, por lo que debió someterse al trámite de consulta, sin que ello se hubiere verificado. No obstante, decretó la constitucionalidad condicionada de la Ley, conforme los argumentos siguientes:

“6.1.2. Ahora bien, considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es exequible, siempre y cuando se entienda que se suspenderá la ejecución de los proyectos -y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales- incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de

manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.

La determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas, es una responsabilidad del Gobierno Nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Sin embargo, en relación con los proyectos concretos respecto de los cuales se considere que no han cumplido con dicha condición -al estar de por medio la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados-, se encuentra abierta en cada caso la vía de la acción de tutela, en el evento en que las comunidades indígenas, después de haber solicitado la realización de la consulta previa, invocando la presente sentencia, reciban una respuesta negativa. Si un proyecto específico ya fue sometido a una consulta previa que haya respetado las pautas trazadas en las normas aplicables y en la jurisprudencia constitucional, no será necesario realizar una nueva consulta. No obstante, si la consulta no respetó tales pautas, debe efectuarse una nueva cumpliendo el Convenio 169 de la OIT así como las exigencias jurisprudenciales encaminadas a asegurar que la consulta sea efectiva.” (Negrillas originales).

Una alternativa de decisión similar fue adoptada en la sentencia C-418/02, ya reseñada, que declaró la exequibilidad condicionada de la norma del Código de Minas que prevé la competencia de la autoridad minera para delimitar las zonas mineras indígenas, en el entendido que el ejercicio de esa competencia debía estar precedida del procedimiento de consulta previa a los pueblos étnicos. Para sustentar esa decisión, previó lo siguiente:

“Clarificado el deber de consulta a las comunidades indígenas en el caso en análisis, subsiste el interrogante sobre si dicha garantía debía preverse de manera expresa en el texto de la norma acusada y si su ausencia configura una omisión legislativa relativa por tratarse de un ingrediente que de acuerdo con la Constitución sería exigencia esencial para armonizar con la norma superior.

Para resolver lo anterior, lo primero que debe advertirse es que el texto de la norma acusada y la parte supuestamente omitida no configuran en sí mismos una disposición que prohíba la consulta o que haga nugatoria la garantía constitucional prevista en favor de las comunidades indígenas. No existe entonces un contenido normativo implícito que pueda ser objeto de reproche mediante el análisis de control constitucional, tal como sucede con las denominadas omisiones legislativas relativas.

Por otra parte, en relación con la norma no caben interpretaciones diversas, pues se limita a asignar una competencia a la autoridad minera. Y podría afirmarse que en la medida en que el mandato del párrafo del Artículo 330 de la Constitución tiene como destinatario directo al Gobierno quien “propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades” será éste quien en cada caso, en armonía con los procedimientos previstos en la ley, deberá poner en marcha los mecanismos de efectiva consulta.

No obstante como una interpretación del conjunto del título XIV de la Ley 685 y del inciso

acusado del Artículo 122 en armonía con el inciso segundo de esa misma disposición podría llevar a que se entienda la norma acusada en el sentido de que para los solos efectos de la delimitación y señalamiento de las “zonas mineras indígenas” no sería necesaria la consulta, resulta necesario incorporar a ella los valores constitucionales que configuran la garantía de consulta a los grupos indígenas.

Ante esta circunstancia y en aras de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, es indispensable incorporar al contenido de la disposición acusada las previsiones de la Constitución Política en relación con el derecho fundamental de consulta y precaver de esta manera contra un alcance restrictivo de la participación de las comunidades en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos en sus territorios.”

Estas alternativas de exequibilidad condicionada no resultan aplicables para el caso analizado, al menos por tres tipos de razones: (i) la aplicación inmediata de las normas previstas en la Ley 1382/10 y afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes; (ii) la oportunidad en que debe realizarse la consulta; y (iii) el carácter sistemático de la regulación acusada.

40.2.1. En cuanto a lo primero, se tiene que las reglas del Código de Minas, modificadas o adicionadas por la Ley 1382/10, contrario a los casos expuestos, son de aplicación inmediata, sin que estén sometidos a etapas previas para su ejecución respecto de los proyectos de exploración y explotación minera. Por ende, carecería de sentido y factibilidad un condicionamiento que suspendiera la vigencia de tal normativa frente a las comunidades étnicas, puesto resultan aplicables incluso respecto de actividades mineras actualmente en curso dentro de los territorios ancestrales.

40.2.2. En relación con el segundo aspecto, en esta sentencia se ha señalado que una de las condiciones para la validez de la consulta previa de medidas legislativa es su oportunidad, relativa a que se adelante con anterioridad a la presentación del proyecto de ley correspondiente. Esto con el fin que los acuerdos que se alcancen con las comunidades diferenciadas tengan incidencia real en el texto de la iniciativa, en especial de cara a las restricciones que imponen las reglas del procedimiento legislativo, entre ellas las derivadas de los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible.

Por ende, luego de adoptada la medida legislativa correspondiente, el margen de maniobra de los pueblos étnicos se reduce hasta el mínimo, al punto que los consensos que llegaren a adoptarse entre las autoridades competentes y dichas comunidades resultarían inanes frente a la medida legislativa. Esto debido a que no podría ser modificada sin antes cumplir con los procedimientos constitucionales para el efecto.

40.2.3. Finalmente, no puede perderse de vista que en esta decisión se ha demostrado que las reformas introducidas al Código de Minas por la Ley 1382/10, lejos de ser puntuales o específicas, conforman un todo sistemático, dirigido a modificar la estructura normativa de la exploración y explotación minera en el país, con el fin de cumplir con objetivos de una política pública particular. En consecuencia, la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes de esas normas que, como se ha señalado insistentemente, les son aplicables, también debe fundarse en ese carácter sistémico. Ello significa que los acuerdos

que llegaren a alcanzarse puedan incidir en la normativa, desde esa perspectiva general y sistémica, y no frente a sus enunciados particulares. Esta caracterización impide un fallo condicionado que difiera la aplicación del precepto, pues un trámite de esa naturaleza en nada podría incidir en la determinación del régimen legal demandado, perdiéndose de tal modo la eficacia de la consulta previa.

41. Con base en las anteriores premisas fácticas y jurídicas, y ante la evidencia sobre la omisión del deber de consulta previa de la Ley 1382 de 2010, la Corte declarará la inexecutable de esa normatividad.

Efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad

42. Con base en los argumentos anteriores, la Corte ha concluido que (i) la Ley objeto de examen es inconstitucional al haber desconocido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) este vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implica la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

No obstante, la Corte también encuentra que, como lo señalan algunos intervinientes, dicha exclusión podría tener efectos contrarios a la vigencia de bienes jurídicos valiosos desde la perspectiva constitucional, en especial la protección del medio ambiente, en tanto se dejarían sin efectos reglas de la Ley acusada que tienen ese propósito específico. De este modo, resultaría necesario adoptar en esta oportunidad fórmulas de decisión que eviten dicha afectación, como diferir los efectos de inconstitucionalidad por un término determinado, a fin que se evite dicho vacío normativo.

43. La jurisprudencia de esta Corporación ha fijado reglas definidas acerca de la procedencia de la declaratoria de inconstitucionalidad diferida de normas inexecutable.23 Estas reglas pueden sintetizarse del modo siguiente:

43.1. La Corte Constitucional se encuentra habilitada para diferir los efectos de inconstitucionalidad, al menos por dos tipos de razones. En primer lugar, porque la Carta Política le ha conferido a este Tribunal la función de servir de guardián de la integridad y supremacía de la Constitución y, para ello, decidir las demandas de inconstitucionalidad que los ciudadanos formulen contra las leyes (Art. 241-4 C.P.) Esta función, así comprendida, hace que la Corte no esté atada a adoptar una decisión que excluya o mantenga, con efectos ex nunc, la normatividad acusada, sino que está válidamente investida de la facultad de diferir la inconstitucionalidad hasta que el Congreso profiera una normativa compatible con la Carta, o prever una sentencia integradora que solvete la laguna jurídica derivada del fallo de inexecutable. Esto con el fin de evitar un vacío normativo que lleve a consecuencias constitucionalmente inadmisibles, lo que significaría a su vez, desconocer el mandato superior de guarda de la supremacía e integridad de la Carta. En términos de la jurisprudencia aquí reiterada “[e]n tales circunstancias, ¿es razonable que el juez constitucional declare la inexecutable inmediata de la ley revisada, a pesar de que esa decisión genera una situación todavía más inconstitucional? Obviamente que no, pues la Corte, en vez de proteger la integridad de la Constitución, estaría atentando contra ella, puesto que su decisión de retirar la ley acusada del ordenamiento estaría provocando una situación constitucionalmente mas grave. Pero, para evitar esas consecuencias traumáticas

de una decisión de inexecutableidad, tampoco puede la Corte declarar la constitucionalidad de una ley que adolece de vicios de inconstitucionalidad. En tales circunstancias ¿qué puede hacer un juez constitucional cuando constata que una regulación es inconstitucional, pero que no es posible retirarla del ordenamiento, por cuanto la decisión de inexecutableidad genera un vacío legal, que es constitucionalmente más grave? Tal y como lo ha mostrado esta Corte en varias sentencias , es precisamente en tales eventos que se justifica que el juez constitucional recurra a una inconstitucionalidad diferida, o constitucionalidad temporal, pues por medio de ellas, la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma acusada, pero confiere un plazo prudencial para que el Legislador corrija el vacío legal, y de esa manera se eviten los efectos traumáticos que tendría una decisión de inexecutableidad inmediata, para la realización misma de los valores constitucionales.”²⁴

En segundo término, en las circunstancias analizadas la adopción de un fallo de inconstitucionalidad diferida resulta la fórmula que mejor compatibiliza la función del Tribunal Constitucional con la democracia representativa que ejerce el Congreso. En efecto, la simple decisión de exclusión a futuro de la normativa correspondiente, impide que el legislador, a través de mecanismos deliberativos y con el respeto de los derechos de las minorías políticas, adopte una regulación que (i) fije reglas de derecho para la materia correspondiente; y (ii) resulte compatible con la Constitución. En contrario, la inexecutableidad diferida, sin bien constituye un sacrificio temporal en términos de vigencia del principio de supremacía constitucional, en cualquier caso impide tanto la existencia de lagunas normativas que vulneran la Carta, como el vaciamiento de la competencia legislativa para regular la mencionada materia. A este respecto, la Corte ha señalado que la decisión de inexecutableidad diferida “... se otorga al Congreso la posibilidad de que, en ejercicio de su libertad de configuración política, y dentro del plazo necesario, pueda expedir la norma que corrija las deficiencias constitucionales verificadas en el artículo demandado. || No hay pues invasión por parte de la Corte de las competencias del Congreso sino por el contrario un respeto profundo por la libertad de configuración de los órganos de representación política. No hay tampoco una extralimitación en las funciones del juez constitucional, pues si la Corte puede declarar la inexecutableidad de un norma legal (CP art. 241), nada obsta para que pueda también diferir los efectos de tal decisión si ésta es la mejor forma de asegurar la integridad de la Constitución, como sucede en el caso que se estudia. La constitucionalidad temporal no compromete entonces el principio de división de las ramas del poder público. Por el contrario, se trata de una expresión de la colaboración de las mismas para la realización de los fines del Estado (C.P. art. 113), en particular para la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales y del interés general (C.P. art. 2º). En este sentido, la Corte no puede desatender los mandatos constitucionales que la vinculan como Estado- juez a la protección de tales derechos e intereses. Consecuentemente está llamada a adoptar una decisión razonable que permita la participación del órgano legitimado constitucionalmente para definir las reglas generales de comportamiento social, a fin de armonizar, en un tiempo prudencial, los derechos e intereses que pudieren verse afectados con un fallo de inexecutableidad y aquellos que efectivamente se afectan con la norma que debe ser declarada inexecutable.”²⁵

43.2. Este mismo precedente ha previsto los requisitos particulares para la procedencia del fallo de inconstitucionalidad diferida. Así, se ha previsto que la Corte puede acudir válidamente a esta opción cuando (i) justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca

claramente en el expediente que la declaración de inexecutable inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) explique por qué es más adecuado recurrir a una inexecutable diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento; y (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el precedente analizado no ofrece resultados concluyentes acerca de qué regla debe aplicarse para determinar si en el caso concreto debe optarse por la inexecutable diferida o la sentencia integradora. Sin embargo, sí ha señalado que “Si el mantenimiento de la disposición inconstitucional no es particularmente lesivo de los valores superiores, y el legislador goza de múltiples opciones de regulación de la materia, entonces es preferible otorgar un plazo prudencial al Congreso para que corrija la situación inconstitucional, ya que en tal evento, una sentencia integradora afecta desproporcionadamente el principio democrático (CP art 3º) pues el tribunal constitucional estaría limitando la libertad de configuración del Legislador. Por el contrario, es deseable una sentencia integradora en aquellas situaciones en donde la Constitución impone una solución clara a un determinado asunto, o es imposible mantener en el ordenamiento la disposición acusada sin causar un grave perjuicio a los valores constitucionales”²⁶ “Si el mantenimiento de la disposición inconstitucional no es particularmente lesivo de los valores superiores, y el legislador goza de múltiples opciones de regulación de la materia, entonces es preferible otorgar un plazo prudencial al Congreso para que corrija la situación inconstitucional, ya que en tal evento, una sentencia integradora afecta desproporcionadamente el principio democrático (CP art 3º) pues el tribunal constitucional estaría limitando la libertad de configuración del Legislador. Por el contrario, es deseable una sentencia integradora en aquellas situaciones en donde la Constitución impone una solución clara a un determinado asunto, o es imposible mantener en el ordenamiento la disposición acusada sin causar un grave perjuicio a los valores constitucionales”²⁷

44. Llevados estos argumentos al caso analizado, se tiene que distintos contenidos de la Ley 1382/10, prevén modificaciones al Código de Minas, destinadas a aumentar los estándares y exigencias frente al impacto ambiental de la actividad minera. Las normas más relevantes sobre esta materia son las siguientes:

44.1. El artículo 3º de la Ley 1382/10, modificatorio del artículo 34 C.M., prevé distintas reglas dirigidas a proscribir la explotación minera en zonas de protección ambiental. En ese orden de ideas, determina (i) la prohibición de explotación minera en zonas declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de recursos naturales renovables o del ambiente; (ii) la definición como zonas excluidas aquellas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar; (iii) las reglas para la autorización excepcional de actividad minera en zonas de reserva forestal, a

través de su sustracción del régimen general que las excluye; y (iv) la obligación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de delimitar las zonas de reserva forestal señaladas por la Ley 2ª de 1959.

44.2. El artículo 4º de la Ley acusada, modificatorio del artículo 38 C.M., impone, dentro de otros requisitos predicables a la elaboración, modificación y ejecución de los planes de ordenamiento territorial, la identificación de las zonas de reservas especiales y zonas excluibles de minería.

44.3. El artículo 8º ejusdem, modificatorio del artículo 101 C.M. prevé dentro de las condiciones para la procedencia de integración de áreas de explotación minera, la obligación de modificar la licencia ambiental existente en las zonas integradas, o tramite una nueva ante la autoridad ambiental competente.

44.4. El artículo 13 de la Ley 1382/10 modifica el artículo 205 C.M., en el sentido de prever que con base en el estudio de impacto ambiental, la autoridad competente otorgará o no la licencia ambiental para la construcción, el montaje, la exploración cuando requiera la construcción de vías que a su vez deban tramitar licencia ambiental, la explotación objeto del contrato y el beneficio, y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación.

44.5. Finalmente, el artículo 26 de la normatividad demandada incorpora al Código de Minas una nueva disposición, la cual determina que el Ministerio de Minas y Energía delimitará, con la participación regional y local de los actores empresariales, sociales, de gobierno y demás entes administrativos involucrados en los procesos de la minería, áreas estratégicas mineras del territorio nacional, a las que se les denominará Distritos Mineros Especiales, mediante las cuales se facilitará la relación Estado-Sociedad-Territorio y se estimulará la planeación participativa en un contexto de desarrollo humano sostenible y equilibrio para la competitividad del territorio.

45. Como se observa, estas disposiciones están dirigidas a la satisfacción de bienes constitucionales de primer orden, todos ellos referidos a la protección del medio ambiente, especialmente en aquellas zonas más sensibles, como páramos, reservas forestales y humedales. La Corte advierte que la exclusión de reglas de este carácter, implicaría la eliminación de condiciones ambientales necesarias para hacer compatible la actividad minera con la satisfacción de los derechos constitucionales relacionados con el goce de un medio ambiente sano. No puede perderse de vista que la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que uno de los rasgos definitorios del actual modelo constitucional es el reconocimiento y garantía de un complejo de derechos y obligaciones destinados a la protección del medio ambiente, agrupados bajo el concepto de “Constitución Ecológica”. A este respecto, en la reciente sentencia C-666/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), fueron sintetizados los criterios que confieren a la protección del medio ambiente carácter transversal e imperativo en el régimen constitucional, los cuales conviene transcribir in extenso.

“Precisamente, es el ambiente uno de esos conceptos cuya protección fue establecida por la Constitución como un deber, consagrándolo tanto de forma directa -artículo 79 de la Constitución-, como de forma indirecta -artículos 8º y 95 - 8 de la Constitución-; al respecto

la Corte manifestó en la sentencia T-760 de 2007, “[d]e entrada, la Constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación Estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8º). Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad, en dichas disposiciones se consigna una atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución”²⁸.

El énfasis de la Constitución de 1991 se materializa en un cúmulo de disposiciones que, entendidas sistemáticamente, denotan la importancia que, como bien constitucional, tiene en nuestro ordenamiento jurídico el ambiente, cuya protección se garantiza a través de su consagración como principio fundamental, derecho constitucional y deber constitucional. En este sentido en la sentencia T-411 de 1992 la Corte desarrolló un concepto que resulta ser fundamental para la comprensión del medio ambiente, la Constitución ecológica, respecto que la cual manifestó:

“(…) de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones: || Preámbulo (vida), 2º (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8º (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas, 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado).”

Es claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas.

(...)

Ya desde ese entonces, y con mayor énfasis a partir de la Constitución de 1991 y en la actualidad, la protección del ambiente superaba nociones que lo entendían con un insumo del desarrollo humano, al cual había que cuidar simplemente porque su desprotección significaría un impedimento para nuestro progreso. El ambiente es visto como contexto esencial del transcurso de la vida humana, razón por la cual se entendió que su protección se desarrollaba sobre el fundamento de la armonía con la naturaleza y que el accionar de los seres humanos debe responder a un código moral, que no implica nada distinto a un actuar acorde con su condición de seres dignos, concepción que se ubica en las antípodas de una visión que avale o sea indiferente a su absoluta desprotección, así como que se aleja de una visión antropocentrista, que asuma a los demás –a los otros- integrantes del ambiente como elementos a disposición absoluta e ilimitada de los seres humanos.

La esencia y el significado del concepto “ambiente” que se desprende de los instrumentos internacionales y que armoniza con la Constitución de 1991 limita la discrecionalidad de los operadores jurídicos al momento de establecer i) cuáles elementos integran el ambiente y ii) qué protección debe tributárseles por parte del ordenamiento jurídico.”

46. La existencia de un vacío normativo sobre la materia ambiental en el ámbito minero, en criterio de la Corte, lleva a una situación de grave e inaceptable riesgo de los bienes constitucionales antes reseñados. Esta circunstancia implica la necesidad de diferir los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10, en tanto varios de sus contenidos prevén cláusulas de protección ambiental que se consideran imprescindibles para la garantía de los derechos mencionados en este acápite.

En consecuencia, acorde con la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, la Corte considera que si bien se constata la existencia de una contradicción con la normatividad superior que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de la Ley 1382/10, también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera. Por tal motivo, como se indicó, es necesario diferir los efectos de la sentencia de inexecutable por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de

especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno. A su vez, en consonancia con el precedente aplicado en esta oportunidad, la Corte concede el término prudencial antes señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política. Bajo la misma lógica, en caso que esa actividad sea pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término de dos años contados a partir de la expedición de esta sentencia, los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10 se tornarían definitivos, excluyéndose esta norma del ordenamiento jurídico.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.

Segundo.- Diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con salvamento de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA C-366/11

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, expreso las razones que sustentan mi salvamento parcial de voto a la sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011, la cual (i) declaró exequible la Ley 1382 de 2010 “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas; y (ii) difirió los efectos de esa declaratoria de inexecutable por el término de dos años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. Con este fin, expreso los argumentos siguientes:

Conuerdo plenamente con lo aprobado por el Pleno, en el sentido que la Ley 1382 de 2010 es inexecutable, puesto que regula aspectos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, al haberse omitido los deberes que se derivan del derecho fundamental a la consulta previa, según las condiciones fijadas por las normas integran el bloque de constitucionalidad y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte, la norma se opone a la Carta Política. Sin embargo, con la misma firmeza disiento de la decisión de la mayoría de diferir de la declaratoria de inexecutable por el término de dos años. En mi criterio, esta decisión se muestra en extremo problemática, en tanto (i) las razones que tuvo en cuenta la Corte para adoptarla son contradictorias e insuficientes; (ii) contradice la jurisprudencia estable y reiterada de esta Corporación, en materia de la posibilidad excepcional de declarar la inexecutable diferida; y (iii) la regla fijada por la mayoría en esta sentencia erosiona el control de constitucionalidad y los efectos de la cosa juzgada constitucional

1. En cuanto al primer aspecto, debe advertirse que el fundamento que tuvo la mayoría para inclinarse para una inexecutable diferida, fue la necesidad que las normas contenidas en la Ley 1382 de 2010, de contenido ambiental, y en especial aquellas referidas a las restricciones de la explotación minera en zonas protegidas o excluidas, mantuvieran su vigencia. Ello es explícito en la sentencia que, luego de hacer el inventario de los contenidos normativos de dicha Ley que hacen referencia asuntos medioambientales, afirma que "...estas disposiciones están dirigidas a la satisfacción de bienes constitucionales de primer orden, todos ellos referidos a la protección del medio ambiente, especialmente en aquellas zonas más sensibles, como páramos, reservas forestales y humedales. La Corte advierte que la exclusión de reglas de este carácter, implicaría la eliminación de condiciones ambientales necesarias para hacer compatible la actividad minera con la satisfacción de los derechos constitucionales relacionados con el goce de un medio ambiente sano. (...) La existencia de un vacío normativo sobre la materia ambiental en el ámbito minero, en criterio de la Corte, lleva a una situación de grave e inaceptable riesgo de los bienes constitucionales antes reseñados. Esta circunstancia implica la necesidad de diferir los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10, en tanto varios de sus contenidos prevén cláusulas de protección ambiental que se consideran imprescindibles para la garantía de los derechos mencionados en este acápite."

Según lo expuesto, no exista duda alguna que el único motivo que tuvo en cuenta la mayoría para fundar la inexecutable diferida de la Ley 1382 de 2010 fue la presencia en esa normativa de disposiciones dirigidas a la protección del medio ambiente, Sin embargo, esto entra en abierta contradicción con otras consideraciones de la misma sentencia, aceptadas por la mayoría, las cuales demuestran que la Ley en comento no tiene como único propósito regular la materia ambiental en el ámbito de la explotación minera, sino que también dispone previsiones de diversa índole, especialmente dirigidas a modificar el modo de esa explotación, hacia formas industrializadas de utilización intensiva de esos recursos naturales. Antes bien, puede afirmarse válidamente que las reglas ambientales de la Ley 1382 de 2010 son apenas marginales respecto de las demás disposiciones de esa normatividad. Esto es expreso en la sentencia analizada, la cual afirma, fundada en el análisis de los antecedentes legislativos de dicha disposición, que "...el proyecto de ley, como se observa, tiene una clara intención de modernización de la actividad minera, a través de reformas legales que aumenten la competitividad del país en la explotación de recursos naturales no renovables y, de esta manera, incidir en el crecimiento económico con propósitos redistributivos. Sobre el particular, el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, respectivo a los proyectos de ley acumulados, insiste en que las modificaciones al Código de Minas son importantes, en aras de "actualizarlo" para lograr una explotación minera en las condiciones anotadas, que logre asegurar que "las condiciones existentes favorezcan equitativamente la maximización de la extracción mineral, priorización del dominio del Estado sobre dichos recursos y la consolidación de la minería como el más importante factor de crecimiento económico." Estos objetivos, según lo expresa la sentencia, fueron claros desde la exposición de motivos de la iniciativa, la cual explica cómo la reforma al Código de Minas tenía entre sus finalidades (i) la corrección de las estipulaciones normativas previstas en dicho Código que no se habían mostrado eficaces para el manejo eficiente de los recursos mineros; (ii) la modificación de la institucionalidad que ejerza el control de la actividad minera, a partir de la emulación de otros proyectos

análogos calificados por el Gobierno como exitosos, como sucede con la Agencia Nacional de Hidrocarburos; (iii) la introducción de modificaciones al contrato de concesión minera, las cuales faciliten el ingreso de inversión extranjera en ese reglón de la economía; y (iv) la instauración de procedimientos que permitan una actividad minera segura, eficiente y que incorpore criterios de desarrollo sostenible y crecimiento económico.

En las condiciones anotadas, es contradictorio que la Corte considere, de un lado, que deben preservarse las normas ambientales y, del otro, que difiera los efectos de inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, en su integridad. Para arribar válidamente a esta conclusión, el Pleno debió explicar por qué, a pesar que la mayoría de los contenidos declarados inconstitucionales no versan sobre temas ambientales, fueron igualmente beneficiarias de la suspensión de los efectos de la declaratoria de inexecutable. De esta manera, la argumentación utilizada por la Corte en el tópico analizado, además de contradictoria, es insuficiente.

No obstante, también considero que la dificultad planteada es superable. Como se observa en el decimis del fallo, la declaratoria de inexecutable diferida opera en los términos planteados en la sentencia. Por lo tanto, como la única razón para esa modalidad de decisión, según los argumentos aprobados por la mayoría, es la presencia en la Ley acusada de normas destinadas a la protección medioambiental, debe entenderse que la inexecutable diferida se restringe única y exclusivamente a la vigencia de las normas de la Ley 1382 de 2010 que (i) regulan expresamente temas de protección ambiental en el marco de la actividad minera, enumeradas en el fundamento jurídico 44 de la sentencia; o (ii) si bien son normas de diferente índole, su aplicación incide en la protección del medio ambiente.

2. En cuanto al segundo motivo de disenso, encuentro que al margen de mi posición personal sobre la materia, fundada en desestimar in genere la procedencia de la inexecutable diferida, en razón de los graves efectos que ocasiona frente al principio de supremacía constitucional; el precedente jurisprudencial que reconoce la validez de esa opción de modulación de los efectos de los fallos de inconstitucionalidad, indica que esta es admisible solo como una medida extrema, utilizada única y exclusivamente cuando los efectos concretos de la decisión de inconstitucionalidad son evidentemente contrarios a derechos, principios y valores constitucionales centrales para la Estado Social de Derecho.

Esta es la posición defendida por la mayoría en el fallo, el cual recuerda que a partir de la jurisprudencia aplicable al caso, la inexecutable diferida debe estar precedida del cumplimiento de requisitos estrictos, referidos a que (i) se justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca claramente en el expediente que la declaración de inexecutable inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que mantener en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) explique por qué es más adecuado recurrir a una inexecutable diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento; y (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible

impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.

En criterio del suscrito magistrado, estas condiciones conllevan, de suyo, la identificación clara y suficiente acerca de qué normas tienen relación inescindible con la vigencia de estos derechos, principios y valores; al igual que una evaluación estricta de proporcionalidad entre la declaratoria de inexecutable simple y la garantía de los mismos. Ninguna de estas tareas fue adelantada por la mayoría, lo que evidencia la deficiencia argumentativa para adoptar la decisión de inexecutable diferida.

3. Por último, advierto en tercer término que la adopción de fallos como el que me aparto parcialmente, implica la afectación del principio de cosa juzgada constitucional, previsto en el artículo 243 C.P. Como ya lo había expuesto en el salvamento de voto formulado frente a la sentencia C-252/10, a propósito de la inexecutable diferida de las medidas tributarias adoptadas por el Gobierno con ocasión de la emergencia social en materia del sistema de salud, reitero que esa fórmula de decisión es riesgosa, puesto que genera un evidente estímulo al legislador o el Ejecutivo, según el caso, para formular estratégicamente normas contrarias a la Constitución, con la confianza que al momento del control judicial adelantado por la Corte, podrá contar con la benevolencia y comprensión del tribunal constitucional, quien, al margen de la evidente inexecutable de tales medidas legislativas, decidirá mantenerlas en el ordenamiento, en abierto detrimento del principio de supremacía constitucional y durante el tiempo necesario para que sus consecuencias jurídicas resulten irreversibles. En últimas, esta fórmula hace que los efectos de la sentencia que reconoce la inconstitucionalidad de normas jurídicas, resultan disminuidos, o incluso anulados, por el hecho de extender injustificada e irrazonadamente la vigencia de las normas declaradas inexecutables. Advierto que una alternativa de esta naturaleza implica nuevas e innecesarias dificultades a la labor que desempeña la Corte, que por expreso mandato superior es la defensa de la integridad y supremacía de la Constitución.

Estos son los motivos de mi disenso.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA C-366/11

Referencia.: expediente D-8250

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas."

Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales si bien comparto la decisión de declarar “INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”, no estoy de acuerdo con la segunda decisión adoptada consistente en “Diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia”. Lo anterior por las siguientes razones.

1. El recurso excepcional y justificado de los efectos diferidos de los fallos de constitucionalidad.

Los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia T- 389 de 2009, deben ser analizados desde dos perspectivas. La primera, de contenido material, relativa a la vigencia e interpretación de la norma legal acusada o revisada oficiosamente; la segunda, de orden temporal, referente, precisamente, a los efectos temporales del fallo.

Así pues, sobre los efectos en la vigencia y la interpretación de las disposiciones objeto de control, la Corte Constitucional dicta tres modalidades de fallos de mérito: (i) el fallo de exequibilidad simple, que permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico en las condiciones en las que fue emitida por el legislador; (ii) el fallo de inexecutable, que impide la entrada en vigencia, o termina la vigencia de la norma, estando prohibida la reproducción y aplicación de su contenido a todas las autoridades; y (iii) el fallo de exequibilidad condicionada, que permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico, pero siempre que se interprete como la Corte expresamente lo establezca.

Por su parte, los efectos en el tiempo de las consecuencias de las sentencias sobre las normas objeto de control, se circunscriben a los fallos de inexecutable y exequibilidad condicionada. La regulación de los efectos temporales de estos fallos, se ha diseñado a partir de varias fuentes normativas: la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional.

Sobre el particular, la Corte en sentencia T- 389 de 2009 explicó con detalle cada uno de los efectos temporales de los fallos de control de constitucionalidad, en los siguientes términos:

“En primer término, del artículo 243 de la Constitución se desprende la prohibición a las autoridades de reproducir contenidos normativos, después de que éstos hayan sido declarados inexecutable por la Corte Constitucional. Luego, se entiende que ello sugiere un efecto hacia el futuro de este tipo de sentencias, al menos en lo que corresponde a la prohibición descrita. El artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96), dispone que las sentencias dictadas por esta Corte, en ejercicio del control de

constitucionalidad del artículo 241 superior, “tendrán efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Este contenido fue declarado exequible en sentencia C-037 de 2006, y se fundamentó en la reiteración jurisprudencial según la cual “sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias.”

De este modo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado las características principales y generales de los efectos en el tiempo de las sentencias de control de constitucionalidad, que como se dijo, aplican a los fallos de inexecuibilidad y de exequibilidad condicionada. Dichas características, derivan en gran medida de los efectos en el tiempo de las normas de derecho. En este orden, se tiene que el efecto temporal de las proposiciones jurídicas es por regla general, (i) la aplicación general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, y (ii) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal, esto es, que quien produce la norma tiene prima facie, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

Luego, aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma. Este efecto temporal, coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos ex nunc. Éstos suponen justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. La Corte Constitucional ha desarrollado pues, la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son ex nunc, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

Junto a estas características generales de los efectos temporales de las normas, se encuentran otras como son la irretroactividad o prohibición de retroactividad y la ultractividad. La primera, complementaria a la regla general y referida a la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas, a partir de la entrada en vigencia de una disposición jurídica nueva. El alcance de esta prohibición, consiste en que la norma no tiene per se la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su promulgación. Ello sería posible sólo si la misma norma así lo estipula.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha acogido también el contenido del fenómeno de la irretroactividad o prohibición de retroactividad, como aspecto fundamental del desarrollo de los efectos temporales de sus sentencias de control de constitucionalidad. Su fundamento implica el reconocimiento de principios constitucionales como el de la buena fe y confianza legítima y el de seguridad jurídica, entre otros. Y, encuentra su desarrollo específico en contenidos normativos constitucionales como por ejemplo, la garantía de los derechos adquiridos en materia de seguridad social y civil, así como el principio de legalidad en materia sancionatoria, entre otros. Estas disposiciones constitucionales procuran que las nuevas regulaciones normativas respeten situaciones que se han consolidado jurídicamente en pasado, lo cual trae como consecuencia la limitación de las normas de derecho para retrotraer sus efectos con el fin de alterar eventos cuyos resultados jurídicos se dieron antes de su vigencia. No obstante, como se dijo, el alcance de esta prohibición consiste en que no se pueden presumir los efectos retroactivos, aunque, si pueden establecerse de manera expresa.

De otro lado, el fenómeno de la ultractividad, es la situación en la que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de haber sido derogada. Estos efectos se dan de manera concurrente con los efectos de la ley derogatoria, pero sólo frente a ciertas situaciones que se consolidaron jurídicamente a partir de lo contenido en la norma derogada mientras estuvo vigente. El efecto ultractivo es la consecuencia de la irretroactividad, y por ello se fundamenta también en el respeto que nuestro orden jurídico garantiza a las situaciones jurídicas consolidadas, respecto de los efectos de normas nuevas.

En tanto la ultractividad se presenta a partir del fenómeno de la derogación normativa, no es propia de los efectos de las sentencias. Aunque, un fenómeno similar, pero no igual, se presenta cuando una disposición normativa se declara inexecutable. En dicha situación la jurisprudencia constitucional ha explicado que debido a la irretroactividad de las sentencias de control de constitucionalidad, se deben respetar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la norma mientras estuvo vigente. Esto es, entre el momento de su entrada en vigencia y su declaratoria de inexecutable. De otro lado, tal como se ha dicho sólo si la misma Corte Constitucional así lo decide y expresamente lo señala, los efectos de la sentencia de inexecutable pueden ser retroactivos, caso en el cual no se aplicaría la regla general según la cual se respetan las consecuencias jurídicas de la vigencia de la norma que con posterioridad se declare inexecutable.

Ahora bien, la situación contraria a la irretroactividad, es decir los efectos retroactivos, coinciden con el efecto de los actos jurídicos que pretenden afectar situaciones del pasado, denominados efectos *ex tunc*. Éstos, son propios de las nulidades o anulaciones. Implican justamente, que las situaciones surgidas del acto que se anula, deben ser modificadas para dejarlas como estaban antes de su expedición. Esto es, como si el acto no se hubiera producido.

La Corte Constitucional ha descartado pues, los efectos *ex tunc* para sus sentencias de control de constitucionalidad como efecto general, aunque dichos efectos - se insiste- pueden darse si la Corte así lo estipula de manera expresa. Y, la justificación de su exclusión sugiere, tal como se ha explicado, el respeto y garantía por situaciones jurídicamente consolidadas, por los derechos adquiridos y por los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, entre otros."

En esa misma sentencia, la Corte reiteró que, en ocasiones, el juez constitucional ha decidido diferir hacia el futuro los efectos del fallo. Lo anterior tiene como consecuencia práctica que la norma estará vigente y producirá efectos jurídicos, después de la sentencia que la declara inexecutable, pero dicha vigencia culminará en la fecha en la que la Corte haya dispuesto su salida del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la declaratoria de efectos diferidos de un fallo de inexecutable es una figura de carácter excepcional, aplicable en determinadas situaciones extremas, cuando los efectos concretos de la decisión de inconstitucionalidad resultan ser evidentemente contrarios a valores, principios o derechos constitucionales.

En este orden de ideas, siendo una excepción, la declaratoria de efectos diferidos de un fallo de inexecutable debe estar precedida de una argumentación jurídica muy sólida, que justifique la inaplicación de la regla general. Lo anterior por cuanto resulta *prima facie*

injustificado que una norma legal, cuya contradicción con la Constitución ha sido constatada por la Corte, siga produciendo efectos en el ordenamiento jurídico, así sea de manera temporal.

1. En el caso concreto, se estaba en presencia de un vicio insubsanable, y por ende, procedía la declaratoria de inexecutable con efectos inmediatos.

En el caso concreto, la Corte constató que, del análisis de las pruebas sobre el procedimiento legislativo recaudadas en este proceso, se comprobó que (i) la presentación del proyecto de ley ante el Congreso no estuvo precedida de ningún trámite de consulta con autoridades representativas de las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) los escenarios de participación ciudadana durante el trámite no contaron con espacios particulares para la consulta a tales comunidades. Por tales razones, esta Corporación decidió declarar inexecutable 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.”

Pues bien, de haberse seguido la jurisprudencia sentada por la propia Corte, de la cual me he apartado en varias ocasiones, según la cual la ausencia de consulta previa a las minorías étnicas comporta un vicio de procedimiento insubsanable, la consecuencia lógica hubiera sido la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382 de 2010. No se entiende, en consecuencia, que esta Corporación haya venido sosteniendo el carácter insubsanable de un determinado vicio de procedimiento, y ahora, sin justificación alguna, inaplique sus anteriores pronunciamientos.

En efecto, cuando la Corte examinó la constitucionalidad de la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”, consideró lo siguiente:

“Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexecutable en su integridad. Ello debido a que, en razón de constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexecutable, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas”.

En relación con los efectos acordados al fallo de inexecutable, a diferencia de lo sucedido en la presente decisión, esta Corporación consideró lo siguiente:

“Por último, la Sala considera pertinente señalar que esta decisión tiene los efectos ordinarios previstos en el artículo 45 de la Ley 270/96 - Estatutaria de Administración de Justicia -, es decir, hacia futuro”.

Adviértase que, en dicha decisión, la Corte estimó que la ausencia de consulta previa era un vicio insubsanable y que el fallo debía tener efectos hacia el futuro. En dicha ocasión salvé mi voto, por cuanto estimé que se trataba de un vicio formal, y por ende, saneable:

“A manera de resumen respecto de la Consulta puede decirse:

ii. Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático.

iii. El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a través suyo se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas.

iv. Que tan importante es su significación sustancial, como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales.

v. Que dicho procedimiento debe determinarse teniendo en cuenta el objetivo principal: alcanzar, en un contexto de buena fe, un consenso que involucre a los actores sociales relevantes para la toma de esa decisión.

vi. Que a través de ella se crea un diálogo intercultural, que se rompe cada vez que la Consulta no tiene lugar o se desarrolla de forma deficiente.

vii. Que, por tener implicaciones de tipo constitucional, puede afectar la validez de una política pública o una decisión administrativa.

De esta forma se resalta el carácter esencial que tiene la Consulta previa dentro de nuestro Estado, posición que compartimos con la decisión mayoritaria y que resulta punto de partida común al referirnos al procedimiento de realización de la misma en nuestro Estado.

2.2. La Consulta previa como vicio de forma

Para la exposición de nuestra posición se partirá de la definición de los vicios de forma, para luego establecer si los elementos característicos de este tipo de vicios se encuentran en la consulta previa prevista por el art. 6º del Convenio 169 de la OIT.

Los vicios, tanto de forma como de fondo, se han entendido como el desconocimiento de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a un cuerpo normativo. Los límites previstos en el ordenamiento pueden hacer referencia al contenido normativo de las disposiciones o, también, a las actuaciones que como mínimo han de cumplirse al momento de expedir dichos cuerpos o disposiciones.

Existen límites que hacen referencia al contenido que puede o debe tener una ley y cuyo incumplimiento originará vicios que tengan relación con dicho contenido. En otras palabras, un vicio material será aquel que surja como resultado de evaluar lo dispuesto por las

disposiciones del acto enjuiciado y compararlo con el contenido que se desprende de las normas que le sirven como parámetro.

Pero, como se mencionó, de otro lado existen límites que determinan la manera en que debe realizarse el procedimiento de creación normativa; estos límites establecerán la serie de actuaciones que deben ser cumplidas por el órgano legislativo o por otros órganos para expedir un cuerpo normativo determinado, así como las exigencias previas que debe reunir cada una de dichas etapas -lo que se conoce como presupuestos procedimentales-. El incumplimiento de este tipo de límites será la causa de los llamados vicios de forma, en cuanto los mismos no surgen de las normas jurídicas incluidas en el cuerpo normativo, sino del proceso de realización que tuvo el mismo.

De esta forma se estará dentro del ámbito de los vicios de forma cuando el estudio de constitucionalidad indague por los presupuestos de las actuaciones dentro del procedimiento legislativo -verbigracia existencia de quórum deliberatorio antes de realizar un debate o quórum decisorio antes de proceder a una votación, art. 145 de la Constitución y art. 116 del Reglamento del Congreso-, o propiamente por la adecuada realización de dichas actuaciones, o, incluso, por el contenido del acto cuando el objetivo específico sea comprobar la adecuación de la fuente normativa escogida para su realización -verbigracia, adecuada escogencia del tipo de ley-.

Así se manifestó en el salvamento de voto a la sentencia C-1177 de 2004, en que se examinó la constitucionalidad del artículo 52 de la Ley 789. En aquella ocasión se consagró

“Los vicios de forma son todos aquellos que se producen con ocasión del procedimiento de elaboración de una ley. De manera tal que siempre que se infrinjan las disposiciones constitucionales que regulan el trámite legislativo se estará en presencia de un vicio formal. En otras palabras, la infracción directa de la Constitución, o su infracción indirecta, por la vulneración de leyes que sirvan de parámetro de interpretación, durante el procedimiento legislativo, ocasionan un vicio formal.

(...)

“En efecto, considero que los denominados vicios de competencia por la jurisprudencia constitucional, son vicios formales y que por lo tanto las acciones que se interpongan en contra de un enunciado normativo, por este tipo de defectos, caducan en el término de un año.” -negrilla en texto original-

En el presente caso la Corte estudia si se llevó a cabo una actuación que, en virtud del contenido de la ley, resultaba preceptiva dentro del iter encaminado a la promulgación del Estatuto de Desarrollo Rural. De acuerdo con la lógica de lo expuesto anteriormente, no se busca comprobar si el contenido normativo de dicho estatuto excede el límite permitido por la Constitución o demás normas parámetro, sino determinar la necesidad de llevar a cabo la Consulta previa prevista por una disposición que hace parte del Bloque de Constitucionalidad -art. 6º del Convenio- y mediante cuál procedimiento debía llevarse a cabo dicha consulta. Sin duda alguna, y en estricta coherencia con la posición expuesta, ésta resulta ser una indagación sobre la satisfacción de los requisitos formales que se exigen respecto de una ley.

Los posibles argumentos en contra de este planteamiento son los que sustentan la primera hipótesis analizada, principalmente el carácter sustancial de los principios y derechos que con dicha actuación se quieren proteger. Este argumento desconoce toda la teoría de vicios de forma que se ha elaborado en la doctrina constitucional y que fue acogida, como no podía ser de otra manera, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto, esta posición parte del falso supuesto de que los vicios de forma son vicios que se ocupan de asuntos de poca entidad dentro del iter de formación legislativa; su objeto estaría circunscrito a afectaciones que no implicaran menoscabo de los principios y valores que se garantizan con la realización del procedimiento legislativo.

Nada más lejano a la esencia del procedimiento de creación normativa. Precisamente, la importancia del control de constitucionalidad sobre los llamados aspectos de forma se encuentra en que mediante su realización se comprueba qué valores y principios sustanciales e irrenunciables de nuestro sistema jurídico actúan y concretan en desarrollo del procedimiento de creación normativa previsto por la Constitución y demás normas infra constitucionales.

Los nombres de requisitos formales, límites formales, vicios de forma y control constitucional de forma no deben despistar sobre la naturaleza sustancial de dichos aspectos y, por consiguiente, sobre el carácter esencial que tienen en un Estado democrático en donde impera el principio de supremacía constitucional. No otra podría ser la interpretación del amplio número de disposiciones constitucionales sobre presupuestos de actuaciones procedimentales -art. 145 y art. 146-, sobre procedimiento legislativo -artículos 154 a 168-, sobre control jurisdiccional al mismo -art. 241 numeral 4 y parágrafo, y numeral 3 del art. 242- y del reenvío realizado por la Constitución a la ley orgánica para que complete la regulación del iter legis dentro de nuestro Estado -art. 151-.

La especial atención del constituyente a estos aspectos no fue casualidad, sino la consecuencia de que los mismos sean manifestación directa del principio democrático y que su realización, lejos de simple y llana forma carente de contenido, sea una de las manifestaciones sustanciales más importantes del sistema de fuentes en el Estado colombiano.

Por esta razón no compartimos el argumento de que la importancia sustancial de los principios y derechos garantizados por la consulta motivan su transmutación o transustanciación en vicio de material o de contenido, ignorando su clara naturaleza formal.

Las razones antes expuestas dejan ver que la hipótesis que adscribe un carácter formal a la consulta resulta mucho más coherente con su naturaleza y su papel dentro del procedimiento de creación legislativa, sin que esto implique disminución de la importancia que la misma tiene en la concreción de principios y derechos constitucionales. Este es un punto que debe resaltarse, por cuanto, contrario a lo manifestado por la sentencia C - 175 de 2009, no consideramos que la naturaleza formal de la Consulta previa implique que la misma carezca de contenido sustancial, ni que su importancia no resulte trascendental dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La Consulta, definida por un Convenio que -con rango de Constitución- integra el bloque de constitucionalidad colombiano, es un derecho fundamental, que sirve como mecanismo para la concreción de otros derechos de las

comunidades indígenas y tribales como la propiedad y relación con sus territorios, la subsistencia, la identidad y la toma de decisiones sobre su destino como cuerpo colectivo. Sin embargo, y sin duda alguna, esta importancia no hace que la Consulta adquiera las características de los llamados vicios materiales o de contenido, pues su naturaleza es la de una actuación en desarrollo de un procedimiento, es decir, la de un vicio de forma.

En conclusión,

i. Los vicios de la ley surgen cuando se vulneran o desconocen los límites establecidos a dicha fuente normativa. Los mismos pueden ser materiales o formales, dependiendo si el límite infringido es un contenido normativo o una actuación.

i. Siempre que se esté evaluando el cumplimiento de una actuación dentro del procedimiento de creación legislativa -sea con anterioridad a la etapa congresual, durante la misma o con posterioridad a ésta- se estará indagando por un vicio de forma.

i. Los límites de forma no pueden ser entendidos como límites carentes de contenido sustancial. A través de éstos se desarrollan, concretan y aplican principios constitucionales que aportan legitimidad a la creación normativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, representan un contenido indispensable dentro de nuestro sistema de fuentes.

i. La naturaleza de un límite no se transustancia por el hecho de que el mismo involucre un principio constitucional y, por consiguiente, tampoco lo hace la naturaleza del vicio derivado de su incumplimiento.

v. La Consulta previa, en cuanto actuación procedimental, resulta una exigencia o un límite de forma dentro del proceso de elaboración de ciertas leyes, por consiguiente su no realización o su realización de forma incorrecta genera un vicio de forma”.

Así pues, resulta evidente que en el trámite que precedió la adopción de la Ley 1382 de 2010 se incurrió en un vicio de procedimiento insubsanable, el cual conllevaba una declaratoria de inexecutable con aplicación inmediata.

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la ausencia de consulta previa a las minorías étnicas constituye un vicio insubsanable en el trámite de adopción de las leyes. Por tales razones, por ejemplo, fue declarado inexecutable el “Estatuto de Desarrollo Rural” (sentencia C- 175 de 2009), al igual que el “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela” (sentencia C- 615 de 2009).

Pues bien, en el presente caso, permitir que continúe desplegando sus efectos jurídicos un texto normativo, cuyo contenido no fue consultado previamente con las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas, torna inoperante, en la práctica, tal mecanismo ideado, precisamente, para proteger a las minorías en Colombia. Sin duda, carece de toda justificación permitir que unas normas legales sigan produciendo efectos jurídicos cuando precisamente existe un mecanismo constitucional e internacional encaminado a que esto no suceda en casos, como el analizado, cuando unos respectivos contenidos normativos no fueron previamente consultados con los afectados.

En definitiva, el expediente de los efectos diferidos de los fallos de constitucionalidad es una figura procesal plausible, cuyo empleo es para casos realmente excepcionales, cuando quiera que una declaratoria de inexecutable pueda producir graves traumatismos sociales, económicos, o incluso en materia de derechos fundamentales debido a situaciones de vacío normativo que puedan generarse. De tal suerte que, resulta injustificado aplicar tal técnica para salvar un texto normativo afectado por un vicio insubsanable originado por la vulneración de un derecho fundamental, como lo es la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-366/11

INEXECUTABILIDAD POR OMISION DE CONSULTA PREVIA EN LEY DE REFORMA AL CODIGO DE MINAS-Configuración por cuanto omisión constituye una desprotección de valores constitucionales de comunidades indígenas y afrodescendientes

CONSTITUCION DE 1991-Constitución pluriétnica, multicultural y ecológica

SENTENCIA DE EXECUTABILIDAD TEMPORAL O INEXECUTABILIDAD DIFERIDA-Procedencia en relación con ley de reforma al Código de Minas que omitió la consulta previa de comunidades indígenas y afrodescendientes para la protección del ambiente

SENTENCIA DE EXECUTABILIDAD TEMPORAL O INEXECUTABILIDAD DIFERIDA-Alternativa frente a dilemas que plantea una decisión de inconstitucionalidad pura y simple

En la presente sentencia, C-366 de 2011, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable la Ley 1382 de 2010, 'por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas', por no haber sido consultadas las comunidades indígenas y afrodescendientes, y decidió diferir los efectos de su decisión, esto es, someter a un plazo la decisión de constitucionalidad, por considerar que se ponían en riesgo caros valores constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, siendo ésta la alternativa que la

jurisprudencia constitucional ha construido para solucionar el dilema que plantea una decisión de inconstitucionalidad pura y simple.

Referencia: expediente D-8250

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas."

Actor: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

1. En la presente sentencia,²⁹ la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable la Ley 1382 de 2010, 'por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas', por no haber sido consultadas las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues dado el tipo de norma legal de que se trata (que afecta a las comunidades directamente) y el carácter sistemático de la regulación acusada, se ha debido llevar a cabo la consulta previa a las comunidades. Como lo afirma la sentencia "[...] luego de adoptada la medida legislativa correspondiente, el margen de maniobra de los pueblos étnicos se reduce hasta el mínimo, al punto que los consensos que llegaren a adoptarse entre las autoridades competentes y dichas comunidades resultarían inanes frente a la medida legislativa. Esto debido a que no podría ser modificada sin antes cumplir con los procedimientos constitucionales para el efecto."

2. No obstante, la Sala resolvió diferir los efectos de su decisión por considerar que si se declaraba la inconstitucionalidad de la norma alegada, se ponían en riesgo caros valores constitucionales, en especial, algunos de los valores que precisamente se busca proteger mediante el proceso de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, a saber: la protección ambiental y ecológica.

3. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades, la Constitución de 1991 no sólo es pluriétnica y multicultural, sino que también es una Constitución ecológica. La Carta Fundamental protege de forma amplia y significativa el ambiente a lo largo de su texto. Pero es más, las dos visiones están interconectadas y se retroalimentan. Por una parte, la visión ecológica encuentra sustento, entre otras razones, precisamente como un aporte de las culturas indígenas y afrodescendientes, que tradicionalmente han construido relaciones amigables y sostenibles con su entorno. Las diversas visiones culturales y étnicas tradicionales que nutren la República, han enseñado la importancia de respetar y saberse entender con la tierra, con la pacha mama. Pero a la vez, la defensa de la ecología es una forma de protección del lugar en que habitan y viven muchas de estas comunidades tradicionales. Es tal su grado de integración con la naturaleza que, precisamente, proteger el ambiente implica a su vez, proteger las comunidades indígenas y afrodescendientes.

4. Por lo tanto, en la medida que la Ley que se demandó es un Código de Minas que regula la

materia de forma integral, estableciendo un importante estándar de protección ecológica que no existía previamente en el ordenamiento legal, la Sala Plena de la Corte Constitucional se vio enfrentada a un dilema, ¿declaraba inexecutable la ley por no haber realizado la consulta previa, teniendo como efecto que la mayor protección del ambiente que fijo el Congreso en dicha norma se perdería, que es una de las razones por las que se exige constitucionalmente la consulta previa? ¿o se declaraba executable la ley para proteger el ambiente, a pesar de no haberse realizado la consulta previa? Cuando la violación constitucional de una ley obliga a la Corte a retirar un texto normativo del orden legal vigente que implica un daño en los mismos valores constitucionales que se pretende proteger, es imprescindible encontrar una alternativa que le permita a la Corte salir del trágico dilema que le plantea una decisión de inconstitucionalidad pura y simple.

5. Como bien lo aclara la sentencia, no era posible condicionar la decisión de executableidad. Por lo tanto, la alternativa que la jurisprudencia constitucional ha construido para solucionar estos dilemas en adoptar un fallo diferido, esto es, someter a un plazo la decisión de constitucionalidad.

6. En definitiva, la jurisprudencia constitucional de acuerdo con la cual se pueden dar efectos diferidos de las decisiones de inconstitucionalidad, es una poderosa herramienta procesal que le ha permitido a la Corte Constitucional construir soluciones razonables en casos como el presente. Esto es, situaciones en las cuales la decisión de protección de la Carta Fundamental lleva, precisamente, a desproteger uno de los valores fundamentales que se está pretendiendo proteger con la decisión adoptada.

7. Pero es importante advertir que la decisión adoptada por la Corte Constitucional de diferir los efectos no puede ser leída como una invitación a desconocer la norma constitucional de consulta previa, justificando su violación en un futuro, mediante la salvación al menos temporal de la norma. Mi voto, por ejemplo, encuentra justificación en los excepcionales y precisos hechos del caso y el contexto normativo en que ocurre el desconocimiento del deber de consulta previa. Casos distintos serían por ejemplo, que la declaratoria de inconstitucionalidad por falta de consulta previa afectara valores que no estén tan interrelacionados con la protección a las comunidades indígenas y afrodescendientes o que, pese a estar relacionados estrechamente los dos ámbitos de protección constitucional, se tratara de un asunto respecto del cual no exista un vacío de protección sobre la materia en el orden legal vigente.

8. En cualquier caso, la divergencia en la Corte Constitucional en torno a la decisión de si se debió diferir los efectos o no de declarar inconstitucional una ley por no haberse realizado la consulta previa a las comunidades indígenas, es un asunto polémico y que dio lugar a salvamentos de voto. En lo que no existe divergencia en la Sala Plena es en que sí se ha debido realizar la consulta previa, y que tal violación implica la inconstitucionalidad de la norma en el orden constitucional vigente. Ese es el claro mensaje, sin divergencias, que manda la Corte Constitucional.

En tal sentido aclaro mi voto a la sentencia C-366 de 2011.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-366/11

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia por ausencia de razones para la consulta previa de comunidades étnicas en trámite legislativo

Por cuanto en la demanda no se especifica la razón por la cual, para la expedición de la ley demandada y, en particular la de cada uno de sus artículos, debió haberse cumplido el trámite de la consulta previa con las comunidades étnicas, habría sido preciso que la Corte emitiera un fallo inhibitorio.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Procede cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecte directamente

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Omisión puede suplirse mediante exequibilidad condicionada

Expediente: D-8250

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas."

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado expone a continuación las razones por las cuales se aparta de la decisión mayoritaria, adoptada en la Sentencia C-366 de 2011.

En mi criterio, en este caso habría sido preciso que la Corte emitiera un fallo inhibitorio, por cuanto en la demanda no se especifica la razón por la cual, para la expedición de la ley demandada y, en particular la de cada uno de sus artículos, debió haberse cumplido el trámite de la consulta previa con las comunidades étnicas. Se establece por los demandantes la posible afectación que la minería, en general, puede tener sobre las comunidades indígenas y afrocolombianas, pero no se muestra de qué manera las normas acusadas producen esa afectación o, si, por el contrario, se limitan a modificar aspectos del Código de Minas que, en sí mismos, no tienen esa consecuencia. Así, por ejemplo, si bien es cierto que la minería es, en general, una actividad susceptible de producir directas y severas afectaciones en los territorios de las comunidades étnicas, no es menos cierto que muchas disposiciones relativas a la actividad minera carecen de esa potencialidad, como pueden ser, por ejemplo, aquellas que tienen incidencia sobre el marco institucional del sector minero, o

en la regulación de aspectos laborales o de asuntos técnicos especializados que no tienen impacto directo sobre las comunidades étnicas.

En ese contexto, estimo que esta habría sido una oportunidad para que la Corte matizara su jurisprudencia en relación con la exigencia de consulta previa en aquellos casos en los que se está frente a una ley que regula, de manera general, una materia que puede tener efectos indirectos sobre las comunidades

étnicas, orientándola hacia la exégesis según la cual dichas comunidades o son excluidas del ámbito de la ley, o se dispone una previa consulta para cualquier intervención en ellas producto de la aplicación o ejecución de la ley mediante la necesaria función administrativa que se desarrolla a través de actos, contratos u operaciones administrativas. No puede perderse de vista que la consulta previa a las comunidades étnicas no solo procede frente a la expedición de leyes que directamente las afecte sino también frente a actos administrativos que produzcan ese mismo efecto. Se podría, en este sentido, retomar la línea trazada en la Sentencia C-461 de 2008, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la ley, que se había demandado por una omisión en el deber de consulta, y la suspensión en la aplicación de algunos de sus componentes hasta tanto se surtiera la necesaria consulta.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MEDOZA MARTELO

Magistrado

1 El término Ramsar se adopta a raíz de la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional, suscrita en la ciudad del mismo nombre en Irán.

2 Sobre este particular, la intervención refiere a la Informe Provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, del 9 de agosto de 2010. Documento A/65/264. En todo caso, la intervención pone de presente que la Declaración no tiene carácter vinculante para los Estados y que Colombia la suscribió con algunas reservas, entre ellas las relacionadas con el consentimiento libre, expreso e informado para la toma de decisiones susceptibles de afectar a los pueblos indígenas (Arts. 19 y 32), al igual que sobre la propiedad indígena sobre los recursos naturales y el subsuelo (Art. 26).

3 En esta decisión, la Corte declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 “por la cual se expide la Ley General Forestal”, en razón a que se había omitido cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

4 Mediante esta sentencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo”, en el entendido que “se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral

y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.”

5 Corte Constitucional, sentencia C-175/09, fundamento jurídico 6.

6 Boisson Jacques señala la impertinencia de invisibilizar las diferencias culturales, puesto que: “las diferencias culturales expresan la riqueza de las respuestas que el hombre ha hallado para adaptar a sus necesidades los diferentes medioambientes que ha encontrado en el curso de su historia. La variedad de las formas de culturas es, por lo tanto, el garante de la supervivencia de la especie y como tales deben ser protegidas y su dignidad respetada.” Boisson Jacques, Introducción: los derechos de los pueblos, en: Rojas Francisco (edit.), América Latina: etnodesarrollo y etnocidio, FLACSO, San José, 1982, p. 17.

7 Corte Constitucional, sentencia C-063/10, fundamento jurídico 3.1.

8 Acerca de la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, puede consultarse la sentencia SU-383/03, en la que la Corte estipuló lo siguiente: “Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT , y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales -Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad. || Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana -artículos 1º y 7º C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.”

9 Gaceta del Congreso 344/07 p. 21.

10 Gaceta del Congreso 493/07, p. 14.

11 Gaceta del Congreso 386/09, pp. 2-3.

12 Ley 2ª de 1959.

a) Zona de Reserva Forestal del Pacífico, comprendida dentro de los siguientes límites generales:

Por el Sur, la línea de frontera con la República del Ecuador; por el Occidente, el Océano Pacífico y la línea divisoria con la República de Panamá; por el Norte, el Océano Atlántico (Golfo de Urabá), y por el Oriente, una línea que arrancando 15 kilómetros al Este del divorcio de aguas de la Cordillera Occidental, en los límites con el Ecuador, siga hasta el Volcán de Chiles, el Nevado de Cumbal y la Quebrada de San Pedro, y de allí, a través del Río Patía, hasta Chita, continuando 15 kilómetros al Este por el divorcio de aguas del Cerro de Rivas al Cerro de Munchique y siguiendo la cima de la Cordillera Occidental hasta el Cerro de Caramanta; de allí al Cerro Paramillo y luego al Cerro Murrucucú, y de allí una línea recta, con rumbo 45 grados noreste, hasta el Océano Atlántico;

b) Zona de Reserva Forestal Central, comprendida dentro de los siguientes límites generales:

Una zona de 15 kilómetros hacia el lado Oeste, y otra, 15 kilómetros hacia el Este del divorcio de aguas de la Cordillera Central, desde el Cerro Bordoncillo, aproximadamente a 20 kilómetros al Este de Pasto, hasta el Cerro de Los Prados al Norte de Sonsón;

c) Zona de Reserva Forestal del Río Magdalena, comprendida dentro de los siguientes límites generales:

Partiendo de la confluencia del Río Negro con el Río Magdalena, aguas abajo de este último, hasta su confluencia con el Río Caño Regla, y siguiendo este río y su subsidiario el Río La Honda hasta encontrar el divorcio de aguas de este río con el Río Nechí; de allí hacia el Norte, hasta encontrar el divorcio de aguas del Río Nechí con los afluentes del Río Magdalena, y por allí hasta la cabecera de la Quebrada Juncal, siguiendo esta quebrada hasta su confluencia con el Río Magdalena, y bajando por ésta hasta Gamarra; de allí al Este hasta la carretera Ocaña-Pueblonuevo; se sigue luego por el divorcio de aguas de la Cordillera de Las Jurisdicciones, hasta el Páramo de Cachua y la cabecera del Río Pescado; por este río abajo hasta su confluencia con el Río Lebrija, y de allí, en una línea recta hacia el Sur, hasta la carretera entre Vélez y Puerto Olaya, y de allí una línea recta hasta la confluencia del Río Negro con el Río Magdalena, punto de partida;

d) Zona de Reserva Forestal de la Sierra Nevada de Santa Marta, comprendida dentro de los siguientes límites generales:

Del Mar Caribe hacia el Sur, siguiendo la longitud 74o., hasta la latitud Norte 10o. 15', de allí hacia el Este, hasta la longitud 73o. 30'; de allí hacia el Norte hasta la latitud Norte 10o. 30'; de allí hacia el Este, hasta la longitud 73o. 15'; de allí hacia el Norte, hasta el Mar Caribe, y de allí por la costa, hasta el punto de partida;

e) Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, comprendida dentro de los siguientes límites generales:

Por el Oriente, la línea de frontera con la República de Venezuela; por el Norte, partiendo de

la frontera con Venezuela, se sigue una distancia de 20 kilómetros por el límite del Departamento del Magdalena con la Intendencia de La Guajira, por el Occidente, una línea paralela a 20 kilómetros al Oeste de la frontera entre Colombia y Venezuela, desde el límite Norte descrito arriba, hasta la intersección de esta paralela con la longitud 73o. 30', y de allí continúa hacia el Sur, hasta su intersección con latitud Norte 8o. 30', y por el Sur, siguiendo este paralelo hasta encontrar la frontera con Venezuela;

f) Zona de Reserva Forestal del Cocuy, comprendida dentro de los siguientes límites generales:

Desde un punto en el límite entre Colombia y Venezuela en la longitud Occidental 71o. 46'; hacia el Sur, hasta la latitud Norte 6o. 16', de allí hacia el Oeste hasta la longitud Occidental 72o. 30' y de allí hacia el Norte hasta la latitud Norte 7o. 30'; de allí hacia el Este, siguiendo la frontera de Colombia y Venezuela hasta el punto de partida;

g) Zona de Reserva Forestal de la Amazonía, comprendida dentro de los siguientes límites generales:

Partiendo de Santa Rosa de Sucumbíos, en la frontera con el Ecuador, rumbo Noreste, hasta el cerro más alto de los Picos de la Fragua; de allí siguiendo una línea, 20 kilómetros al Oeste de la Cordillera Oriental hasta el Alto de Las Oseras; de allí en línea recta, por su distancia más corta, al Río Ariari, y por éste hasta su confluencia con el Río Guayabero o el Guaviare, por el cual se sigue aguas abajo hasta su desembocadura en el Orinoco; luego se sigue la frontera con Venezuela y el Brasil, hasta encontrar el Río Amazonas, siguiendo la frontera Sur del país, hasta el punto de partida.

Art. 2. Se Declaran Zonas de Reserva Forestal los terrenos baldíos ubicados en las hoyas hidrográficas que sirvan o puedan servir de abastecimiento de aguas para consumo interno, producción de energía eléctrica y para irrigación, y cuyas pendientes sean superiores al 40%, a menos que, en desarrollo de lo que se dispone en el artículo siguiente, el Ministerio de Agricultura las sustraiga de las reservas.

13 Esta sentencia declaró la exequibilidad del el inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 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. En relación con la obligatoriedad de la consulta previa en el caso analizado, la sentencia expresó, entre otros argumentos, los siguientes:

“Como quedó establecido en la reseña de la demanda, para el actor la norma acusada viola las reglas constitucionales enunciadas por él toda vez que la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, tal y como lo exigen las normas superiores referidas “podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “son dignas de protección especial” en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas. Así mismo arguye que el derecho al ambiente sano

(artículo 79 de la Constitución) impone hacer partícipes a las comunidades en la toma de decisiones tan trascendentales como la delimitación de zonas de protección para los indígenas.

Al retomar el análisis de la disposición acusada y confrontarla con las reglas constitucionales invocadas por el demandante, cabe formular las siguientes puntualizaciones:

-Las zonas mineras indígenas son sectores que se establecen dentro de un territorio indígena.

-La norma acusada prevé un mecanismo para proyectar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas. En efecto, mediante la delimitación y alindamiento de “zonas mineras indígenas” se reconoce a las comunidades indígenas del respectivo territorio un derecho de prelación para exploración y explotación frente a otros posibles explotadores pues existiendo interés de aquellas, la autoridad minera debe celebrar el correspondiente contrato de concesión. Y de todos modos se señala que toda propuesta de particulares será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas.

-Si bien puede argumentarse, como lo hacen los intervinientes, que la sola delimitación de la zona minera indígena no afecta bien alguno constitucionalmente protegido pues la delimitación no implica el adelantamiento de proyectos concretos de exploración y explotación para los cuales se garantiza la participación directa de la respectiva comunidad, a juicio de esta Corporación no se puede desconocer que como en la medida en que el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena están llamados a afectar el régimen de explotación del suelo y el subsuelo minero en los territorios indígenas no es indiferente la participación de la comunidad indígena respectiva. En efecto, a menos que la zona minera indígena comprenda todo el ámbito de un “territorio indígena” es claro que, en el ámbito territorial no comprendido en la “zona minera indígena” pueden yacer minerales en el suelo y en el subsuelo que estarían sometidos a un régimen de explotación diferente del previsto para la “zona minera indígena”, conforme a lo establecido en esta providencia a propósito del entendimiento y proyección de la disposición acusada.

-La circunstancia de que la norma acusada en cuanto forma parte del Código de Minas haya sido objeto de consulta en las mesas de concertación -como pone de presente en su intervención el Ministerio de Minas y Energía- con participación de representantes de las comunidades indígenas si bien satisface en cuanto al estudio del Código el requisito constitucional de participación en la formulación del régimen normativo especial, no es suficiente cuando de la precisión de ámbitos y regímenes concretos de explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se trata.

-Ahora bien, cabe preguntarse si en la medida en que el señalamiento y delimitación de “la zona minera indígena” debe basarse en estudios técnicos y sociales, la consulta a la comunidad indígena interesada resultaría inocua. Al respecto se ha de responder que si bien la decisión debe soportarse en dichos estudios tal como lo prevé la norma acusada, de tal manera que sin que medien dichos estudios aquella no podrá adoptarse, es evidente que los mismos no arrojan un contenido que imponga o descarte per se, en forma directa y automática el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena.

-En armonía con lo anteriormente expuesto, para la Corte resulta claro que si la delimitación y señalamiento de la “zona minera indígena” dentro de un determinado territorio indígena tiene por directa finalidad la de determinar el específico régimen de la explotación de los recursos naturales que se hallen en el suelo o en el subsuelo de aquel debe darse aplicación a la regla contenida en el Artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.”

14 Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Asamblea General. Sexagésimo quinto periodo de sesiones. Documento A/65/264.

15 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. 12° periodo de sesiones. 15 de julio de 2009. Documento A/HRC/12/34.

16 Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

17 Cfr., e.g. OIT Convenio No. 169, Artículo 15(2) (declarando que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”) El Banco Mundial ha implementado requisitos similares, Banco Mundial, Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10). Otros documentos hablan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente. Cfr., e.g. ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), supra nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP “puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”); Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas, supra nota 76, párr. 4(d) (haciendo un llamado a los Estados a “[g]arantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado”).

18 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000,

párr. 9.5.

19 Corte IDH. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 129-130.

20 Sobre el particular, la Secretaría de la Comisión Quinta del Senado informó, a solicitud de la Corte, que “la Comisión celebró, durante el trámite del proyecto, un FORO, el cual se llevó a cabo el día 13 de septiembre de 2007, y en el que se le dio participación a la ciudadanía.” Estudiada el acta contentiva de ese foro, no se encontró participación de autoridades representativas de las comunidades étnicas. Esto salvo la intervención del ciudadano Erwin Emilio Rentería, a quien el acta lo adscribe como miembro de minorías étnicas. Su intervención estuvo dirigida a oponerse a la reforma, en especial por su falta de articulación con los intereses de los mineros tradicionales.

En lo que respecta al Senado de la República, el Secretario de la Comisión Quinta informó a la Corte que fueron celebradas dos audiencias públicas en relación con la iniciativa. La primera, celebrada en Medellín el 20 de noviembre de 2008 y publicada en la Gaceta del Congreso 818/09. La segunda, llevada a cabo en Riohacha el 23 de abril de 2009 y publicada en la Gaceta del Congreso 828/09. Revisados estos documentos, se encontró que no hubo participación de las comunidades étnicas. Esto sin perjuicio de la intervención de la Representante por comunidades indígenas Orsinia Patricia Polanco Jusayú, quien manifestó la inconformidad con el proyecto de ley, entre otros asuntos por haber omitido el requisito de consulta previa.

21 Cfr. Gaceta del Congreso 344/07, para el caso del Proyecto de Ley 10/07 Senado, presentado por el Ministerio de Minas y Energía.

22 Cfr. Gaceta del Congreso 103-08 pp. 8-21.

23 Sobre este particular, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-221/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-737/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

24 Corte Constitucional, sentencia C-737/01.

25 Corte Constitucional, sentencia C-221/97.

26 Sentencia C-141 de 2001, MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 19.

27 Corte Constitucional, sentencia C-141/01 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Fundamento 19.

28 Sentencia T-760 de 2007.

29 Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y SPV Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto).