Sentencia C-367/11

REFORMA AL CODIGO DE MINAS-Cosa juzgada constitucional respecto de la inexequibilidad por exigencia de la realización de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes

Referencia: expediente D- 8277

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010 modificatoria de la Ley 685 de 2001

Demandante: Guillermo León Henao Gómez

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

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

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. NORMAS DEMANDADAS

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano GUILLERMO LEÓN HENAO GÓMEZ solicita a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010 modificatoria de la Ley 685 de 2001 que establece lo siguiente:

LEY 1382 DE 2010

(febrero 9)

Diario Oficial No. 47.618 de 9 de febrero de 2010

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Adiciónase el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 Código de Minas con el siguiente parágrafo.

PARÁGRAFO 1o. Los solicitantes de propuesta de contrato de concesión deberán señalar si

dentro del área solicitada existe algún tipo de explotación minera, indicando su ubicación y metodología utilizada para conocer la existencia o no de dicha minería. La Autoridad Minera en un plazo no mayor a tres (3) meses deberá certificar, si la hubiere, el tipo de minería existente.

Si hubiere minería tradicional, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 31 y 248 y las demás disposiciones aplicables del Código de Minas y en su defecto a poner en conocimiento de las demás autoridades competentes de las Ramas Ejecutiva y Judicial para que se adelanten las acciones administrativas y penales previstas en los artículos 159 y 164 del Código de Minas y las demás disposiciones aplicables del Código Penal.

En caso que el solicitante de contrato de concesión no informe sobre la existencia de minería, dará lugar al rechazo de la solicitud, o multa en el caso de contar con contrato de concesión, si la Autoridad Minera detecta que existe minería y que el concesionario no ha procedido, en el último caso, de acuerdo con los artículos 306, 307 y siguientes del Código de Minas.

De existir minería tradicional constatada por la Autoridad Minera y de no haber sido informada por el solicitante y encontrándose en ejecución el contrato de concesión, se suspenderá el contrato por el término de seis meses para el área en discusión, dentro de los cuales las partes procederán a hacer acuerdos. De no llegar a acuerdos se acudirá a mecanismos de arbitramiento técnico previsto en el artículo 294 del presente código, cuyos costos serán a cargo de las partes. El tribunal de arbitramiento definirá cuál es el mejor acuerdo que será de obligatorio cumplimiento.

Se entiende por minería tradicional aquellas que realizan personas o grupos de personas o comunidades que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional y que acrediten que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua durante cinco (5) años, a través de documentación comercial y técnica, y una existencia mínima de diez (10) años anteriores a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2o. El tiempo máximo para que la autoridad minera resuelva la solicitud de contrato de concesión será de ciento ochenta días (180) calendarios, entendidos estos como aquellos atribuibles a la institucionalidad minera. En caso de incumplimiento, dicha mora será causal de mala conducta para el funcionario responsable.

ARTÍCULO 2o. Adiciónase al artículo 31 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, con los siguientes incisos:

La Autoridad Minera también podrá delimitar otras áreas especiales que se encuentren libres, sobre las cuales, de conformidad con la información geológica existente, se puede adelantar un proyecto minero de gran importancia para el país, con el objeto de otorgarlas en contrato de concesión a través de un proceso de selección objetiva, a quien ofrezca mejores condiciones técnicas, económicas, sociales y ambientales para el aprovechamiento del recurso. Dentro de estos procesos la Autoridad Minera establecerá las contraprestaciones económicas, además de las regalías previstas por la ley, que los proponentes deban ofrecer. Las áreas que no hubieren sido otorgadas dentro del término de tres (3) años contados a partir de la delimitación del área, quedarán libres para ser otorgadas bajo el régimen de concesión regulado por este Código. La Autoridad Minera señalará el procedimiento general,

así como las condiciones y requisitos para escoger al titular minero en cada caso.

La Autoridad Minera a través de los medios de comunicación hablado y escrito informará a los interesados sobre las concesiones a licitar de que habla el presente artículo.

Ingeominas como Autoridad Geológica en minería podrá delimitar áreas especiales, que se encuentren libres sobre las cuales no se recibirán ni se otorgarán títulos mineros, pero se respetarán los existentes, con el fin de que se adelanten procesos para entregar el área hasta por cinco (5) años a quien ofrezca un mejor programa de evaluación técnica geológica de dicha área bajo los términos y condiciones que establezca la Autoridad Minera. Quien obtenga un contrato de Evaluación Técnica una vez terminado, tiene la primera opción para contratar con la Autoridad Minera el área bajo contrato de concesión en los términos que prevé este Código.

Las empresas que hayan sido objeto de incumplimiento de obligaciones del contrato original, declarado el incumplimiento por la Autoridad Minera, no tendrán la capacidad para competir en los contratos mineros, de que trata este artículo.

ARTÍCULO 3o. El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quedará así:

Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas 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. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexánder Von Humboldt.

No obstante lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2ª de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal.

Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no

sustraída.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá los requisitos y el procedimiento para la sustracción a que se refiere el inciso anterior. Igualmente establecerá las condiciones en que operará la sustracción temporal en la etapa de exploración.

PARÁGRAFO 1o. En caso que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga.

PARÁGRAFO 2o. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una vez entrada en vigencia la presente ley, en un término de cinco años, redelimitará las zonas de reserva forestal de Ley 2ª de 1959; en cuanto a cuáles son protectoras y cuáles no procurando la participación de la autoridad minera y de los demás interesados en dicho proceso.

PARÁGRAFO 3o. Para la declaración de las zonas de exclusión de que trata el presente artículo se requerirá un concepto previo no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.

ARTÍCULO 4o. Adiciónase el artículo 38 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, con los siguientes incisos:

El Ministerio de Minas y Energía elaborará, dentro de los tres (3) años siguientes a la vigencia de la presente ley, el Plan Nacional de Ordenamiento Minero. En cuya elaboración y adopción 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.

El Plan Nacional de Ordenamiento Minero se deberá coordinar con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dados los efectos sobre el ambiente, la localización de la población y las posibilidades de uso ambiental del suelo. En todo caso el Plan Nacional de Ordenamiento Minero incluirá un análisis ambiental estratégico del territorio.

ARTÍCULO 5o. Adiciónase el artículo 74 de la Ley 685 de 2001 Código de Minas con el siguiente parágrafo:

PARÁGRAFO. Adicionalmente, si resulta necesaria una prórroga superior a la prevista en el presente artículo, el concesionario podrá continuar las exploraciones, solicitando prórrogas adicionales de dos (2) años cada una, hasta por un término total de once (11) años, para lo cual 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.

ARTÍCULO 6o. Modifícase el artículo 77 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, el cual quedará así:

Artículo 77. Prórroga y renovación del contrato. Como mínimo dos (2) años antes de vencerse el período de explotación y encontrándose a paz y salvo, el concesionario podrá solicitar la

prórroga del contrato de hasta veinte (20) años, la cual no será automática, y debe ir acompañada de nuevos estudios técnicos, económicos, ambientales y sociales, que sustenten la situación actual de los recursos. Para el efecto, previamente deberá negociar las condiciones de la prórroga, incluso se podrán pactar contraprestaciones diferentes a la regalía, en todo caso, la prórroga solo se otorgará si se demuestra que es beneficiosa para los intereses del Estado. La prórroga se perfeccionará mediante un acta suscrita por las partes, que se inscribirá en el Registro Minero.

ARTÍCULO 7o. Adiciónase el artículo 84 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas con el siguiente parágrafo:

PARÁGRAFO. El Ministerio de Minas deberá diseñar un formulario especial para la elaboración de los programas de trabajo y obras (PTO) para el sector de las esmeraldas, toda vez que estos minerales no son cuantificables como los demás.

ARTÍCULO 8o. El artículo 101 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, el cual quedará así:

Integración de áreas. Cuando las áreas correspondientes a varios títulos, pertenecientes a uno o varios beneficiarios para un mismo mineral fueren contiguas o vecinas no colindantes siempre que pertenezcan al mismo yacimiento, se podrán incluir en un programa único de exploración y explotación para realizar en dichas áreas sus obras y labores, simultánea o alternativamente, con objetivos y metas de producción unificados, integrándolas en un solo contrato. Con este propósito los interesados deberán presentar a la Autoridad Minera el mencionado programa conjunto para su aprobación y del cual serán solidariamente responsables.

Este contrato unificado deberá garantizar de una parte, que se mantengan las contraprestaciones exigidas en los títulos cuyas áreas fueron integradas, y de otra, establecerá los mecanismos que resulten necesarios para que las autoridades puedan ejercer un control adecuado sobre las respectivas explotaciones, en aras de asegurar la adecuada distribución de las contraprestaciones económicas a los entes beneficiarios.

El régimen aplicable al contrato integrado será el que corresponda en atención a lo establecido en el Título VIII, Capítulo XXXII, de este código, por lo cual cuando la integración comprenda contratos provenientes del régimen de Aporte, se mantendrán todas las condiciones de los contratos y las contraprestaciones económicas pactadas, adicionales a las regalías de ley.

En caso de integrarse contratos de regímenes diferentes o cuando entre los contratos a integrar existieren diferencias en cualquiera de sus obligaciones, diferentes a las contraprestaciones ambientales y económicas, siempre se preferirán aquellas que resulten más favorables para los intereses del Estado.

El resultado de la integración de las áreas deberá modificar la licencia ambiental existente, o tramitar uno nuevo para el proyecto resultante ante la autoridad ambiental competente, para lo cual deberá solicitar pronunciamiento previo.

En ningún caso se procederá a la integración de áreas cuando con esta integración resulten

afectados en sus expectativas de ingresos por regalías dos (2) o más municipios beneficiarios de regalías, dentro de los diez (10) años siguientes a la integración.

Para efectos de la duración del nuevo contrato, se tendrá en cuenta el plazo transcurrido del contrato más antiguo, plazo que podrá prorrogarse conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de este Código.

En todo caso la Autoridad Minera tendrá la facultad de aprobar o no la integración, mediante resolución motivada.

ARTÍCULO 9o. Adiciónase el artículo 112 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, con el siguiente literal:

k) Cuando empresas o personas naturales en ejercicio de actividades mineras, contraten a personas menores de 18 años para desempeñarse en labores de minería tanto de cielo abierto como subterráneas.

ARTÍCULO 10. Modifícase el artículo 116 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas.

Autorización temporal. Las entidades públicas, entidades territoriales, empresas y los contratistas que se propongan adelantar la construcción, reparación, mantenimiento o mejora de una vía pública nacional, departamental o municipal, o la realización de un gran proyecto de infraestructura declarado de interés nacional por parte del Gobierno Nacional, podrán con sujeción a las normas ambientales, solicitar a la Autoridad Minera autorización temporal e intransferible, para tomar de los predios rurales, vecinos o aledaños a la obra, los materiales de construcción que necesiten exclusivamente para dicha obra, con base en la constancia que expida la entidad para la cual se realice la obra y que especifique el trayecto de la vía o característica de la obra, la duración de los trabajos y la cantidad máxima que deberá utilizarse.

Dicha autorización deberá ser resuelta en el término improrrogable de treinta (30) días o se considerará otorgada por aplicación del silencio administrativo positivo.

La autorización temporal tendrá una vigencia máxima de tres (3) años prorrogables, por una sola vez, contados a partir de su otorgamiento.

La Autoridad Minera competente hará seguimiento a las actividades realizadas en ejecución de las autorizaciones temporales. El incumplimiento de las medidas señaladas en el informe de actividades o de las obligaciones impuestas en el acto administrativo de otorgamiento del derecho por parte del beneficiario de la autorización, temporal, dará lugar a que se revoque la autorización temporal, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar, de conformidad con el artículo 115 de este Código.

Las áreas sobre las cuales exista un título minero de materiales de construcción, no son susceptibles de autorizaciones temporales; no obstante sus titulares estarán obligados a suministrar los materiales de construcción a precios de mercado normalizado para la zona. De no existir acuerdo sobre este precio se procederá a convocar un arbitramento técnico a través de la Cámara de Comercio respectiva, para que defina dicho precio.

En caso de que el concesionario no suministre los materiales de construcción, la explotación será adelantada por el solicitante de la autorización temporal y en dicho evento en el arbitramento además se resolverá sobre las zonas compatibles para adelantar las nuevas explotaciones. Respecto al pago y al ingreso a la zona se aplicará, en lo pertinente, lo previsto en el Capítulo de Servidumbres del presente Código.

Si la zona objeto de la autorización temporal se sobrepusiere a una propuesta de concesión, que no incluya materiales de construcción, se otorgará la autorización temporal, pero una vez finalizada dicha autorización, el área hará parte de la propuesta o contrato a la cual se superpuso.

Cuando el proponente o titular de un derecho minero lo autorice, la Autoridad Minera podrá otorgar autorización temporal de manera concurrente. En este caso cada titular responderá por los trabajos mineros que realice directamente y por el cumplimiento de las normas ambientales vigentes.

Lo dispuesto en los artículos 117, 118, 119, 120 y 332 de la Ley 685 del 2001 es aplicable también a las obras de infraestructura a que se refiere el inciso primero de este artículo e igualmente se mantienen las previsiones del artículo 41 y las demás derivadas de los derechos de propiedad privada.

ARTÍCULO 11. Modifíquese el artículo 187 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, el cual quedará así:

Necesidad de los bienes. El carácter de indispensable de los bienes inmuebles objeto de la expropiación, así como de los derechos sobre los mismos, incluyendo 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, así como en sus respectivas modificaciones. En caso de contratos cuyo régimen aplicable no exija la aprobación de este tipo de documentos, bastará con la presentación del respectivo plan minero.

El Ministerio de Minas y Energía, cuando lo considere necesario, ordenará, dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud, mediante providencia que se notificará personalmente al propietario o poseedor del inmueble, una inspección administrativa a costa del minero interesado, y adoptará su decisión definitiva dentro de los veinte (20) días siguientes.

PARÁGRAFO. Previo avalúo técnico del inmueble o de la posesión, por medio de peritos de la propiedad lonja raíz, para tasar la respectiva indemnización a favor del titular del predio a expropiar.

ARTÍCULO 12. LEGALIZACIÓN. Los explotadores, los grupos y asociaciones de minería tradicional que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable de dos (2) años contados a partir de la promulgación de la presente ley, que la mina o minas correspondientes le sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar, y se acredite que los trabajos mineros se

vienen adelantando en forma continua desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001.

Si el área solicitada se encuentra ocupada por una concesión, y siempre que el grupo o asociación demuestre una antigüedad mayor a la que tiene la concesión, se procederá a verificar las condiciones de cumplimiento de las obligaciones del titular minero y en caso de hallarse en causal de caducidad se tendrá como primera opción para continuar el trámite la solicitud de legalización debidamente presentada, una vez caducado el contrato.

En el evento en que el titular se encuentre al día en sus obligaciones, la Autoridad Minera mediará entre las partes para que lleguen a acuerdos, como la suscripción de Contratos de Asociación y Operación debidamente inscritos en el Registro Minero Nacional previstos en el artículo 221 del presente Código, entre otros, que permitan la explotación por parte de los grupos o asociaciones. Para llegar las partes a estos acuerdos tendrán un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la solicitud del minero tradicional.

Si el área no se hallare libre por la existencia de una propuesta de contrato de concesión y se presentare una solicitud de legalización en los términos de este artículo, se continuará el trámite de la propuesta, y en caso de llegar a ser contrato de concesión, la Autoridad Minera procederá de acuerdo a lo señalado en el inciso tercero del presente artículo. Si la solicitud de propuesta de contrato de concesión se rechaza, se tendrá como primera opción para continuar el trámite, la solicitud de legalización.

PARÁGRAFO 1o. En todo caso, la autoridad minera contará hasta con un (1) año para realizar la visita de viabilización, después de presentada la solicitud de legalización, para resolver el respectivo trámite; y contará hasta con dos (2) meses, a partir del recibo de los PTO y PMA por parte del interesado, para resolver de fondo la solicitud de legalización. Hasta tanto la Autoridad Minera no resuelva las solicitudes de legalización en virtud de este artículo no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código.

En los casos de legalización planteados en el presente artículo, los trámites de evaluación, visita de viabilización y adjudicación de la concesión, se efectuarán de manera gratuita por parte de la Autoridad Minera, quien destinará los recursos necesarios para la realización de estos. Sin embargo los estudios (PTO y PMA) requeridos para la ejecución de la concesión estarán a cargo de los solicitantes.

PARÁGRAFO 2o. Se considerará legal el barequeo consistente en extracción de materiales de arrastre, siempre y cuando se realice con herramientas no mecanizadas y con una extracción que no supere un volumen de 10 metros cúbicos por día, por longitud de rivera de 200 metros de largo.

ARTÍCULO 13. Modifíquese el artículo 205 del Código de Minas, Ley 685 de 2001, el cual quedará así:

Licencia ambiental. 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. Dicha autoridad podrá fundamentar su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo en la forma prevista en el artículo 216 del presente Código.

ARTÍCULO 14. Modifíquese el artículo 206 del Código de Minas, Ley 685 de 2001, el cual quedará así:

Requisito ambiental. Para las obras y trabajos de la explotación temprana, el interesado deberá obtener Licencia Ambiental, que posteriormente podrá, a juicio de la autoridad ambiental, ser modificada para amparar los trabajos definitivos de explotación con el lleno de los requisitos legales.

Estudios y licencias conjuntas. Los beneficiarios de áreas vecinas o aledañas, estén o no incluidas en un plan conjunto de exploración y explotación, podrán realizar, si así lo requieren, el Estudio de Impacto Ambiental ordenado en este Código, para las obras de infraestructura, el montaje y la explotación de dichas áreas, en forma conjunta si esta fuere exigible. Si las condiciones y características de dichas áreas fueren homogéneas o similares, podrán pedir además el otorgamiento de una Licencia Ambiental Conjunta. La gestión ambiental incluida en la Licencia, podrá contener medidas específicas acordes con la ubicación singular y concreta del área de cada concesión. En este caso, los beneficiarios deberán responder solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la licencia.

ARTÍCULO 16. Modifíquese el artículo 230 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas:

Canon superficiario. El canon superficiario sobre la totalidad del área de la concesión durante la exploración, el montaje y construcción o sobre las extensiones de la misma que el contratista retenga para explorar durante el período de explotación, es compatible con la regalía y constituye una contraprestación que se cobrará por la entidad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato. El mencionado canon será equivalente a un salario mínimo día legal vigente (smdlv) por hectárea año, del primero al quinto año; de ahí en adelante el canon será incrementado cada dos (2) años adicionales así: por los años 6 y 7 se pagarán 1.25 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año; por el año 8, 1.5 salarios mínimos día legal vigente por hectárea año.

Dicho canon será pagadero por anualidades anticipadas. La primera anualidad se pagará dentro de los tres (3) días siguientes al momento en que la Autoridad Minera, mediante acto administrativo, determine el área libre susceptible de contratar.

Para las etapas de construcción y montaje o exploración adicional, se continuará cancelando el último canon pagado durante la etapa de exploración.

PARÁGRAFO 1o. La no acreditación del pago del canon superficiario dará lugar al rechazo de la propuesta, o a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión, según el caso.

La Autoridad solo podrá disponer del dinero que reciba a título de canon superficiario una vez

celebrado el contrato de concesión. Solamente se reintegrará al proponente la suma pagada en caso de rechazo por superposición total o parcial de áreas. En este último evento se reintegrará dentro de los cinco (5) días hábiles, la parte proporcional si acepta el área reducida, contados a partir que el acto administrativo quede en firme. Igualmente habrá reintegro en los casos en que la autoridad ambiental competente niegue la sustracción de la zona de reserva forestal para la etapa de exploración.

PARÁGRAFO 2o. Las propuestas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en trámite y los títulos mineros que no hubieren pagado el canon correspondiente a la primera anualidad, deberán acreditar dicho pago dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, so pena de rechazo o caducidad, según corresponda.

ARTÍCULO 17. Modifícase el inciso 1o del artículo 270 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, el cual quedará así:

Presentación de la propuesta. La propuesta de contrato se presentará personalmente por el interesado o su apoderado, ante la oficina de la Autoridad Minera competente en la jurisdicción del área de la propuesta.

ARTÍCULO 18. Adiciónase al artículo 271 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas con los siguientes literales:

h) Un anexo técnico que describirá los trabajos de exploración, los cuales deberán ser iguales o superiores a los mínimos definidos por el Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con el área y las características del proyecto minero;

i) Cuando se trate de proyectos de más de ciento cincuenta (150) hectáreas, la demostración de la capacidad económica del interesado para adelantar el proyecto minero se hará con sujeción a los parámetros que fije el Ministerio de Minas y Energía, los cuales serán proporcionales al área solicitada.

ARTÍCULO 19. Modifícase el artículo 273 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, el cual quedará así:

Objeciones a la propuesta. La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por parte del peticionario y por orden de la Autoridad Minera, en aquellos casos que no estén contemplados como causales de rechazo por el artículo 274 de este Código. El término para corregir o subsanar la propuesta será hasta de treinta (30) días y la Autoridad Minera contará con un plazo hasta de treinta (30) días para resolver definitivamente.

ARTÍCULO 20. Modifícase el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas el cual quedará así:

Rechazo de la propuesta. La propuesta será rechazada en los siguientes casos:

1. Si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código siempre que no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige.

3. Si no cumple con la presentación de todos los requisitos establecidos en el artículo 271 del presente Código.

4. Si no se cumple el requerimiento de subsanar las deficiencias de la propuesta.

5. Si no se acredita el pago de la primera anualidad del canon superficiario.

ARTÍCULO 21. Adiciónase el artículo 280 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas con el siguiente parágrafo:

PARÁGRAFO. En el evento de que existiere dificultad para la constitución de la póliza, esta se podrá sustituir por una garantía real, sea esta personal o de un tercero que aseguren el cumplimiento de las obligaciones mineras y ambientales, el pago de las multas y la caducidad. El Gobierno Nacional podrá reglamentar otros tipos de garantía.

ARTÍCULO 22. Modifícase el artículo 285 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, el cual quedará así:

Procedimiento administrativo para las servidumbres. El ejercicio de la servidumbre estará precedido del aviso formal al dueño, poseedor u ocupante del predio sirviente, dado por medio del Alcalde. Este funcionario hará la notificación personal, o en su defecto por medio de un aviso que fijará en un lugar visible del predio durante tres (3) días, de lo cual dejará constancia en la secretaría de la alcaldía. Surtido este aviso, a falta de acuerdo entre las partes se dará aplicación al procedimiento que se señala a continuación.

Para el ejercicio de las servidumbres mineras, el Alcalde ordenará que un perito designado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o por la Lonja de Propiedad Raíz de la zona de ubicación del predio sirviente, estime dentro de un término de treinta (30) días, el monto de la indemnización de perjuicios correspondiente. Una vez rendido el dictamen, el Alcalde lo acogerá mediante providencia que deberá dictar dentro de los cinco (5) días siguientes. Las costas de dicho peritaje serán a cargo del titular minero.

Si el propietario, poseedor u ocupante del predio sirviente, o el titular minero, pide ante el Alcalde la fijación de caución al minero, el Alcalde la fijará en la misma providencia, en un monto equivalente al de dicha indemnización. Esta caución se regirá en lo pertinente por las normas del Código de Procedimiento Civil, particularmente aquellas señaladas en los artículos 678 y 679, y su devolución se hará en un plazo máximo de treinta (30) días.

La decisión adoptada por el Alcalde será apelable ante el Gobernador en el efecto devolutivo y solo se concederá si el interesado acredita la constitución de la caución o el pago de la indemnización. Una vez en firme, la cuantía de la caución o de la indemnización podrá ser revisada por el juez del lugar de ubicación del predio, a solicitud de cualquiera de los interesados, mediante el proceso abreviado señalado en los artículos 408 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con las reglas generales de competencia y trámite del mismo Código.

Prestada la caución o pagada la indemnización, el minero podrá, con el auxilio del Alcalde si fuere necesario, ingresar al predio y ocupar las zonas necesarias para sus obras y trabajos.

El acuerdo entre las partes, o, en su defecto, la decisión del Alcalde, deberá registrarse en la Oficina de Instrumentos Públicos competente.

ARTÍCULO 23. Adiciónase al artículo 325 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas con los siguientes incisos:

La Autoridad Minera cobrará los servicios de fiscalización y seguimiento a los títulos mineros. Los costos que por concepto de cobro de los citados servicios sean cobrados por la Autoridad Minera ingresarán a la subcuenta especial creada para el efecto por la Autoridad Minera y que se denominará, Fondo de Fiscalización Minera.

La tarifa de cobro será de acuerdo con los parámetros señalados en el inciso 2o del presente artículo. La tarifa incluirá el valor de los honorarios profesionales requeridos para la realización de la tarea propuesta, el valor total de los viáticos y gastos de viaje de los profesionales que se ocasionen para el seguimiento de los títulos mineros.

La Autoridad Minera prestará los servicios de fiscalización y seguimiento a los títulos mineros a que hace referencia el presente artículo a través de funcionarios o contratistas.

ARTÍCULO 24. Adiciónase el artículo 332 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas con el siguiente literal:

j) Las reservas especiales de que trata el artículo 31 del presente Código.

ARTÍCULO 25. Adiciónase el artículo 334 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas con el siguiente inciso:

Las áreas que hayan sido objeto de un título o solicitud minera y que por cualquier causa queden libres, sólo podrán ser objeto de propuesta de concesión transcurridos treinta (30) días después de que se encuentren en firme los actos administrativos definitivos que impliquen tal libertad. Todo acto administrativo a que se refiere este artículo deberá ser publicado en la página electrónica de la Autoridad Minera o en el medio que hiciere sus veces, dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria. Dentro de este último término deberá inscribirse en el Registro Minero.

ARTÍCULO 26. DISTRITOS MINEROS ESPECIALES. 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.

La Autoridad Minera garantizará la articulación de las estrategias aplicadas sobre los Distritos Mineros Especiales con el Sistema Nacional de Competitividad.

Los aspectos contenidos en los artículos 248, 249, 250, 255 y 257 de la Ley 685 de 2001,

deberán ser considerados en los planes, programas y proyectos de Competitividad y Desarrollo Humano Sostenible formulados para los Distritos Mineros Especiales del país.

PARÁGRAFO. La Autoridad Minera conformará los Distritos Mineros de acuerdo a condiciones geológico-mineras, sociales y económicas.

ARTÍCULO 27. Adiciónase la Ley 685 de 2001, Código de Minas, con el siguiente artículo:

“Responsabilidad social empresarial. Las empresas mineras promoverán y efectuarán actividades de responsabilidad social, en un marco de desarrollo humano sostenible, que propendan por la promoción de comportamientos voluntarios, socialmente responsables, a partir del diseño, desarrollo y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos que permitan 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.

ARTÍCULO 28. 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 (comunidades negras e indígenas) y de sus zonas mineras.

ARTÍCULO 29. La Autoridad Minera tendrá la obligación de reglamentar el artículo 254 sobre mano de obra regional, de la Ley 685 de 2001, en un término máximo de seis (6) meses, a partir de la promulgación de la presente ley.

ARTÍCULO 30. En los departamentos contemplados en el artículo 309 de la Constitución Nacional y en el Chocó, donde existe la pequeña minería, mediante el método de minidragas de motores hasta de 60 caballos de fuerza, el Estado les dará especial protección para la continuidad en el ejercicio de esta tarea y tendrá un plazo de hasta dos (2) años contados a partir de la vigencia de la presente ley, para legalizar dicha actividad.

El Presidente del honorable Senado de la República,

HERNÁN FRANCISCO ANDRADE SERRANO.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

EMILIO OTERO DAJUD.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

GERMÁN VARÓN COTRINO.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 9 de febrero de 2010.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, conforme al Decreto 373 de 2010,

ÓSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

ÓSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministro de Minas y Energía,

HERNÁN MARTÍNEZ TORRES.

2. LA DEMANDA

2.1. El demandante considera que la disposición acusada infringe los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 7°, 9º, 13, 40, numeral segundo; 93; 329, y 330 de la Constitución Política. Igualmente, los artículos 6, 7º, 13 numeral 1°, y 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, OIT; Convenio que fue aprobado por Ley 21 de 1991 y que, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política, forma parte del bloque de constitucionalidad. En este sentido indica que, "la ley 1382 de 2010 debe ser declarada inexequible por la omisión, del derecho de consulta en cabeza de las comunidades indígenas"

2.2. Con relación a la violación del artículo 1º, 2º, 3º y numeral segundo del 40 de la Constitución explica que,

"la Constitución Política reconoce que Colombia es un Estado social de derecho, y una República democrática, participativa y pluralista. Esta directriz, pilar de toda la legislación, junto con los artículos segundo y tercero de la misma Constitución Política, garantizan, por sí solos, la obligación que le corresponde a todas las autoridades de los poderes públicos de promover y permitir la participación efectiva de todos los habitantes en las decisiones que los afectan. Las cualidades de república democrática y participativa son debidamente ratificadas y desarrolladas mediante los derechos reconocidos a los ciudadanos por el artículo 40 de la Constitución Política. Uno de tales derechos es tomar parte en las diversas formas de participación democrática (numeral 2º)"1

2.3. Del mismo modo indica que al reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural debe agregarse la facultad de promover las condiciones de igualdad real y efectiva tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 13 de la C.P2. En este sentido dice que la norma viola dicho artículo porque no otorga la igualdad real y efectiva para las comunidades indígenas. Esta participación en condiciones de igualdad se debe conjugar con el artículo 7º del la C.P., que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.

2.4. Dice que los artículos de la Constitución Política hasta ahora mencionados 1º, 2º, 3º, 7º, 13 y 40 numeral segundo, fueron vulnerados con la expedición de la Ley 1382 de 2010, ya que, "antes ni durante el trámite legislativo fue respetado el derecho fundamental de

consulta en cabeza de las comunidades indígenas, con lo cual se violó el carácter democrático y pluralista de la República colombiana, al igual que la diversidad étnica y cultural de la Nación".

2.5. Por otra parte, explica que la ley demandada infringe los artículos 329 y 330 de la Constitución, por cuanto estos establecen el deber de promover la participación de los representantes de las comunidades indígenas en lo atinente a la explotación de recursos naturales en sus territorios. Sobre este punto señala que la Ley 1382 de febrero 9 de 2010, que modifica el código de minas, incide directamente sobre las comunidades indígenas, ya que:

"Por citar tan solo unos ejemplos, el artículo 2 de la ley 1382 de 2010 establece que la autoridad minera está facultada para delimitar áreas destinadas a proyectos de gran importancia para el país. De igual forma, según el artículo 26 de la Ley objeto de la demanda, corresponde al Ministerio de Minas y Energía la delimitación de áreas estratégicas mineras del territorio nacional, a las que se les denominará Distritos Mineros Especiales. Finalmente qué decir del tema de la mini dragas en los departamentos de Chocó, Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada, donde, como es sabido, hay una presencia indígena innegable. Es muy factible, entonces, que estas áreas comprendan territorios pertenecientes a las comunidades indígenas, y de esta manera, afecten, sin haber surtido una consulta previa para su regulación, los derechos que les han sido otorgados."3

2.6. Igualmente indica que la norma acusada vulnera lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991 el cual hace parte del bloque de constitucionalidad. Este sentido indica que, "Este Convenio de la OIT, que el Estado colombiano debe respetar en virtud del principio pacta sunt servanda, tal y como lo dispone el artículo noveno de la Constitución Política, forma parte del bloque de constitucionalidad, según lo dispuesto por el artículo 93 de la misma Constitución Política y como lo ha reconocido la Honorable Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas, la C-030 de 2008." Sobre este punto dice que en las Sentencias C-030 de 2008 y C-175 de 2009 que declararon en su orden la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal) y la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural) como inconstitucionales por falta de consulta previa, explicaron las materias que están comprendidas en el derecho fundamental de consulta en cabeza de las comunidades indígenas.

2.7. Fortalece su interpretación afirmando que durante el trámite en el Senado de la República, una de las tres ponencias presentadas para el primer debate en la Comisión Quinta del Senado de la República fue la de los senadores Ernesto Ramiro Estado, José Gonzalo Gutiérrez, Mauricio Jaramillo Martínez y Jorge Enrique Robledo que solicitaron el archivo del proyecto de ley, señalando la omisión de la consulta previa:

"Además, como lo expresamos al comienzo de este escrito el proyecto de ley tiene graves implicaciones en cuanto que se afectarían derechos legalmente adquiridos, pero lo más importante, el proyecto amenaza derechos colectivos y del ambiente de todos los colombianos y los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de las comunidades afro-descendientes, razón esta ultima 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″. (Subrayas fuera de

texto).” (Gaceta del Congreso No. 575 de 2007)4

2.8. Igualmente explica que la Corte recientemente ha señalado el carácter de la consulta previa como derecho fundamental. En este sentido cita la Sentencia C-175 de 2009, la cual señala:

“En tal medida, el derecho a la consulta previa de proyectos a realizarse en territorios de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes es un derecho fundamental, por constituir el medio a través del cual cada uno de estos pueblos o comunidades podrá incidir sobre la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que a su turno pueden surtir impactos destructivos e irreversibles sobre su integridad social, material y cultural en tanto grupos étnicos, de no ser implementados en forma respetuosa de los acuerdos a los que se haya llegado con cada colectividad en concreto”.

2.9 Explica que la Ley 1382, como su titulo lo indica, modifica la Ley 685 de 2001, esto es, el Código de Minas, Código que trata de la exploración y explotación de recursos minerales a excepción de recursos mineros líquidos y gaseosos. Dice que dentro de las materias que comprende la Ley demandada que afectan directamente a las comunidades indígenas están las de delimitación de áreas especiales para adelantar proyectos mineros de gran importancia para el país (art. 2º), zonas excluibles de la minería (art. 3º), prórroga y renovación de los contratos de concesión (art. 6º), legalización de la minería tradicional (art. 12), licencia ambiental (artículos 13 a 15), procedimiento administrativo para las servidumbres (art. 22), Distritos mineros especiales (artículo 26), pequeña minería mediante mini dragas, entre otros, en los departamentos de Chocó, Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada (artículo 30)5.

2.10. En conclusión el demandante sostiene que la norma acusada vulnera los artículos de la Constitución anteriormente mencionados, así como del convenio 169 de la OIT, pues “hay evidencia de que ni antes de la radicación de los proyectos de ley 010 Senado de 2007 y 042 Senado de 2007, ni durante el trámite de los mismos en el Congreso de la República, fue surtida la consulta con las comunidades indígenas”. En consecuencia se solicita a esta Corporación que “declare la inconstitucionalidad de toda la Ley 1382 de 2010 por falta de consulta previa a las comunidades indígenas.”

II. INTERVENCIONES

A. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad de la Ley 1382 de 2010

1. Ministerio del Interior y de Justicia

1.1. La abogada Ana Beatriz Castelblanco a nombre del Ministerio, considera que la norma acusada debe ser declarada EXEQUIBLE. Frente al cargo de no haberse cumplido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas expone en primer lugar que el cargo central “resulta desvirtuado por el hecho de que la misma ley acusada previó de manera expresa que la misma no es aplicable a situaciones que afecten los grupos étnicos y sus zonas mineras, lo que implica que no había objeto para realizar la consulta previa de que tratan las disposiciones superiores invocadas por el actor en su demanda”6.

1.2. Al respecto, refiere como la Ley 1382 de 2010, en su artículo 28 dispone de manera expresa, "…que la misma ley no es aplicable a situaciones que afecten los grupos étnicos y sus zonas mineras, lo que implica que había objeto para realizar la consulta previa de que tratan las disposiciones superiores invocadas por el actor en su demanda"7. Por ende considera que el citado artículo, excluye del campo de aplicación de la norma demandada las situaciones que afecten los derechos, intereses, garantías de comunidades y grupos étnicos, resultando "improcedente agotar trámite alguno en relación con la consulta previa a dichas comunidades y grupos"8.

"Articulo 28. No Aplicabilidad. Las disposiciones contenidas en la presente ley no le serán aplicables en caso de afectación a las comunidades y grupos étnicos.

En todo caso las normas de la Ley 685 de 2001 Código de Minas se interpretarán respecto de las comunidades y grupos étnicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución Política y la Ley 70 de 1993".

1.4. Continúa su razonamiento citando las razones expuestas por el Ministerio de Minas y Energía en su intervención dentro de este expediente:

"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.

(…) La Reforma no modifica ni introduce normas que afecten de manera exclusivamente a los pueblos indígenas, 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 en 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 (…)"9

1.5. Finalmente, concluye con un argumento adicional, al señalar que el proyecto que dio lugar a la Ley 1382 no era susceptible del trámite de consulta previa, "al no afectar disposiciones del Código de Minas referentes a las comunidades y grupos étnicos y, por el contrario, excluir de su campo de aplicación cualquier situación que los afecte"10.

2. Ministerio de Minas y Energías

2.1. El abogado Mateo Floriano Carrera a nombre del Ministerio de Minas y Energía, solicita que la H. Corte Constitucional se INHIBA por ineptitud sustantiva de la demanda, o, en su defecto que se declare la EXEQUIBILIDAD de la Ley 1382 de 2010, modificatoria de la Ley 685 de 2001 (Código de minas), por las razones que a continuación se exponen.

2.2. A juicio del Ministerio, la disposición acusada no contraría los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución Política, y el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (integrante del Bloque de Constitucionalidad) por la ausencia de consulta previa a las Comunidades Indígenas. Lo anterior porque desde la radicación como proyecto de ley en el Congreso de la República, ciertamente se encontraba encaminada a la realización de los principios, derechos y deberes

consignados en la Carta Política, en especial de los arts. 80 y 332 CN, para evitar que las áreas mineras sufrieran una indebida congelación, favoreciendo, en consecuencia, la competitividad del sector minero en estrecha relación con la obligación que recae sobre el Estado colombiano de promover un desarrollo sostenible, a través de procesos de actualización de la política del país en esta materia. Explica que los puntos centrales de la ley son los que se refieren a la integración de áreas, la responsabilidad social empresarial, el empleo de menores de edad, el manejo de explosivos, la licencia ambiental, los distritos mineros especiales, la transferencia de tecnología, los programas de trabajos y obras, entre otros aspectos.

2.3. En consonancia, advierte que la norma acusada afecta a la sociedad en general y no única, exclusiva y directamente a las comunidades indígenas. Dice que dicho ley, "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".

2.4. Así mismo explica, que con base en el criterio jurisprudencial sentado por la Honorable Corte Constitucional11, que el Convenio 169 de 1989 de la OIT maneja dos obligaciones claras y distintas para el Estado Colombiano en su art. 6, a saber: el literal a) se encarga de señalar que es indispensable realizar consulta previa con las comunidades indígenas y tribales sobre aquellas medidas legislativas y administrativas que las afecten directamente; mientras que el literal b) indica que cuando tales medidas afecten uniformemente, en nuestro caso, a todos los colombianos, lo que debe promoverse es la participación de las comunidades mencionadas en condiciones de igualdad frente a otros sectores de la población, sin que en estos eventos se imponga el deber de realizar consulta previa. Por ende indica que en el caso concreto lo que opera es el literal b) del artículo 6 del Convenio y no la obligatoriedad de la consulta consagrada en el literal a) de dicha normatividad. En ese sentido dice que, "cuando la afectación no sea directa, las comunidades indígenas deben tener mecanismos que garanticen su derecho de participación en dichas decisiones, como 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"

2.6. De otra parte dice que es irrebatible que los derechos fundamentales de las mencionadas etnias quedaron incólumes, siendo además protegidos por el legislador en cada paso de estructuración de la norma acusada, realizando particularmente. "modificaciones al texto del proyecto de Ley en ejercicio de la libertad de configuración del legislativo, para lo cual las comunidades indígenas, podían participar en el proceso (…) como los demás ciudadanos, así como también podrán con posterioridad a la norma cuestionar los actos administrativos que se funden en ella cuando les afecte directamente sus intereses, exigiendo que se les sea consultado previamente un proyecto minero".

2.7. Finalmente en cuanto a la ineptitud sustantiva de la demanda de inconstitucionalidad y a la inhibición por parte de la Corte, indica que no existe cargo alguno por cuanto "el actor se limitó a enunciar la norma que considera violada, sin precisar de manera clara y concreta los

argumentos en los cuales se fundamentan sus pretensiones". En consecuencia, los cargos de inconstitucionalidad esgrimidos no cumplen con los requisitos mínimos para que pueda gestarse el debate jurídico, careciendo de pertinencia, suficiencia, certidumbre y especificidad, debiéndose así declarar la Corte inhibida para su conocimiento.

3. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

3.1. Roberth Lesmes Orjuela, actuando en nombre y representación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (en adelante MAVDT), rinde concepto sobre la constitucionalidad de la norma acusada, solicitando la declaratoria de: a) ineptitud sustantiva de la demanda, que devendría en pronunciamiento inhibitorio, y b) exequibilidad de la Ley 1382 de 2010; con base en las razones que a continuación se exponen.

3.2. En primer lugar fija el interviniente el problema jurídico en determinar si la reforma a la Ley 685 de 2001 debió consultarse previamente con las comunidades indígenas, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Nacional, la Convención 169 de la OIT, la ley y la jurisprudencia. Explica que antes de entrar en profundos análisis sobre la vulneración arriba planteada, dice que el accionante no desarrolló en términos concretos, objetivos y verificables cómo la reforma al actual Código minero afecta directa y específicamente a los pueblos indígenas, de tal manera que se llegase a considerar como requisito sine qua non la realización previa de una consulta con aquellos, con el fin de salvaguardar su integridad social, económica y cultural. Considera que el demandante se limita a formular cargos de inconstitucionalidad, bajo una suposición en abstracto que obedece a apreciaciones personales y subjetivas, adoleciendo consecuentemente la demanda de una carga argumentativa insuficiente, que no colma a satisfacción los requisitos mínimos en los que las providencias de la H. Corte Constitucional insiste, con base en el art.2 del Decreto 2067 de 199112.

3.3. En cuanto el estudio del cargo de constitucionalidad dice que en la Sentencia C-030 de 200813, se dijo que la obligación de realizar una consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, se presenta sólo si la medida legislativa a adoptar las afecta en forma directa, independientemente del impacto positivo o negativo esperado. Si no se cuenta con semejante nivel de afectación, y, en cambio, la ley se dirige en términos generales a todos los colombianos, el mandato que recae sobre el Estado es el de promover las oportunidades de participación de aquellos pueblos, a lo sumo en condiciones de equivalencia frente a los demás sectores del conglomerado.

3.4. Del mismo modo explica que en las sentencias C-418 de 2002, C- 339 de 2002, C-891 de 2002, C-229 de 2003 y C-1071 de 2003, se ha ratificado la constitucionalidad del actual Códigos de Minas, para significar con ello el interviniente que la reforma acusada en su contenido material, no representa una afrenta para las disposiciones constitucionales, dado que se encuentra encaminada a dotar a la Ley 685 de 2001 de instrumentos, medidas y competencias que impulsen la eficiencia, desarrollo y crecimiento de la actividad minera, dentro del marco trazado por las directrices de orden superior, que claman por la protección al medio ambiente (a lo sumo: principio de precaución o in dubio pro ambiente) y el desarrollo sostenible, sin que pueda predicarse válidamente que las comunidades indígenas y tribales se vieron afectadas en su estatus, máxime cuando el art. 28 de la Ley 1382 dejó en

claro que, “no se 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 y de sus zonas mineras”, quedando consecuentemente intacto el Capítulo XIV de la normatividad del 2001, al lado de los Decretos 1320 de 1998 y 2820 de 2010 que establecen la obligatoriedad de las consultas previas para el licenciamiento ambiental en actividades mineras.

3.5. Profundizando en su postura, elabora un cuadro comparativo que le permite analizar las mejoras que introdujo la Ley 1382 de 2010 frente a lo que originalmente se tenía en la Ley 685 del 2001, todo ello para concluir que el discurso de peligro abstracto para las comunidades indígenas expuesto en la demanda de inconstitucionalidad, no se ajusta a la realidad. Así, por ejemplo, al examinar el art. 31 del Código minero, adicionado por la reforma, dice que,

“la delimitación de la que trata este artículo no afecta los intereses de las comunidades indígenas por cuanto los derechos correspondientes a la posible delimitación de áreas en sus territorios está contemplado en el Capítulo XIV de la Ley 685/01 que reglamentó en su integridad lo relacionado con el sector minero. Adicionalmente en los casos particulares y concretos que se pretendan desarrollar en estas áreas (los proyectos) requerirán tramitar los permisos y licencias de que habla la legislación ambiental y minera en el marco de la ley”.

3.6. Del mismo modo, explica que sin afectar directa y exclusivamente a los pueblos indígenas, se excluyeron zonas de la actividad minera a “las áreas localizadas en ecosistemas de páramos14 y humedales de RAMSAR”.- Indica que esto supone un gran avance legislativo en materia ambiental, que responde a exigencias de carácter:

– Internacional (Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, y la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente realizada en Estocolmo del 5 al 12 de junio de 1972), y

– Nacional, que consideran al derecho al medio ambiente, como uno de tercera de generación que ha venido cobrando cada vez más importancia debido a la estrecha relación que guarda con la vida (Sentencia T-415/92).

Por otra parte, también rescata los siguientes beneficios ambientales obtenidos gracias a la reforma:

* “La derogatoria de diversos artículos que limitaban o condicionaban el ejercicio de la autoridad ambiental (véase artículo 31 de la Ley 1382 que deroga los artículos 203, 211, 213, 215, 282, 292 y 298”.

* “La exigencia de elaborar un Plan Nacional de Ordenamiento Minero (ver artículo 4 de la Ley 1382 de 2010) que parta de las reglamentaciones ambientales, entre las que hacen parte los derechos de los grupos étnicos, y el cual debe ser hecho con el concurso del Ministro de Ambiente”

3.7. Para finalizar, manifiesta que el impacto de la actividad minera en los sectores pertenecientes a las comunidades indígenas y tribales se ha minimizado debido a la expedición de Ley 1382 de 2010, indicando que no existe algo semejante a la flexibilización para el ejercicio de aquélla. No hay afectación directa (sus prerrogativas se mantienen incólumes) y se ha producido un claro avance en los derechos de los mencionados pueblos con la reforma del año pasado, dado la relevancia que se le ha dado al derecho al medio ambiente, reiterándose el criterio de la Sentencia T-769/09 en donde se dice que, "la consulta previa es obligatoria desde la fase de exploración".

B. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequilidad

1. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

1.1. Considera la ANDI, a través de su presidente y representante legal, Luis Carlos Villegas Echeverri, que la Ley demandada debe ser declarada inexequible, para lo cual se permite adjuntar un escrito previo enviado a la Presidencia de la República con respecto a la reforma al Código de Minas.

1.2. Sobre el tema, puntualiza que de la Ley 1382 de 2010 es posible predicar serias razones de inconveniencia. A saber: i) prórroga a contratos mineros reducida de 30 a 20 años, lo cual representa disminución de la competitividad, de las ampliaciones de proyectos anuales, de la exploración minera –trayendo como consecuencia "menores descubrimientos de proyectos mineros de gran magnitud en los próximos años"-, de la inversión, de la generación de empleos directos e indirectos, de las exportaciones e ingresos por impuestos y regalías; ii) obligación, que recae sobre los proponentes de las concesiones mineras – y no sobre las autoridades respectivas- , de informar sobre la existencia de minería tradicional en aquellas zonas que han sido solicitadas. Mientras que a quienes se les haya entregado el título correspondiente, se les impondrán multas y suspensiones en los contratos en los eventos en que no hayan puesto en conocimiento la presencia de minería tradicional en el área otorgada, suponiendo ello inseguridad jurídica; iii) nueva amnistía para la legalización minera, ocasionando eventuales conflictos entre quienes han obtenido el título minero por la vía legal y quienes desean legalizarse; iv) con las zonas excluidas de la actividad minera, se pone en riesgo la estabilidad jurídica de aquellos que adelantan actividades de exploración/explotación en dichas áreas, al mismo tiempo que advierte confusión entre la consagración del deber de realizar estudios sociales, técnicos y ambientales para delimitar esos lugares y la labor del Instituto Alexander Von Humbolt; v) las mini dragas gozarán de protección especial, derivándose de ello la salvaguarda de actividades mineras ilegales. Por otra parte explica que existen vacíos jurídicos importantes, como por ejemplo que el periodo de exploración se extendió a 11 años, unificando el "valor del canon superficiario y su pago anticipado" , sin que el artículo 16 fijara los valores del canon para los años 9º, 10º y 11º.

1.3. En cuanto al cargo de inconstitucionalidad sobre la norma, precisa que pese a intentar subsanar la omisión en el desarrollo de una consulta previa con las comunidades indígenas, afrocolombianas y raizales (derecho sustentado en el art. 330 CN y en el Convenio 169 de la OIT que fue aprobado por la Ley 21 de 1991), a través de la inclusión del art. 28 en la disposición acusada, el cual reza que con la expedición de la nueva medida legislativa no se derogan ni modifican las garantías y derechos de los grupos étnicos, éstos habitan el 32%

del territorio colombiano, espacio donde seguramente se llevarán a cabo actividades o proyectos mineros en el futuro, junto con procesos de legalización de los mismos.

1.4. En suma, expone que en la práctica las minorías étnicas sí se verían afectadas con la reforma al Código de Minas y por ente la omisión de la consulta previa a dichas comunidades hace que la integridad de la reforma de la Ley 1382 de 2010 deba ser declara como inconstitucional.

2. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

2.1. Actuando en nombre de la Universidad del Rosario, la Doctora Gloria Amparo Rodríguez (directora de la especialización y de la línea de investigación de Derecho Ambiental en la Facultad de Jurisprudencia) solicita la declaratoria de inexequibilidad de la reforma al Código Minero debido a que vulnera los derechos a la participación y a la consulta previa -que le asisten a las comunidades indígenas y demás grupos étnicos- consagrados en la Carta Política y en los tratados internacionales, con base en los argumentos que a continuación se exponen.

2.2. En primer lugar explica que la consulta previa es un derecho fundamental, que debe estar ligado inescindiblemente al principio de la buena fe; estatuido como instrumento de participación que tiene la finalidad de proteger la diversidad étnica y cultural de la nación; que comporta un carácter colectivo, público, especial, obligatorio, intercultural e interinstitucional, debiéndose hacer efectivo –antes de tomar una decisión, de conformidad con los usos y costumbres de los grupos étnicos minoritarios envueltos, para que realmente puedan dejar de presente sus puntos de vista y objeciones- cuando se incurre en una cualquiera de las siguientes dos hipótesis: a) la adopción de medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente; o, b) la realización de proyectos privados o públicos que pretendan efectuarse en sus territorios; tratando de garantizar con ello que en todo caso se salvaguarde la integridad social, económica, cultural de la comunidad que pueda resultar afectada, así como su derecho al territorio, a la autodeterminación y a la autonomía. En otras palabras: su subsistencia, saberes y riquezas.

2.3. Indica que lo anterior encuentra soporte en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT15, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el artículo 44 de la Ley 70 de 1993 en lo que se refiere a las comunidades negras y los artículos. 7, 40.2 y 330 CN. así como los criterios jurisprudenciales dados en las sentencias SU-039 de 1997 y C-030 de 2008.

2.4. Por otro lado precisa que cuando se transgrede “el derecho fundamental a la consulta previa también se violan otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la paz, a la asociación, a la libre expresión, a la información y difusión y al medio ambiente, consagrados en nuestra Constitución en cabeza de estas comunidades”.

2.5. Igualmente indica que de acuerdo a los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, deja en claro que la consulta previa procede cuando se presenta una alteración del estatus que posee una persona o comunidad, independientemente de que la medida o el proyecto que se pretende implementar sea positivo o negativo, como ocurre con la Ley 1382 de 2010. En consecuencia dice que es indispensable:

“ a) poner en conocimiento de las comunidades la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas” como, en el caso de las comunidades indígenas la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos Indígenas, y en el caso de las comunidades afrocolombianas la Comisión Consultiva de Alto Nivel, sin ser las únicas.

“b) Ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podrían afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronuncien”.

2.6. Sin embargo explica que jamás sería válido predicar que cualquier reunión es consulta previa, si en ella realmente no se configura el espacio –dentro de una metodología o procedimiento concertado- necesario para la interacción entre las instituciones estatales (V.gr. Ministerio público) y las comunidades, teniendo en cuenta, por un lado, la especial y profunda conexión que sienten éstas con su territorio y los recursos naturales que allí reposan; y, por otro lado, los principios que a continuación se enunciarán, obedeciendo a planteamientos fijados por el Ministerio del Interior y de Justicia. A saber: legitimidad, entendimiento intercultural y bilingüismo, unidad e integralidad, continuidad, direccionalidad, responsabilidad, pluralismo jurídico, ambientalidad, temporalidad, relaciones, liderazgo, flexibilidad, consenso, comprensión del proceso y participación.

2.7. Por otro lado afirma que la reforma al Código minero realmente afecta a las comunidades indígenas y demás grupos étnicos, en especial por los impactos que la misma puede suscitar. Dice que en efecto, en las fases de exploración y explotación, “la minería tiene como consecuencia la afectación de 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 los recursos naturales, así mismo, se da la afectación del tejido social y el patrimonio cultural (…) Los impactos generados por la actividad minera a pesar de los procedimientos de seguimiento y control e incluso de las multas que se les ha impuesto por parte de las autoridades ambientales, nos alertan sobre la necesidad de establecer mecanismos de prevención y evaluación real y previa antes de autorizar estas actividades”.

2.8. En suma, la consulta previa -como manifestación del derecho a la participación que le asiste a las comunidades indígenas y tribales, es garantía de la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, previene conflictos futuros ofreciendo espacios en los que se evidencie el diálogo y la valoración de las ventajas y desventajas de las medidas que se pretenden adoptar-, debió efectuarse antes de la promulgación de la normatividad acusada, por lo cual la misma, al faltar dicha exigencia, debe declararse inexequible, máxime si se atiende a las voces que antes y después de la aprobación de la Ley 1382 de 2010 clamaban por esto.

3. Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)

3.1. La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), a través de su representante legal Luis Evelis Andrade Casama, elaboró escrito en donde se pronuncia a favor de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010 de forma integral, con fundamento en las razones que seguidamente se sintetizan.

3.2. En primer lugar el interviniente asegura que las materias reguladas por la disposición acusada, afectan directamente los intereses de las comunidades indígenas, en especial dada

la profunda relación que mantienen éstas con la Madre Tierra y los recursos naturales por ella proveídos. En efecto, puntos como la delimitación de zonas para grandes proyectos extractivos mineros, minería tradicional, zonas de exclusión minera, distritos mineros especiales y prórroga de los contratos de concesión de explotación minera, "tocan aspectos de especial relevancia y sensibilidad espiritual y simbólica para los pueblos indígenas", es decir, conectados con su cosmovisión, que evidencian la necesidad de una consulta previa, la cual no fue llevada a cabo, contraponiéndose así dicha omisión al Convenio 169 de la OIT y apartándose del camino jurisprudencial trazado por las Sentencias C-030 de 2008 y C-179 de 2009.

3.3. Precisa que de acuerdo a la regulación contenida en la Ley 1382 de 2010, no se puede diferenciar las materias que afectan o no a las comunidades indígenas, y especificar los aspectos en que se encuentran inmersos es una tarea imposible. De ese modo, indica que la afectación directa se encuentra "disgregada a lo largo del texto de la ley", que por demás representa un ahondamiento en la desastrosa política minera existente en el país.

3.4. En ese sentido, considera que la polémica más profunda se desata en el actual Código de Minas (Ley 685 de 2001). Indica que éste "ha representado un retroceso sustantivo en cuanto a la protección de los recursos naturales de nuestro territorio, los cuales son entregados indiscriminadamente a las grandes transnacionales mineras, en detrimento de nuestra soberanía sobre los mismos, del equilibrio ecológico y los derechos de las poblaciones afectadas con su exploración/explotación", siendo la reforma sólo una "pieza adicional" del problema original.

3.5. Finalmente dice que el consentimiento informado, libre y previo no se obtuvo, cuando no es un secreto que dichas exploraciones y explotaciones mineras también se realizan en territorios indígenas.

4. Universidad Nacional de Colombia

4.1. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, a través de Guillermo Angulo González (Director de Consultorio Jurídico), rinde concepto sobre la constitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, solicitando que la misma sea declarada inexequible con base en las razones que a continuación se expondrán.

4.2. En primer lugar, precisa las características del derecho de consulta previa – respecto de las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, afrodescendientes y tribales directamente- atendiendo a los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional. A saber: i) debe buscarse una participación activa de los grupos étnicos, de tal manera que se llegue en lo posible a un acuerdo (Sent. SU-039/97); ii) no es absoluto, fundamento por el cual se entiende que no es indispensable llegar al mencionado consenso (Sent. C-891/02); iii) la decisión tomada por la autoridad debe adecuarse a criterios objetivos, razonados y proporcionales (Sent. SU-039/97); iv) puede que el contenido material de la medida legislativa o administrativa se adecúe a las exigencias de orden superior, pero si falta la consulta previa la inconstitucionalidad se deriva precisamente de la ausencia de esta última (Sent. C-030/08); v) se intenta encontrar el equilibrio entre dos intereses contrapuestos en temas referidos al manejo y aprovechamiento de los recursos naturales: por un lado, el deber del Estado de

procurar un desarrollo sostenible (art. 80 C.N.) y, por el otro, la integridad cultural, social y económica de las minorías étnicas, ligada a la cohesión social y a la subsistencia del grupo (SU-039/97)

4.3. En segundo lugar, aborda precedentes que se relacionan con el asunto bajo examen (Sentencias C-030/08, C-461/08 y C-175/09) de los que extrae las siguientes conclusiones: a) puede que una ley tenga aplicación general, pero este solo motivo no desvanece la eventual afectación directa que pueden padecer los grupos étnicos, en particular si se valora la especial connotación que cobra para los mismos el territorio dentro de su cosmovisión; b) un proceso de socialización de la medida que se quiere implementar, no suple la exigencia de una consulta previa (propensión a un acuerdo especial); c) la omisión del deber de consulta acarrea que la disposición acusada sea declarada inexequible o condicionalmente exequible; y d) la consulta previa debe realizarse antes de iniciar el trámite legislativo, de tal manera que acercamientos extemporáneos, tampoco colman el requisito de la consulta.

4.4. En tercer lugar, analiza los temas abordados por la reforma al Código Minero, de donde colige que existen puntos de notable interés para las comunidades indígenas, afrocolombianas y tribales, como son los siguientes: la explotación minera tradicional (arts. 12 y 16), dado su frecuente uso por parte de los mencionados grupos poblacionales; las reservas especiales y su registro (arts. 2 y 24); las zonas excluibles de las actividades mineras y prórroga de los contratos de concesión (arts. 3 y 6) en la medida que ello revela la imperiosa necesidad de adelantar estudios técnicos, ambientales y sociales, teniéndose que desarrollar estos últimos con las comunidades residentes en las zonas que van a ser explotadas o excluidas; Plan de Ordenamiento Minero (art. 4) y los distritos mineros especiales (art. 26), debiendo contar estos dos procesos con la participación activa de las minorías étnicas. Dice que, “la necesidad de bienes inmuebles para la explotación minera, puede llevar consigo la expropiación o constitución de servidumbre por primacía del interés general (…art. 11 y 22), estos predios, aunque no contengan en sí el mineral como tal, pueden ser utilizados en otras tareas anexas a la explotación. Muchos de estos inmuebles pueden resultar en cabeza de comunidades que ejercen propiedad colectiva sobre el mismo, la eliminación per se de su participación resulta inconstitucional”

4.5. Finalmente, realiza diversas precisiones. A saber: así como el Código de Minas fue objeto de consulta previa, de igual manera su reforma debió serlo; aun cuando se encuentra dentro de la Ley 1382 de 2010 el art. 28, la mencionada disposición no basta para justificar la pretermisión de la consulta previa, cuando la misma debió efectuarse por las razones esgrimidas en el párrafo anterior. En último lugar, desecha cualquier posibilidad de adelantar un “juicio de proporcionalidad de la normas demandadas”, por carecer de importancia, y recomienda un estudio a profundidad de los antecedentes de la reforma al Código Minero.

5.1. La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), actuando a través de la Subdirectora Jurídica, Piedad Gutiérrez Barrios, solicita que la Ley 1382 de 2010 sea declarada inexequible, por no haberse agotado el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas.

5.2. Fundamentándose en la Sentencia C-891 de 200216, considera que así como para la expedición del actual Código de Minas se efectuaron los esfuerzos necesarios, tendientes a

garantizar el derecho fundamental a la consulta previa -aunque la misma no concluyó en un acuerdo- la norma acusada también debió hacerlo, con base en lo consagrado en el artículo 330 Superior, reforzado por: el Convenio 169 de la OIT; los artículos 18, 19, 23 y 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; y la Ley 99 de 1993.

5.3. Posteriormente, realiza un recorrido jurisprudencial pasando por las sentencias SU-039 de 1997, SU-510 de 1998, T-634 de 1999 y C-169 de 2001, de las cuales rescató los siguientes puntos: a) la consulta previa es una expresión del derecho de participación, que debe basarse en el principio de la buena fe y el mutuo respeto; b) procede cuando se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las minorías étnicas; c) pretende salvaguardar las prerrogativas que tienen los pueblos indígenas sobre su territorio e igualmente incluir dentro de ese ámbito protector la integridad social, cultural y económica de los mismos, encontrándose lo expuesto ligado a la subsistencia del grupo; c) para su desarrollo es preciso que se dote a la comunidad de un conocimiento pleno de los proyectos cuya teleología sea la explotación/exploración de los recursos naturales, permitiéndole valorar las ventajas o desventajas que acarrearía su aplicación y siendo escuchadas sus opiniones e inquietudes; d) no es su equivalente la simple información de tales planes; y e) se diferencia de otros mecanismos de participación ciudadana como los referendos.

5.4. En suma, considera que la consulta previa debió realizarse con base en la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y los tratados internacionales.

6. Defensoría del Pueblo

6.1. La Defensoría del Pueblo, a través de Karin Irina Kuhfeldt Salazar (actuando en calidad de Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales) se pronuncia para coadyuvar la demanda, solicitando consecuentemente la declaratoria de inexequibilidad de la norma acusada por haberse incurrido en una omisión legislativa relativa. Con el propósito de sustentar tal postura, divide sus consideraciones en tres aspectos:

6.2. En primer lugar, establece la distribución territorial en Colombia de los grupos étnicos de cara a la sociedad hegemónica. Con respecto a los pueblos indígenas, dice que en total habitan en nuestro país 87 comunidades asentadas en 27 departamentos de los 32 existentes – con mayor presencia en Vaupés, Guainía, Guajira, Vichada y Amazonas-, encontrándose en aquéllos 710 resguardos para el 2005 de conformidad con certificación del DANE. Con mayor preeminencia son Chocó, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Valle, Bolívar y Cauca.

6.3. En segundo lugar, delimita el marco constitucional, legal y jurisprudencial al que se circunscribe el derecho a la participación que le asiste a las minorías étnicas, en su especial manifestación de la consulta previa. Explica que el mencionado instrumento es un derecho fundamental – cuyo sustento concreto reposa en los artículos 329 y 330 C.N, Convenio 169 de la OIT (integrante del Bloque de Constitucionalidad), Leyes 99 de 1993 y 70 del mismo año) – que se acompasa con el deber correlativo que tiene el Estado de ponerlo en marcha con base en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de la Nación (arts. 7, 70 y 40-2 Superiores), existiendo flexibilidad en su aplicación, por lo cual se han elaborado estatutos

normativos como los decretos 1397 de 1996, 3770 y 1320 de 1998.

6.4. Aclara que el derecho a la consulta previa, de acuerdo a las voces de la H. Corte Constitucional (v.gr. Sentencias C- 208/07, C- 461/08, C-030/08, C- 615/09, C-702/010) se encuentra en cabeza de las comunidades indígenas y afrocolombianas, que, para los efectos que nos preocupan, procede cuando se adopten medidas legislativas (incluyéndose actos legislativos) que los afecten directamente –es decir, que modifiquen el "estatus de la persona o de la comunidad"- , independientemente de que las materias objeto de regulación constituyan gravámenes o beneficios para dichos pueblos. La falta de este requisito esencial antes del trámite legislativo, constituye un vicio de forma que no se subsana con la promoción de espacios generales de participación en condiciones equitativas frente a los demás sectores de la población.

6.5. En tercer lugar, y en cuanto a la resolución del caso concreto, aclara que aunque la Ley 1382 de 2010 contempla en su artículo 28 que no se "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", tal inclusión obedece a las críticas formuladas al Proyecto de Ley sobre la afectación directa del mismo a las grupos étnicos mencionados. Resalta que tal artículo inicialmente no se encontraba en el proyecto presentado por el Gobierno a través del Ministerio de Minas y Energía.

6.6. Advierte, que son repercusiones profundas las que trae consigo la reforma al Código de Minas. A juicio del interviniente:

"esta ley no sólo está imponiendo condiciones respecto de la minería tradicional –no cobijada por las zonas mineras étnicas- sino que incorpora disposiciones como las que ordenan la explotación unificada de yacimientos –sin establecer salvedades respecto de aquellos yacimientos explotados por comunidades étnicas-, la delimitación de áreas especiales para adelantar proyectos mineros de importancia nacional –que sólo proceden en áreas libres (lo que no implica que no se realicen en ellas actividades de minería de hecho)- la sustracción de áreas de reservas forestal para la concesión de títulos mineros, o las que autorizan al Gobierno Nacional para delimitar "distritos especiales" en áreas estratégicas".

6.7. En consonancia con lo anterior, explica que se incurre en una omisión legislativa relativa en los temas arriba esbozados -dada la actividad de exploración/explotación de los recursos naturales no renovables- , olvidándose que lo contemplado en el articulado de la reforma afecta directamente a los territorios que de vieja data vienen ocupando las minorías étnicas, sin sentar una regulación especial a favor de las mismas. Dice que se genera un "déficit de protección (…) en contravía de sus derechos fundamentales", independientemente de los eventuales efectos positivos o negativos que sobrevengan a su puesta marcha. De allí que debió acudirse a una consulta previa con los pueblos indígenas y afrodescendientes en los términos de la Carta Política y del Convenio 169 de la OIT, que brilla por su ausencia en el caso en comento.

7. Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca

7.1. La Corporación Autónoma Regional del Valle (CVC), actuando a través de su Directora General, María Jazmín Osorio Sánchez, solicita que sea declarada inexequible la Ley 1382 de

2010, de conformidad con las razones esgrimidas por el demandante. Para sustentar su postura tiene en cuenta las siguientes consideraciones:

7.2. Resume los antecedentes jurisprudenciales sentados por la H. Corte Constitucional, en donde se abordó el tema de la consulta previa para elaborar un juicio de constitucionalidad sobre cuerpos normativos enteros. A saber: Sentencias C-208/07, C-461/08, C-030/08 y C-175/09.

7.3. Siguiendo esta jurisprudencia afirma que siendo la consulta previa un derecho fundamental ligado a la subsistencia de los grupos humanos, debe ser vista como un instrumento indispensable para balancear dos intereses en conflicto: la planificación que realiza el Estado del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y la protección de la integridad cultural, étnica, social y económica de los pueblos indígenas y afrodescendientes (citando aquí la Sentencia T-769/09). Por demás, no podía perderse de vista que la reforma a la Ley 685 de 2001 regula lo concerniente a la actividad minera, actividad que efectivamente puede desarrollarse en los territorios ocupados por las mencionadas comunidades, razón por la cual debió desarrollarse con base en el art. 6.1 literal a) del Convenio 169 de la OIT.

8. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt.

8.1. El Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, manifiesta que frente a la demanda de inconstitucionalidad promovida contra la reforma al Código de Minas -por la ausencia de consulta previa a las comunidades indígenas- no tiene ningún pronunciamiento, allanándose completamente a la decisión que tome la H. Corte Constitucional.

8.3. De conformidad con el artículo 3 de la norma acusada, las zonas excluibles de la minería agrupan: “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 de Ramsar”.

8.4. Lo anterior, es contrastado con el art. 34 originalmente contemplado en la Ley 685 de 2001, el cual excluía de la minería las “áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestal”, precisando la Sentencia C-399 de 2009 que se incluyen aquí aquellas zonas que la autoridad ambiental haya declarado en el pasado o declare en el futuro, con el propósito de salvaguardar el patrimonio natural y la biodiversidad colombiana. Sobre el particular, indica que la Ley 99 de 1993 fijó otros espacios de especial protección como los “páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos”. Igualmente, cita la Sentencia C-443 de 2009 en donde, además de hacerse énfasis en el efecto vinculante de la Sentencia C-339 de 2002, menciona el principio de precaución, en virtud del cual en caso de duda sobre los efectos de la exploración o explotación minera en un determinado sitio, deberá preferirse el amparo del medio ambiente.

8.5. En gracia de lo expuesto, aclara que la protección especial de los páramos y de los humedales de RAMSAR por parte del Estado, corresponde a las exigencias constitucionales y

legales, de tal manera que ello se acompasa con los arts. 2, 8, 58, 79, 80 y 93 Superiores.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

3.1. En su concepto Nº 5053 del 1 de diciembre de 2010, el Jefe del Ministerio Público, Alejandro Ordónez Maldonado, le solicitó a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010, por los cargos formulados por el demandante.

3.2 Advierte que la consulta previa, de acuerdo a la Sentencia C-702 de 2010 es un requisito de forma, comportando un carácter procedimental necesario para la adopción de cualquier medida legislativa, cuyo contenido material afecte directamente los intereses de las comunidades indígenas y tribales, sin desconocer la amplia relación que guarda con el amparo a la integridad cultural, económica y social de los mencionados pueblos, así como con la defensa de sus derechos sobre el territorio y los recursos naturales renovables o no renovables que allí se encuentren.

3.3. Pasando por el Preámbulo de la Carta Política y por los arts. 1, 2, 7, 8 y 72 de la misma, explica que en ellos se fundamenta el derecho a la participación que le asiste a todos los colombianos, siguiendo las directrices propuestas por un Estado Social y Democrático de Derecho que, como el nuestro, se preocupa por la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. En ese sentido, manifiesta que "la participación se ejerce dentro del pluralismo", ejemplificándose dicho postulado en el derecho y deber de recurrir al mecanismo de la consulta previa, el cual se encuentra respaldado por el parágrafo del artículo 330 C.N. y el Convenio 169 de 1989 de la OIT – adoptado en el ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 21 de 1991 y pieza integrante del Bloque de Constitucionalidad, siendo éste un hecho reconocido por las Sentencias SU-039 de 1997, C-169 de 2001 y SU-383 de 2003.

3.4. Manifiesta que de acuerdo al criterio jurisprudencial sentado por la H. Corte Constitucional (Sentencias SU-039/97, C-418/02, C-891/02 y T-737/05, entre otras) para que en un evento determinado pueda predicarse la existencia de una consulta previa, es indispensable cumplir con los requisitos que a continuación se enunciarán:

"(i) La consulta debe efectuarse conforme a relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes; (ii) Las comunidades deben tener un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen y de los mecanismos para ejecutarlos; (iii) Las comunidades deben tener participación real y efectiva en la consulta a través de sus representantes; (iv) La decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad, 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; (v) Se debe realizar una consulta 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".

3.5. Aclara, que si bien existe la obligación de realizar la consulta previa en los eventos señalados por la Carta Política, y por el Bloque de Constitucionalidad, no significa ello que necesariamente haya de estarse el Estado a lo resuelto por el grupo étnico con el que se

mantuvo el diálogo respectivo. En otras palabras, la opinión de una determinada comunidad indígena o afrodescendiente no es obligatoria o se constituye en un veto, atendiendo esto a lo señalado por las Sentencias C-897de 2002 y C-620 de 2003.

3.6. Ahora bien, centrándose en el caso concreto, indica que la Ley 1382 de 2010 afecta realmente de manera directa y concreta los intereses de las comunidades étnicas, llegando a dicha conclusión a través de dos vías:

a. Adelantando un recorrido por el articulado de la reforma al Código Minero, en donde se contemplan temas como la delimitación de áreas especiales, la exclusión de áreas de las actividades mineras, la elaboración de un Plan Nacional de Ordenamiento Minero, prórroga y renovación de los contratos de concesión minera, entre otros.

a. Estima que se trata de un precedente la Sentencia C-030 de 2008, aplicable al asunto bajo examen, en donde se declaró la inexequibilidad de la Ley General Forestal por cuanto -pese a contar con un ámbito de aplicación general- de su contenido material se desprendía la afectación de los pueblos étnicos minoritarios. En consonancia, aunque en el evento arriba expuesto "se trata de un recurso renovable: el bosque y en el presente de recursos naturales no renovables: minerales, en ambos casos existe una relación íntima e indisoluble entre estos recursos y la forma de vida de los pueblos indígenas y tribales".

3.7. Por otra parte, el Ministerio Público llama la atención respecto de la Sentencia C-891 de 2002, en donde se discutió la constitucionalidad de la Ley 685 de 2001 (actual Código de Minas), declarándose finalmente su exequibilidad, aunque de su articulado se derivan disposiciones que afectan directamente a los grupos étnicos (v.gr. arts. 122-124). Indica que bajo las circunstancias ya anotadas, la H. Corte Constitucional limitó su labor a definir si se había acudido o no al mecanismo de la consulta previa, frente a lo cual concluyó el Alto Tribunal que, "si bien no se había obtenido resultado de la consulta a tales comunidades, el Estado había hecho todo lo necesario para adelantarla".

3.8. Afirma, que en el expediente no obra constancia del desarrollo de actuaciones tendientes a consultar antes o durante el trámite de la Ley 685 a los pueblos afectados en los términos del art. 6 literal a) del Convenio 169 de la OIT.

3.9. Finalmente, acude a las posiciones sentadas antes de la expedición de la Ley 1382 de 2010, en donde se clama por una consulta previa con las comunidades indígenas y tribales. En efecto, se encuentra con pronunciamientos en tal sentido defendidos por los congresistas Ernesto Ramiro Estacio en, "el Acta de la Comisión Quinta Constitucional Permanente, publicada en la Gaceta del Congreso 104 de 2008"; Jorge Robledo Castillo en "el Acta Plenaria del Senado 53 del 11 de junio de 2008, publicada en la Gaceta del Congreso 560 del 29 de agosto de 2008"; Orsinia Polanco 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" y Oscar Marín Marín en "el Acta Plenaria de la Cámara 186 del 15 de junio de 2009, publicada en la Gaceta del Congreso 754 de 2009"; sin desconocer que puntos de vista como el defendido por el

Senador Julio Manzur Abdala estimaban la no necesidad de una consulta previa.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las Leyes de la República.

1. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si la integridad de la Ley 1382 de 2010 modificatoria de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas – es inconstitucional por violación de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 7°, 9°, 13 y 40 numeral segundo, 93, 329 y 330 de la Constitución Política, y los artículos 6, 7°, 13 y 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo OIT, por falta por de consulta previa.

2. Existencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional por los cargos de la demanda

2.1. La Corte estima que por haberse resuelto la demanda de la Ley 1382 de 2010 en la la Sentencia C – 366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, sobre el mismo cargo, falta de consulta previa, se configura en el caso concreto el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

2.2. Como se explicó en el punto 2. de esta providencia los cargos de la demanda se refieren a que la Ley 1382 de 2010 es contraria a la Constitución en razón de haberse omitido la garantía del derecho de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Este mismo cargo ya había sido expuesto en la demanda D-8250, resuelta mediante la Sentencia C – 366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En dicha Sentencia dispuso la Corte "Declarar INEXEQUIBLE, la Ley 1382 DE 2010 ´Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas". Al respecto consideró la Corte que:

"… como la Ley 1382/10 contiene decisiones legislativas que inciden directamente en la exploración 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 6° y 15 del Convenio 169 de la OIT. Esto se sustenta en el hecho de 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…"17

"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 asiente, 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 el fallo"

"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 explicada 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 la ley se adelantaron foros y audiencias públicas sobre la iniciativa de reforma al Código de Minas18. 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 este 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…"19

"39. En este 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 jurídica 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 inexequibilidad 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 de 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 inexequibilidad 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, demostrando 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".

"40.2.4 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, le son aplicables, también debe fundarse en ese carácter sistémico. Ello significa que los acuerdos que llegaren a alcanzarse puedan incidir en la normatividad, desde esa perspectiva general y sistémica, y no frente a sus enunciados particulares. Esa 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 inexequibilidad de esa normatividad"20

2.3. Como la Ley 1382 de 2010, ya fue analizado por esta Corporación en relación con los mismos cargos que consisten en la omisión de la garantía del derecho de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, es claro que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, y por lo tanto debe la Corte limitarse a disponer en la parte resolutiva, estarse a lo resuelto en la Sentencia C- 366 de 2011 que declaró la inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010 "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas".

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C- 366 de 2011 que por los mismos cargos declaró INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010 "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas" y que difirió los efectos de la inexequibilidad declarada por el término de dos (2) años,

de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de dicha Sentencia.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

Magistrado

Ausente con excusa

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETTELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA C-367/11

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, aclaro mi voto en la sentencia C-367 del 11 de mayo de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), fallo en el que la Corte decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-366 de 2011, que declaró inexequible la Ley 1382 de 2010 "por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas" y difirió los efectos de la inexequibilidad declarada por el término de dos años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de dicha sentencia.

Compartí íntegramente la decisión de la mayoría, habida cuenta los efectos de la cosa juzgada constitucional y advertida la identidad de cargos y de norma acusada en ambos casos. Sin embargo, ello no es incompatible con el salvamento parcial de voto que expresé frente a la sentencia C-366 de 2011, en relación con los efectos diferidos de la declaratoria de inexequibilidad de la ley demandada, de acuerdo con los argumentos a los que me remito en esta oportunidad.

Este es el motivo que sustenta esta aclaración de voto.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA C-367/11

Referencia: expediente D- 8277

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010 modificatoria de la Ley 685 de 2001.

Demandante: Guillermo León Henao Gómez

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

La Corte en sentencia C- 367 de 2011, con ocasión del examen de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 1382 de 2010 modificatoria de la Ley 685 de 2001, decidió lo siguiente:

"ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C- 366 de 2011 que por los mismos cargos declaró INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010 "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas" y que difirió los efectos de la inexequibilidad declarada por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de dicha Sentencia".

Pues bien, en relación con la decisión que adoptó la Corte en sentencia C- 366 de 2011, es necesario recordar que salvé parcialmente mi voto por cuanto (i) se había pretermitido la consulta indígena; (ii) se estaba en presencia, según la propia jurisprudencia de la Corte, ante un vicio con entidad sustancial, y por ende, insubsable; (iii) no existía justificación alguna para proferir un fallo con efectos diferidos (2 años); y (iv), en la práctica, se afectó la esencia de la consulta previa y razón de ser al dejar con efectos una ley que no fue sometida a aquélla.

Pues bien, en el presente caso baste con reiterar tales argumentos, por cuanto se está en presencia de un fallo de estarse a lo resuelto.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-367/11

INEXEQUIBILIDAD 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 EXEQUIBILIDAD TEMPORAL O INEXEQUIBILIDAD 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 EXEQUIBILIDAD TEMPORAL O INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA-Alternativa frente a dilemas que plantea una decisión de inconstitucionalidad pura y simple

Referencia: expediente D-8277

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

Actor: Guillermo León Henao Gómez.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

1. En la presente sentencia,21 la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-366 de 2011,22 en la cual se resolvió declarar inexequible 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 dichas comunidades. Como lo afirmó aquella 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." En aquella oportunidad aclaré el voto por varias razones que consideró reiterar en esta ocasión.

"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 media 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 inexequible 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 exequible la ley para proteger el ambiente, a pesar de que no se había 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 exequibilidad. 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. Asuntos 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 la decisión 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,

que manda la Corte Constitucional.

En tal sentido aclaré mi voto a la sentencia C-366 de 2011 y lo hago ahora con relación a la sentencia C-367 de 2011.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

2 Explica que, “A ese reconocimiento y a esa protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, debe agregarse otro deber del Estado: el de promover las condiciones para que ellas gocen de una igualdad real y efectiva, tal y como lo dispone el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución Política”

3 Página 9 de la demanda.

4 Citado en la página 13 de la demanda.

5 Página 8 de la demanda.

6 P. 13 de la Intervención del Ministerio de Interior y de Justicia.

7 Ibíd.

8 Ibíd., p. 15

9 Ibíd.

10 Ibíd., p. 16

11 Particularmente refiriéndose a dos providencias de esta corporación: sentencias C-063 de 2010, expediente D- 7755, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; y C – 891 de 2002, expediente D-6984, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 V.gr. Sentencias C-1052/01, C-1095/01, C-1256/01. Dice que, “La citada demanda para no caer en fallo inhibitorio (…) debió desarrollar en cada uno de los artículos acusados las razones por las cuales se violan las normas constitucionales, lo cual brilla por su ausencia”.

13 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

14 Advierte el MAVDT que Colombia tiene el 49% de los páramos del mundo y que si se continúan otorgando títulos mineros sobre estas áreas y sobre los sitios de Ramsar y Reservas Forestales Protectoras (RFP), la intervención en estos delicados ecosistemas podría alcanzar un 50%, lo cual despierta inevitablemente gran preocupación por el riesgo que corren los suministros hídricos y la diversidad biológica y cultural.

15 Ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991 e integrante del Bloque de

Constitucionalidad, resultando ser, en esa medida, un parámetro claro para fijar si en un caso concreto una ley es o no inconstitucional

16 M.P. Jaime Araujo Rentería

17 p. 65 del proyecto.

18 Dice la ponencia que, “Sobre el particular, la Secretaria 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 ene que se le dio participación a la ciudadanía. Estudiada el acta contentiva de ese foro, no encontró participación de autoridades representativas de las comunidades étnica. 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 pro haber omitido el requisito de consulta previa” (Nota al pie de página No 20, pp. 67 y 68, Sentencia C- 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas)

19 Ibíd, pp. 67 a 68.

20 Ibíd.

21 Corte Constitucional, sentencia C-367 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez; AV María Victoria Calle Correa, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva).

22 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).