

Sentencia C-395/12

OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES ETNICAS SOBRE MEDIDAS QUE LOS AFECTAN DE MANERA DIRECTA-Lineamientos jurisprudenciales

EXPLOTACION DE MATERIALES DE CONSTRUCCION-Contenido y alcance

ZONAS DE MINERIA RESTRINGIDA-Contenido y alcance

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA EN EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES DE ZONA MINERA-Contenido y alcance

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RELATIVA-Configuración

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA-Jurisprudencia constitucional/TRAMITE LEGISLATIVO-No toda omisión puede ser sometida a control constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Incompetencia de la Corte Constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Exigencias/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA-Condiciones

La Corte, en reiterada jurisprudencia, ha identificado algunos criterios a partir de los cuales resulta procedente el examen de constitucionalidad de una posible omisión legislativa relativa. Así, en la Sentencia C-185 de 2002 se expresó: "(...) para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.". Esta Corte también ha precisado que el control constitucional de la omisión procede en casos excepcionales, cuando (i) sea claro que la omisión produce un resultado contrario a la Constitución, de manera que sea posible que, (ii) el juez constitucional subsane el vacío aplicando directamente la Constitución. Sin embargo, este desarrollo jurisprudencial, en virtud del cual se permite que el juez constitucional intervenga frente a concretos contenidos normativos, que tienen la peculiaridad de su signo negativo, porque resultan precisamente de una omisión que conduce a un precepto implícito de sentido contrario a aquel que era constitucionalmente exigido en el caso, no puede

convertirse en un expediente para que el juez constitucional sustituya al legislador en la adopción de las decisiones que le corresponden, ni puede tomarse como omisión la ausencia completa de desarrollo legislativo, ni es de recibo, ni puede alentarse, la pretensión de que, ante tales déficits de regulación, se busque construir omisiones legislativas relativas, refiriendo el asunto a alguna disposición de algún modo relacionada con el mismo, para propiciar una definición de la materia por parte del juez constitucional, el cual asumiría, así, la labor que es propia del legislador.

DERECHO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia constitucional

PROTECCION DE LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES DIFERENCIADAS Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS MINEROS EN TERRITORIOS QUE OCUPAN-Relación intrínseca

PRINCIPIO UNITARIO DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO UNITARIO Y AUTONOMO EN LA CONSTITUCION-Tensión/NACION Y ENTIDADES TERRITORIALES-Distribución de competencias/PRINCIPIO UNITARIO DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Necesidad de armonizarlos/ENTIDADES TERRITORIALES-Ambito de autonomía/DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN DISTINTOS NIVELES TERRITORIALES-Aplicación de principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad

En la Sentencia C-149 de 2010 la Corte Constitucional hizo un amplio recuento de su jurisprudencia en relación con la tensión entre los principios unitario y autonómico en la Constitución. Señaló la Corte que, de acuerdo con la modalidad de estructuración territorial consagrada en la Constitución Política, el Estado colombiano se construye a partir del principio unitario, pero garantizando, al mismo tiempo, un ámbito de autonomía para sus entidades territoriales. Agregó que, tal como se ha señalado de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional, dentro de ese esquema, y con sujeción a la estructura fijada directamente por la Constitución, la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales es algo que el ordenamiento superior ha confiado al legislador, para lo cual se le han establecido una serie de reglas mínimas orientadas a asegurar una articulación entre la protección debida a la autonomía territorial y el principio unitario, reglas que en ocasiones otorgan primacía al nivel central, al paso que en otras impulsan la gestión autónoma de las entidades territoriales. Para la Corte, ese diseño constitucional implica la necesidad de armonizar los principios de unidad y de autonomía, que se encuentran en tensión, y, en la Sentencia C-579 de 2001, señaló que la naturaleza del Estado unitario presupone la centralización política, lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Preciso la Corporación que del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad. Agregó que, a su vez, al tenor de lo dispuesto en el artículo 287 superior, la autonomía debe

entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, "... la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario." De todos modos, la jurisprudencia constitucional ha remarcado que el principio de autonomía tiene unos contenidos mínimos que comportan para los entes territoriales la facultad de gestionar sus asuntos propios, es decir, aquellos que solo a ellos atañen. Para la Corte, "el núcleo esencial de la autonomía está constituido, en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses. En segundo lugar, encontramos, la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias. Debe protegerse el derecho de cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan." El equilibrio entre ambos principios se constituye a partir de unas definiciones constitucionales que establecen unos límites entre uno y otro, no disponibles por el legislador. De este modo, la Corte ha precisado que, "por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última." Sobre esta materia, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1258 de 2001, hizo unas precisiones en relación con el papel que le corresponde cumplir al legislador en la configuración de los ámbitos de la autonomía regional. Señaló la Corte en esa sentencia que la autonomía de los entes territoriales se desenvuelve dentro de unos límites mínimos y máximos y que el límite mínimo de la autonomía territorial, que se encuentra garantizado por la Constitución "...está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo." En cuanto al límite máximo, expresó la Corte que el mismo tiene una frontera en aquel extremo que al ser superado rompe con la idea del Estado unitario. En ese esquema, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador deberá tener en cuenta que el contenido esencial de la autonomía se centra en la posibilidad de gestionar los propios intereses (C.P. art 287), una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a actuar a través de órganos propios en la administración y el gobierno de los asuntos de interés regional o local. Tal derecho, contenido de manera expresa en el artículo 287 Superior, hace parte del núcleo esencial de la autonomía, indisponible por el legislador. No obstante lo anterior, es claro que, para preservar el interés nacional y el principio unitario, corresponde al legislador establecer las condiciones básicas de la autonomía y definir, respetando el principio de subsidiariedad, las competencias del orden nacional que deberán desarrollarse conforme al principio de coordinación, que presupone unas reglas uniformes y una pautas de acción que, sin vaciar de contenido el ámbito de autonomía territorial, permitan una armonización de funciones. En la Sentencia C-894 de 2003 la Corte expresó que la autonomía actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial, lo que significa que se debe realizar en la mayor medida posible, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que justifiquen su limitación en cada caso concreto. De tal modo, puntualizó la Corte, lo que le está vedado al

Congreso es sujetar por completo a las entidades que gozan de autonomía, a los imperativos y determinaciones adoptados desde el centro. Dentro de esa línea jurisprudencial se ha fijado el criterio conforme al cual las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior, y que la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional, el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional, según sea el caso. Para la Corte, ello equivale a decir que las limitaciones a la autonomía resultan constitucionalmente aceptables, cuando son razonables y proporcionadas. Desde otra perspectiva, la Corte ha señalado que el núcleo esencial de la autonomía es indisponible por parte del Legislador y que su preservación es necesaria para el mantenimiento de la identidad misma de la Carta, dado que es expresión de dos principios constitucionales de la mayor significación, como son la consagración del municipio como la entidad fundamental del ordenamiento territorial y el ejercicio de las competencias asignadas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (CP arts 288 y 311). Por esa razón, la jurisprudencia ha puntualizado que la Constitución ha establecido una garantía institucional para la autonomía de las entidades territoriales por virtud de la cual se fija en la materia un núcleo o reducto indisponible por parte del legislador. Así, ha dicho la Corte, "... si bien la autonomía territorial puede estar regulada en cierto margen por la ley, que podrá establecer las condiciones básicas de la misma, en aras de salvaguardar el interés nacional y el principio unitario, la Constitución garantiza que el núcleo esencial de la autonomía será siempre respetado." En la citada Sentencia C-149 de 2010, la Corte también se refirió al hecho de que, de acuerdo con el artículo 288 de la Constitución, las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales deberán ejercerse conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley. Para la Corte ello implica que, para los asuntos de interés meramente local o regional, deben preservarse las competencias de los órganos territoriales correspondientes, al paso que cuando se trascienda ese ámbito, corresponde a la ley regular la materia. Dijo la Corte: El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad. (ii) El principio de coordinación, a su vez, tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas. El principio de subsidiariedad, finalmente, corresponde a un criterio, tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención el Estado, y la correspondiente atribución de competencias, debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo cual es expresión

del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades. Como se ha dicho, la distribución de competencias que se haga con base en los anteriores criterios tiene el alcance de una garantía institucional de la autonomía de las entidades territoriales, de manera que medidas legislativas que tengan un alcance restrictivo de esa autonomía deben responder a un principio de razón suficiente.

EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDIGENA-Protección constitucional y en convenios internacionales a las comunidades

CONSULTA PREVIA EN EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

ENTIDADES TERRITORIALES INDIGENAS-Autonomía dentro de los límites de la Constitución y la Ley

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-Carácter fundamental

COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Habilitación para solicitar caución por eventuales labores de prospección

MINERIA-Actividad de utilidad pública e interés social

EXPLOTACION DE RECURSOS MINEROS-Margen de configuración legislativa para que se disponga la prevalencia del principio unitario orientado a establecer un régimen único

Estima la Corte que en el marco que la Constitución ha previsto para la explotación de los recursos naturales, cabe que el legislador, al resolver para el caso concreto la tensión entre los principios unitario y autonómico, dé prelación al primero, en razón a los objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera. Cabe, así, que dentro del margen de configuración que la Constitución le otorga al legislador se disponga en esta materia la prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros, y a evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la financiación de los fines que le son propios. Esa posibilidad está en consonancia con la jurisprudencia constitucional que, como se ha visto, ha previsto que, en función del interés nacional, es posible restringir las competencias de regulación de las entidades territoriales, e, incluso excluirla de determinados ámbitos. Así, la Corte ha dicho que la naturaleza del Estado unitario presupone la centralización política, lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Y ha señalado la Corporación que del principio unitario también se

desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que, de ordinario, se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad..

Referencia: expediente D-8821

Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (parcial), 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 (parcial) y 131 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

Actor:

Manuel Alejandro Iturralde Sánchez y otros

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, en especial la prevista en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Manuel Alejandro Iturralde Sánchez, junto con otras personas, presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (inciso 3º), 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 (inciso 2º) y 131 de la Ley 685 de 2001 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones” y contra el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”.

Mediante Auto del 8 de noviembre de 2012, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó, además, comunicar la demanda al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Minas y Energía y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender la constitucionalidad de la disposición acusada.

Además invitó al presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a los Decanos de las facultades de Derecho de las Universidades del Atlántico, del Norte y Javeriana, para que, si lo consideraban conveniente, interviniesen dentro del proceso con el propósito de rendir concepto sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, de conformidad con su publicación en los Diarios Oficiales No. 44.545 de 8 de septiembre de 2001 y No. 41146 de 22 de diciembre de 1993, destacando en negrilla y subrayado los apartes acusados, cuando la demanda es parcial:

“LEY 685 DE 2001

(Agosto 15)

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

El Congreso de Colombia

Decreta:

Artículo 11. Materiales de construcción. Para todos los efectos legales se consideran materiales de construcción, los productos pétreos explotados en minas y canteras usados, generalmente, en la industria de la construcción como agregados en la fabricación de piezas de concreto, morteros, pavimentos, obras de tierra y otros productos similares. También, para los mismos efectos, son materiales de construcción, los materiales de arrastre tales como arenas, gravas y las piedras yacentes en el cauce y orillas de las corrientes de agua, vegas de inundación y otros terrenos aluviales.

Los materiales antes mencionados, se denominan materiales de construcción aunque, una vez explotados, no se destinen a esta industria.

El otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por este Código y son de la competencia exclusiva de la autoridad minera

Artículo 35. Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas¹;

b) En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores;

c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente;

d) En las playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por la autoridad competente, si esta autoridad, bajo ciertas condiciones técnicas y operativas, que ella misma señale, permite previamente que tales actividades se realicen en dichos trayectos;

e) En las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público siempre y cuando:

i. Cuente con el permiso previo de la persona a cuyo cargo estén el uso y gestión de la obra o servicio;

ii. que las normas aplicables a la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera por ejecutarse y

iii. que el ejercicio de la minería en tales áreas no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio.

f) En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;

g) En las zonas constituidas como zonas mineras de comunidades negras siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;

h) En las zonas constituidas como zonas mineras mixtas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código.

Una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente

Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.

Artículo 41. Caución. El titular minero y los propietarios, poseedores o tenedores de los predios donde se realicen labores de prospección, podrán pedir por medio del alcalde que quien lleve a cabo las aludidas tareas de prospección constituya caución para asegurar los daños y perjuicios que les pueda ocasionar. Esta caución será fijada con base en las reglas y criterios del Capítulo XVIII de este Código y teniendo en cuenta la temporalidad e índole de los trabajos correspondientes.

Artículo 48. Permisos adicionales. El concesionario de minas para proyectar, preparar y ejecutar sus estudios, trabajos y obras, no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las relacionadas en este Código o en las disposiciones legales a que éste haga remisión expresa, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Artículo 59. Obligaciones. El concesionario está obligado en el ejercicio de su derecho, a dar cabal cumplimiento a las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental, que expresamente le señala este Código. Ninguna autoridad podrá imponerle otras obligaciones, ni señalarle requisitos de forma o de fondo adicionales o que, de alguna manera, condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento.

Artículo 78. Trabajos de exploración. Los estudios, trabajos y obras a que está obligado el concesionario durante el período de exploración por métodos de subsuelo, son los necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras.

Artículo 79. Técnicas y especificaciones aplicables. Los estudios, trabajos y obras propios de la exploración se ejecutarán con estricta aplicación de los criterios y reglas de orden técnico, propios de las ciencias y prácticas de la geología y la ingeniería de minas, así como con las normas y guías adoptadas por el Gobierno.

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

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

Artículo 131. Zonas Mineras de Comunidades Negras. Dentro de los terrenos baldíos ribereños, adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, la autoridad minera podrá establecer zonas mineras especiales, y establecerá la extensión y linderos de dichas zonas. Dentro de estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados.

LEY 99 DE 1993

(Diciembre 22)

Artículo 76º.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las

comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

III. LA DEMANDA

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Manuel Alejandro Iturralde Sánchez, Carolina Ángel Botero, Luis Leonardo Martínez Izquierdo, Lukas Montoya Burgos, Sebastián Rubiano Galvis, Giselle Margarita Herrera Kheneyzir, Ana Sabina Rodríguez Van Der Hammen, Félix Eduardo Torres Penagos y Diana María Ramírez Daza, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (inciso 3°), 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 (inciso 2°) y 131 de la Ley 685 de 20012 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993,3 porque consideran que sus previsiones son contrarias a lo dispuesto en los artículos 1, 2, 4, 7, 8, 13, 40, 93, 286, 287, 288, 300, 311, 313, 330 y 360 de la Constitución Política.

2. Los demandantes solicitan a la Corte declarar la inconstitucionalidad o, subsidiariamente, la constitucionalidad condicionada, de las disposiciones acusadas.

La demanda tiene dos componentes separados: Por un lado, un conjunto de disposiciones se demandan a partir de la consideración de que las mismas vulneran los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y negras; por el otro, un conjunto diferente de disposiciones se cuestiona por desconocer las prerrogativas constitucionales atribuidas a las entidades territoriales en relación con los usos del suelo y la toma de decisiones que afectan a sus poblaciones y planes de desarrollo.

3. Admisibilidad de la demanda

Después de hacer la presentación de la demanda, los accionantes se refieren a la admisibilidad de la demanda señalando que, no obstante que en relación con algunas de las disposiciones acusadas existen previos pronunciamientos de exequibilidad, no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto, por un lado, los cargos que ahora se presentan son distintos de los que han sido considerados por la Corte, y, por otro, existe un nuevo contexto fáctico y normativo a partir del cual es posible un nuevo pronunciamiento de la Corte.

En este acápite, los demandantes hacen una pormenorizada consideración de las distintas disposiciones acusadas en relación con los previos fallos de la Corte, para mostrar que, en su criterio, en relación con ellas solo hay cosa juzgada relativa.

4. Concepto de la violación

Los actores presentan, de manera general, el concepto de violación en relación con los dos componentes de la demanda, que tienen que ver con los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, por un lado, y las atribuciones de los entes territoriales, por el otro, para señalar, después, los cargos concretos de la acción de inconstitucionalidad.

4.1. En primer lugar, los demandantes presentan una serie de consideraciones sobre el hecho de que la minería, como actividad de utilidad pública e interés social, definida en el

Código de Minas, tiene como límite los derechos fundamentales y las prerrogativas de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

4.1.1. En este acápite se realiza un desarrollo sobre los límites constitucionales de la definición legal de la minería como un asunto de utilidad pública e interés social, para mostrar cómo, en criterio de los actores, tales límites no fueron respetados por las disposiciones demandadas.

Señalan los accionantes que esto es así a partir de los artículos 7, 8, 63 y 329 de la Constitución Política, que indican que el Estado está en la obligación de proteger la riqueza cultural y natural, de ahí que deban respetarse las formas tradicionales de vida de las comunidades y proteger la diversidad étnica, cultural y de subsistencia de grupos minoritarios que habitan el territorio. Añaden que la jurisprudencia constitucional,⁴ ha señalado que “la minería es un asunto de interés general, el cual tiene como límite principal el respeto por los derechos fundamentales, que hacen parte de dicho interés. Ponen de presente, además, que en las sentencias de la Corte Constitucional T-188 de 1993, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-891 de 2002, T-769 de 2009 y T-129 de 2011, y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de la Comunidad Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua, del 31 de agosto de 2001, y en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay del 24 de agosto de 2010, se ha dicho que el Estado tiene la obligación de proteger a estas comunidades.

4.1.2. En segundo lugar, los demandantes hacen un recuento de los que denominan derechos fundamentales a la consulta previa y al consentimiento libre previo e informado en la jurisprudencia constitucional colombiana y en el bloque de constitucionalidad.

4.1.2.1. Los accionantes, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, definen y caracterizan el derecho fundamental a la consulta previa; hacen algunas consideraciones sobre su alcance, así como sobre las consecuencias de no aplicarlo y, finalmente, definen el concepto de consentimiento libre, previo e informado, para señalar que no obstante que el mismo se deriva del derecho a la consulta previa, posee una entidad y unas características propias, en tanto no se trata de una simple etapa o requisito adicional del procedimiento de la consulta, sino que constituye una garantía de protección adicional que supone una obligación independiente de igual o mayor valor constitucional que el de la consulta previa.

4.1.2.2. A renglón seguido, los demandantes incorporan un desarrollo sobre los derechos a la consulta previa y a que, en ciertos supuestos, se obtenga el consentimiento previo, libre e informado, en el bloque de constitucionalidad. Para ello, presentan unas consideraciones generales sobre el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, que luego aplican, de manera particular, a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado.

En ese contexto, se refieren a las obligaciones internacionales contraídas por Colombia, al ratificar el Convenio 169 de la OIT, y realizan un recuento detallado de los pronunciamientos sobre la materia de los órganos de monitoreo de los diversos tratados de derechos humanos, entre los cuales están los de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT; del Comité de Derechos Humanos; del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y del Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales. Aluden también a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a otras interpretaciones y desarrollos del derecho internacional sobre consulta previa y sobre consentimiento libre, previo e informado, entre los cuales están los de la relatoría Especial de la ONU para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas; el Foro Permanente para Cuestiones Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

4.2. Exponen los demandantes, de otra parte, que la minería, como actividad de utilidad pública e interés social, tiene como límite las atribuciones de los entes territoriales en la definición de los usos del suelo y de los Planes de Ordenamiento Territorial (POT).

4.2.1. En este acápite se refieren, en primer lugar, a la tensión constitucional entre la autonomía de las entidades territoriales y el principio de república unitaria.

4.2.2. Los accionantes hacen luego un recuento en torno a los principios constitucionales que guían la actuación administrativa y la distribución de competencias entre los entes territoriales, con especial referencia a los principios de coordinación y de concurrencia.

4.3. Cargos concretos

4.3.1. Cargos por omisión legislativa relativa

4.3.1.1. Los demandantes señalan que la Corte Constitucional ha definido la figura de la omisión legislativa relativa, de esta manera: “cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas - específicamente por razones constitucionales-, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente. De lo anterior se deduce, entonces que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional”.⁵ A partir de lo anterior, para los actores, resulta evidente que la jurisprudencia acerca de la omisión legislativa relativa gira principalmente alrededor de los principios de igualdad y debido proceso.

De igual forma indican que la Corte ha establecido los siguientes tres supuestos para identificar una omisión legislativa que, como tal, es constitucionalmente cuestionable: (i) Que el legislador regule un asunto particular; (ii) Que la regulación la hace de forma parcial pues excluye algunos casos análogos; (iii) Que esa exclusión vulnera el derecho a la igualdad y, en esa medida, que la omisión legislativa relativa adolece de un vicio de constitucionalidad. Sin embargo, agregan que desde una perspectiva más amplia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que una omisión legislativa relativa también puede darse aún cuando ello no implique un problema de igualdad.⁶ Concluyen que, de este modo, basta con acreditar que, en relación con la materia objeto de regulación, era imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se considera omitido.⁷

Con el fin de exponer la omisión legislativa relativa que presentan los artículos demandados de la Ley 685 de 2001, señalan que deben tenerse en cuenta los cinco requisitos para que se

presente la omisión, previstos en la Sentencia C-185 de 2002: "(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador."

Para los demandantes, la omisión legislativa relativa que presentan los artículos demandados es tan evidente que, aun aplicando un criterio riguroso, cabe declarar su inconstitucionalidad.

4.3.1.2.1. Para los demandantes, el artículo 35 de la Ley 685 de 2001 omite incluir dentro de la categoría de "zonas de minería restringida" aquellas áreas de los resguardos indígenas y de los territorios colectivos de las comunidades negras que no se han constituido como zonas mineras. Esa omisión, en criterio de los demandantes, implica que se deja de proteger, de manera injustificada, los derechos de las comunidades étnicas, en la medida en que no tiene en cuenta la obligación de realizar la consulta previa y de obtener su consentimiento libre, previo e informado, en los casos en los que resulte necesario, antes de adelantar proyectos mineros en sus territorios.

En la demanda se apunta a demostrar que en los literales f), g) y h) del artículo 35 del Código de Minas, se cumplen los requisitos de una omisión legislativa inconstitucional, toda vez que el legislativo ejerció sus facultades constitucionales para restringir la minería en territorios indígenas y afrocolombianos constituidos como zonas mineras, pero no incluyó aquellos territorios étnicos y ancestrales que no tienen esta calificación. Así mismo, señalan que esta disposición deja a las comunidades étnicas, como único mecanismo de protección, el ejercicio del derecho de preferencia, para optar por la actividad minera, pues, para proteger el territorio, se deben constituir en zonas minera indígena, de comunidades negras o mixtas. De este modo, sostienen, la norma acusada impone una carga desproporcionada a las comunidades que no quieren realizar extracciones mineras, porque van en contravía de sus creencias y costumbres tradicionales, o que ni siquiera quieren que un tercero las realice, por ser una actividad ajena a su modelo de vida. El hecho de que los territorios no constituidos como zonas mineras se sometan al procedimiento ordinario de concesión, representa para las comunidades que allí habitan una desigualdad injustificada que no permite brindar mayor protección a aquellas comunidades étnicas que deciden ejercer la minería frente a aquéllas que deciden no hacerlo.

Para los demandantes es preciso que la minería se vea restringida en todos los territorios indígenas y afrocolombianos, en el sentido de exigir siempre la realización de la consulta previa y, en algunos casos, la obtención del consentimiento previo, libre e informado, en adelante CPLI, de dichas comunidades, como única manera de garantizar la supervivencia de las mismas y de adoptar un modelo que abarque las distintas concepciones de desarrollo que

ostentan tales colectividads, muchas de las cuales son incompatibles con la minería.

Reiteran que frente al artículo 35 del Código de Minas se da una exclusión de casos asimilables que deberían estar contenidos en la misma norma, porque la protección allí consagrada no debe brindarse únicamente a la parte de los territorios ancestrales constituida como zonas mineras sino que debe extenderse a la totalidad de tales territorios.

Agregan que, además, en el artículo acusado no se precisa que la consulta, y cuando sea del caso el CPLI, se deben obtener no solo en relación con todo el territorio de las comunidades étnicas, sino que debe darse desde antes de la etapa exploratoria.

Expresan que, no obstante que se podría sostener que la jurisprudencia constitucional, a través de sentencias como la C-418 y la C-891 de 2002, ya ha reconocido que el derecho fundamental a la consulta previa resulta exigible en todo el territorio de las comunidades étnicas y no únicamente en las zonas mineras, consideran necesario que la Corte se pronuncie sobre la necesidad de obtener el CPLI en proyectos mineros de alto impacto en territorios étnicos, dado que la experiencia muestra, que al amparo del vacío normativo que se cuestiona, numerosas actividades mineras de exploración y de explotación se vienen adelantando en los territorios de las comunidades étnicas sin que las mismas sean consultadas y sin que se obtenga su consentimiento cuando éste sea necesario.

Señalan que la omisión acusada carece de una razón suficiente y que da lugar a una desigualdad negativa, en cuanto impone a las comunidades indígenas y afro descendientes que no tienen o que no desean tener zonas mineras en sus territorios una carga desproporcionada, porque las sustrae de la protección especial prevista en la ley para las zonas mineras y las somete al procedimiento ordinario de concesión.

4.3.1.2.2. Para los demandantes, teniendo en cuenta que el artículo 286 de la Constitución dispone que los territorios indígenas son entidades territoriales y el artículo 330 otorga a las comunidades la posibilidad de conformar sus propios gobiernos y estar gobernadas por sus propias normas, lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 685 de 2001, que permite a los Alcaldes solicitar a los exploradores y a los explotadores una caución para los daños que se puedan presentar en las tareas de prospección, resulta contrario a la Constitución, puesto que vacía de competencias a las entidades territoriales indígenas y de las comunidades negras al otorgarle al alcalde, y no a la autoridad indígena, la posibilidad de solicitar la caución. Expresan que en el caso de la prospección en los territorios indígenas, la máxima autoridad administrativa no es el alcalde municipal, sino los consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de las comunidades, tal como lo preceptúa el artículo 330 de la Constitución y que lo mismo puede decirse con respecto a las autoridades de las tierras comunitarias de los afrocolombianos.

Expresan que prescindir de la potestad de estos pueblos de solicitar la caución no tiene un motivo válido, evidencia el desconocimiento de su autonomía territorial y funcional y demuestra que la exclusión en la que se incurre no obedece a un principio de razón suficiente.

Adicionalmente, precisan que, dejar a las comunidades y pueblos étnicos sin ese mecanismo de protección de sus territorios, configura un trato desigual negativo que puede eliminarse si

la norma contemplara la posibilidad de que la caución sea exigida a través de las autoridades indígenas y afro.

4.3.1.2.3. En criterio de los demandantes, los artículos 78 y 79 de la Ley 685 de 2001, al regular lo atinente a la exploración de recursos naturales, omitieron sujetar los estudios, trabajos y obras de exploración a los requisitos del derecho de consulta previa y a la obtención del consentimiento libre, previo e informado en los casos en los que éste resulte necesario. Sostienen que al prescindir de la consulta previa y del consentimiento libre, previo e informado en los trabajos de exploración de recursos naturales, se infringe la Constitución Política en su artículo 330, que dispuso la participación de las comunidades indígenas y que, aunque el texto constitucional únicamente alude a la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, tanto el desarrollo jurisprudencial constitucional en materia de consulta previa, como los contenidos del bloque de constitucionalidad, señalan la obligación de adelantar la consulta previa con ocasión medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades. Consideran que de no efectuar la consulta en la fase de exploración minera, se estarían incumpliendo las obligaciones contraídas por el Estado colombiano al suscribir el Convenio 169 de la OIT.

Expresan que la no exigencia de la aplicabilidad del derecho fundamental a la consulta previa, en adelante DFCEP, y el CPLI en los artículos censurados, no encuentra justificación en el ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual se evidencia una omisión legislativa relativa que vulneran los artículos 1, 2, 7, 8, 40, 93 y 330 de la Carta.

Para los actores, se configura, además, una desigualdad negativa frente a otros sectores de la población, ya que se priva a los grupos indígenas y afrodescendientes (que son grupos vulnerables, particularmente frente a la minería) de un mecanismo de protección de sus derechos fundamentales que pueden ejercer por mandato constitucional, y por medio del cual se plasma el principio de igualdad material que rige el ordenamiento colombiano, pues se omite, en la etapa de exploración, la garantía de los mecanismos más importantes para asegurar la permanencia e integridad de las comunidades.

4.3.2.1. Según los demandantes, se debe declarar la inexecutable o, subsidiariamente, la executable condicionada de los artículos 122, inciso 2º, y 131 de la Ley 685 de 2001, en tanto violan los artículos 1, 2, 7, 8, 13, 93 y 330 de la Constitución Política, por cuanto al regular el ejercicio de la actividad extractiva dentro del territorio de las comunidades negras, no contemplan el mecanismo de la consulta previa.

4.3.2.2. Para los accionantes, los artículos 122, inciso 2º, y 131 de la Ley 685 de 2001 y 76 de la Ley 99 de 1993 desconocen los últimos desarrollos del bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la obligación de incluir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y negras en los escenarios en que éste resulta procedente.

De igual forma, expresan que el inciso 2º del artículo 122 y el artículo 131 de la Ley 685 de 2001 desconocen el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, al no contemplar este mecanismo de participación como requisito para la ejecución de labores de exploración y explotación minera por parte de terceros.

Por último, presentan los cargos en contra del artículo 76 de la Ley 99 de 1993, afirmando que debe ser declarado inexecutable, porque no obliga a consultar previamente a las comunidades étnicas las tareas mineras en la etapa de exploración.

4.3.3. Cargos por vulneración de la autonomía de las entidades territoriales.

4.3.3.1. Los demandantes expresan que los artículos 11, inciso 3º, 37, 48 y 59 de la Ley 685 de 2001, vulneran la autonomía reglamentaria de las entidades territoriales y los principios de coordinación y concurrencia, al no permitirle a dichas entidades participar en la regulación de actividades mineras que se desarrollen en sus territorios, por cuanto se le entregó a la Nación, sin tener en cuenta que las autoridades locales son la que deben velar por la protección de los derechos e intereses de sus habitantes y además, son las encargadas de regular los usos del suelo, por ello, consideran que las disposiciones acusadas transgreden el orden constitucional.

4.3.3.2. Para los accionantes, los artículos 48 y 59 de la Ley 685 de 2001 no les permiten a las entidades territoriales participar en la regulación de las actividades que se desarrollen en los territorios que desde el nivel central se destinen a la minería, lo cual desconoce el principio de coordinación que debe existir entre las competencias de uno y otro de los niveles de la administración. Del mismo modo, en su criterio, con estos artículos se desconoce el principio de concurrencia, por cuanto despojan a las autoridades locales y seccionales de la potestad de imponer las obligaciones y requisitos relacionados con la actividad minera que sean necesarios para el cabal cumplimiento de las competencias que les corresponden dentro de sus territorios, de acuerdo con las necesidades locales.

4.3.3.3. Expresan los demandantes que los artículos 11, inciso 3º, y 37 de la Ley 685 de 2001, atentan contra el principio de coordinación en tanto no permiten a las entidades territoriales participar en la determinación de los lugares donde se pueden realizar actividades mineras cuando se trata de zonas rurales y de expansión, pues a pesar de que son las encargadas de regular los usos del suelo tal competencia se ve vaciada por el legislador al dar total y exclusiva primacía a la autoridad minera para determinar el uso del suelo dondequiera que se vayan a realizar las actividades de minería. Para los demandantes en el desarrollo adecuado de la actividad minera lo que procedería es la actuación simultánea y armónica entre la Nación y los entes territoriales.

Así mismo, los accionantes consideran que estos artículos violan el principio de concurrencia, en la medida en que las entidades territoriales, por expresa disposición constitucional, tienen la facultad de regular determinados asuntos, tales como los usos del suelo, la planeación y el desarrollo económico, y la construcción de obras públicas, entre otras. Añaden que, el legislador, al regular la actividad minera, ha impedido a las entidades territoriales exigir licencias, permisos o autorizaciones distintas a las relacionadas en la Ley 685 de 2001, y les prohíbe intervenir en los procesos de autorización de exploraciones y explotaciones de los materiales de construcción. Consideran que lo anterior atenta contra su potestad de regular los usos del suelo, así como de decidir de forma autónoma cuáles son los planes de desarrollo social y económico más adecuados para sus poblaciones.

Agregan los demandantes que, como tampoco se puede despojar al legislador de la facultad que tiene de regular un asunto de interés nacional como lo es la minería, es viable concluir

que es indispensable aplicar el principio de concurrencia, con el fin de que la Nación y los entes territoriales ejerzan sus funciones simultáneamente y en armonía, garantizando la puesta en marcha de acuerdos (en lugar de mandatos impuestos autoritariamente por el nivel central) que permitan el desarrollo adecuado de la actividad minera, pero respetando, en todo momento, las atribuciones y competencias de las entidades territoriales.

IV. INTERVENCIONES

1. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

El apoderado de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, intervino para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Inicia afirmando que respecto de los cargos formulados por los actores contra los artículos 78 y 79 de la Ley 685 de 2001, es claro que en el artículo 330 de la Constitución Política, el constituyente solo se refirió a las labores de explotación de los recursos naturales, pero que por vía jurisprudencial, en sentencias como la T-769 de 2009 y la T-129 de 2011, se ha hecho la protección de las comunidades étnicas respecto de las labores de exploración, lo que igualmente procedería por vía del bloque de constitucionalidad, según lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aplicable con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política.

Señala, por otra parte, que en esta materia es preciso tener en cuenta que la consulta previa se desarrolla en el marco de una actuación administrativa o legislativa tendiente a la toma de una decisión que puede afectar a las comunidades étnicas, pero que en materia de exploración minera nuestra legislación no contempla el adelantamiento de un procedimiento administrativo ambiental, sino la aplicación directa de las guías Minero-Ambientales adoptadas por los Ministerios del Medio Ambiente y de Minas y Energía, mediante la Resolución 18-0861 de 2002, sin necesidad de que tales labores deban ser aprobadas por autoridad alguna, salvo en los casos contemplados en el artículo 205 del Código de Minas, en los que se exige la obtención de licencia ambiental.

Arguye que en materia de licenciamiento ambiental, el numeral 11, del artículo 1º y el artículo 57 de la Ley 99 de 1993, el artículo 204 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 5º del Decreto 1320 de 1998, establecen que la obligación de elaborar los estudios ambientales, en especial, el de impacto ambiental, que es importante para tomar la decisión de otorgar o negar la licencia ambiental a un proyecto sujeto a este requisito, en el caso de la minería, corresponde al peticionario o interesado en ese instrumento de manejo y control ambiental y no a las autoridades ambientales que actúan a petición de parte, evaluando dichos estudios.

Expresa el interviniente que, la obligación de que la autoridad ambiental sea quien realice los estudios ambientales tendientes a identificar los impactos ambientales que generará el proyecto minero fue una decisión equivocada de la Sentencia T-769 de 2009, por cuanto trasladó los costos que debería sufragar la persona natural o jurídica al Estado, erogaciones que en ningún caso benefician a las comunidades que se pretende proteger y, por el contrario, las empresas mineras pueden dar por finalizada la fase de exploración, ya que el Estado lo hizo por ellas, y entrar directamente a solicitar la Licencia Ambiental para la

explotación. De esta forma las autoridades ambientales se convirtieron en juez y parte.

Considera la entidad que al no existir actividad administrativa de las autoridades ambientales en esa fase, salvo las excepciones consagradas, mal puede iniciar la fase de consulta previa en la etapa de exploración de un proyecto.

En relación con el cargo contra el artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en sus literales f), g) y h), por omitir incluir dentro de la categoría de “zonas de minería restringida” aquellas áreas de los resguardos indígenas y de los territorios colectivos de las comunidades negras que no se han constituido como zonas mineras, considera que estas disposiciones deben entenderse en el sentido de que las restricciones allí establecidas se aplican considerando la efectividad de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas en todas las situaciones de prospección, exploración y explotación de los recursos mineros en sus territorios y no solo en los que han sido señalados y delimitados como zonas mineras.

Respecto de los cargos contra el artículo 41 de la Ley 685 de 2001, que establece que la caución para labores de prospección debe pedirse por medio del Alcalde y que según los demandantes desconoce la autoridad de las entidades territoriales indígenas, expresa que es una apreciación que no tuvo en cuenta el artículo 39 de la misma norma, el cual establece que la prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos como zonas mineras para minorías étnicas.

Por lo que es claro, entonces, que las labores de prospección minera en territorios de comunidades étnicas se encuentran restringidas. Agrega que, en la eventualidad de desarrollar actividades de prospección en estos territorios, mediaría la respectiva autorización de esas comunidades, la cual posiblemente comprendería lo relativo a la constitución de la caución haciendo innecesaria la aplicación del artículo 41 del Código de Minas.

Añade que, con todo, el artículo 44 del Código de Minas deja a salvo la responsabilidad por el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causen al establecer esta obligación a cargo de las personas que lleven a cabo los trabajos y estudios de prospección.

Ahora, si se tiene en cuenta que las autoridades de la comunidad étnica son las mismas que la representan, y en tal sentido es posible considerar que establecer la función a los Alcaldes para mediar en este tipo de controversias, está acorde con el principio de imparcialidad, toda vez que dejar esta competencia, en los casos de los artículos 41 y 44 aludidos, en cabeza de las autoridades de la comunidad étnica de que se trate, las convertiría en juez y parte beneficiada de la medida.

Respecto a los reparos contra los artículos 122, inciso 2º, y 131 de la Ley 685 de 2001, aduce la entidad que es necesario precisar que el artículo 131 contiene un ingrediente diferencial en la declaración de zonas mineras de comunidades negras, al señalar que son estas mismas comunidades las que deben solicitar el establecimiento de la zona minera especial y el otorgamiento de la concesión minera.

En tal sentido, es claro que si es la comunidad negra la que hace la solicitud, ello acontece porque la misma conoce y es consiente de que en su territorio se realizan actividades

mineras; y este ingrediente normativo introduce una pauta de diferenciación con el tratamiento que se da a las zonas mineras indígenas, por lo cual no se podría establecer que exista violación del derecho a la igualdad en el tratamiento, ya que los artículos 122 y 131 del Código de Minas se refieren a situaciones diferenciadas.

En relación con los cargos contra los artículos 11, inciso 3º, 37, 48 y 59 de la Ley 685 de 2001, manifiesta que no le asiste la razón a los demandantes por cuanto en el Código de Minas se otorgan facultades a los Alcaldes para intervenir las minas ilegales y aquellas actividades mineras que no cumplen con los requisitos señalados por el legislador dejando sin competencia concurrente a la misma autoridad minera nacional. Tal es el caso de las medidas preventivas de decomiso, cierre de minas y amparos administrativos consagrados a favor de los Alcaldes. De igual forma, arguye que la Ley 1333 de 2009 asigna una potestad sancionatoria ambiental a favor de las entidades territoriales, al investirles, a prevención, para la imposición de medidas preventivas en los casos de daños e incumplimiento de las normas ambientales.

Señala que, como quiera que la actividad minera es de utilidad pública e interés social, trasciende el ámbito de las competencias de las autoridades locales, que en algunas oportunidades bloquean la realización de proyectos mineros y, a su juicio, es por esa circunstancia que el legislador ha establecido una serie de normas que permiten superar la tensión entre las facultades de ordenamiento territorial con el desarrollo de la minería, facultando a las autoridades ambientales para declarar y delimitar las zonas excluibles de la minería.

Por último, frente al cargo formulado contra el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, por no contemplar la consulta previa para la etapa de exploración minera, precisa que esta norma no se limita a las actividades de explotación de recursos minerales, sino a todo tipo de recursos naturales como el agua, los recursos maderables, el suelo, hidrocarburos, etc.

Expresa que esta norma demandada debe armonizarse con lo establecido en el artículo 121 del Código de Minas que exige realizar las actividades de exploración de minas sin desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos. Concluye que el Código de Minas contiene una regulación general de los asuntos mineros, por lo cual para la aplicación de las normas sobre temas de exploración y explotación minera debe estarse primero a lo regulado en ese código y a lo definido en la Sentencia C-339 de 2002, en el entendido que la aplicación de los requisitos establecidos en leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la nación y de derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

2. Ministerio de Minas y Energía

Quien interviene por el Ministerio de Minas y Energía defiende la constitucionalidad de las normas acusadas, a partir de los argumentos que se sintetizan a continuación.

De manera preliminar, el interviniente solicita a la Corte que se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda, porque, en su criterio, los accionantes se limitan a enunciar y transcribir las normas que consideran violadas, sin precisar de forma clara y concreta los argumentos en los cuales se fundamentan sus pretensiones, limitándose a leerlas

superficialmente, transcribirlas y compararlas formalmente, emitiendo juicios de valor y efectuando imprecisas consideraciones que no permiten confrontarlas con los textos constitucionales invocados.

Seguidamente, hace unas precisiones frente a las normas acusadas y los cargos formulados.

2.1. Respecto a la omisión legislativa relativa de los artículos 35, 41, 78 y 79 de la Ley 685 de 2001, considera que no se tuvo en cuenta el artículo 332 Superior que establece que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, y los desarrollos que sobre el particular se hacen en el artículo 360 de la Constitución.

Arguye que, independientemente de que el territorio sea o no de una comunidad afrodescendiente o indígena, los minerales de cualquier clase pertenecen al Estado. Desde esta perspectiva, manifiesta que el artículo 35 del Código de Minas, en adelante CM, es una disposición que permite la realización de actividades mineras, con la restricción de que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos, ocupantes real y tradicionalmente del área. Estima que la interpretación de la norma debe dirigirse a entender que ella contempla la excepción a la explotación del territorio nacional, que consiste en que algunas tierras de riqueza mineral no pueden ser objeto de actividades mineras. Verbigracia, las comunidades de los resguardos indígenas y de los territorios de comunidades negras que comparten tierras comunales, deben ser consultadas e informadas, así sus territorios no se hayan constituido como zonas mineras, porque una vez se constituyan como tal, es admisible la exploración y la explotación de la minería, bajo los límites que señala la ley y bajo la autorización de la autoridad competente. Sostiene la entidad que este procedimiento finalmente pretende y permite el control y la protección de los territorios y cultura indígena y afrodescendiente.

2.2. En lo que tiene que ver con los cargos en contra del artículo 41 del CM, afirma que la atribución entregada a los Alcaldes para solicitar caución, está acorde con el principio de imparcialidad que debe rodear al proceso administrativo que se lleva ante los entes territoriales, porque si la solicitud se hiciera directamente por las comunidades étnicas, éstas actuarían como juez y parte beneficiada de la medida.

Continúa señalando que la autonomía política y jurídica reconocida por el constituyente a las comunidades indígenas, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros previstos en la misma Constitución, de modo que se preserve la unidad nacional.

Concluye la entidad, en este punto, indicando que el artículo 41 permite que la autoridad municipal salvaguarde los intereses de las comunidades indígenas, con una caución sobre una actividad minera condicionada y permite que el Estado, como propietario del subsuelo, pueda ejercer el control, situación que no es contraria al ordenamiento superior.

2.3. Frente a los cargos formulados contra los artículos 78 y 79 del CM, el interviniente se remite a lo establecido en la Sentencia C-418 de 2002, en la cual se expresó que las zonas mineras indígenas, negras o mixtas son un mecanismo para proyectar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en los territorios indígenas, que reconoce el derecho de prelación de las comunidades sobre otros posibles explotadores.

Agrega que en ese ámbito, toda propuesta de particulares deberá resolverse con la participación de los representantes de las comunidades, y que, en la delimitación de las zonas mineras previstas en el artículo 122 del Código de Minas, se deberá dar cumplimiento al párrafo del artículo 330 de la Constitución Política y al Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

2.4. En relación con los cargos según los cuales, por un lado, el inciso 2° del artículo 122 y el artículo 131 de la Ley 685 de 2001, así como el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, desconocen el derecho al consentimiento libre, previo e informado de las comunidades étnicas para adelantar obras, proyectos o iniciativas que comprometan la integridad y la subsistencia de las mismas, y, por otro, el inciso 2° del artículo 122 y el artículo 131 de la Ley 685 de 2001 desconocen la consulta previa a las comunidades étnicas, al no contemplar este mecanismo como requisito para la ejecución de labores de exploración y explotación minera, el interviniente expresa que los exploradores y explotadores de minas tienen la obligación, de fuente constitucional, de ejercer sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de los grupos étnicos, lo que implica el ejercicio de los derechos a la consulta y al consentimiento, cuando sea procedente.

2.5. En relación con las objeciones al inciso 3° del artículo 11 y los artículos 37, 48 y 59 de la Ley 685 de 2001, relacionadas con la vulneración de la autonomía de las entidades territoriales, al trasladar a la Nación la regulación de actividades mineras que se desarrollen en sus territorios, el interviniente asevera que cabe tener en cuenta que el artículo 320 del Código de Minas permite que el Ministerio de Minas y Energía, como autoridad minera, delegue en forma ocasional o temporal, sus funciones de tramitación y celebración de contratos de concesión, así como la vigilancia y control de su ejecución, en los gobernadores y en los alcaldes de ciudades capitales.

De igual forma, señala la entidad que la limitación de las competencias territoriales es una manifestación de la libertad de configuración del legislador, establecida en el artículo 360 superior con el fin de que determine las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

2.6. Finalmente, afirma que no es posible inferir que las normas acusadas violan los artículos 1, 2, 4, 7, 8, 13, 40, 93, 286, 287, 288, 300, 311, 212, 330 y 360 de la Constitución Política, por cuanto los demandantes no cumplieron los requisitos mínimos para la procedencia de las demandas de inconstitucionalidad, tal como están previstos en la Sentencia C-183 de 2002, toda vez que se limitaron a enunciar las normas que consideran violadas sin precisar, de manera clara y concreta, los argumentos en los cuales se fundamentan sus pretensiones emitiendo solo juicios de valor y efectuando consideraciones sin entrar a analizar la unidad de materia que rige la formación de la ley, los cargos que presentaron no fueron claros, ciertos, específicos pertinentes y suficientes, razón por la cual, la Corte Constitucional se debe declarar inhibida para decidir la demanda por ineptitud sustantiva o, en su defecto, se deberá declarar la exequibilidad de las normas acusadas.

3. Universidad del Atlántico

Después de presentar una serie de consideraciones generales en torno a la que, estima, es una afectación permanente de los derechos de las comunidades étnicas por actuaciones y

omisiones del Estado colombiano, el interviniente expresa que al no existir subordinación de los textos legales demandados a la Constitución, se produce una vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y negras, por una parte, y, por la otra, se violan las prerrogativas constitucionales atribuidas a las entidades territoriales en relación con el uso del suelo y la toma de decisiones que afectan a sus poblaciones y planes de desarrollo.

Expresa en ese contexto que el Gobierno Nacional ha agudizado la situación de marginalidad y exclusión de los grupos étnicos en el país porque no ha garantizado, ni respetado las obligaciones mínimas para que se dé la convivencia pacífica de los colombianos. Añade que coincide con los actores en que las normas demandadas desconocen que la Constitución Política establece que la administración pública se rige por los principios de coordinación y concurrencia, en virtud de los cuales las entidades territoriales tienen la facultad de regular determinados asuntos, como el uso del suelo, la planeación y el desarrollo económico, no obstante lo cual, el legislador, al regular la actividad minera, no les permite celebrar ni exigir permisos o autorizaciones distintas a las relacionadas en la Ley 685 de 2001, en esa medida se atenta contra la potestad reglamentaria de los usos del suelo, y no se permite la autonomía en el diseño de los planes de desarrollo social que más le convenga a sus poblaciones.

Finalmente, considera que debería aplicarse el principio de concurrencia con el propósito de que la Nación y los entes territoriales ejerzan funciones simultáneamente y en forma armónica para que se desarrolle adecuadamente la actividad minera.

4. Comisión Colombiana de Juristas

Los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esperanza Calderón, Juan Camilo Rivera Rugeles y Mateo Gómez Vásquez, quienes se presentaron como integrantes de la Comisión Colombiana de Juristas, intervinieron en el presente asunto para coadyuvar las pretensiones de la demanda en lo que tiene que ver con la existencia de una omisión legislativa en los artículos 35, 41, 78 y 79 de la Ley 685 de 2001, que resulta contraria a los derechos e intereses de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes. Plantean que si no se acoge la solicitud de declarar la inexecutable de las disposiciones acusadas, su executable se debería condicionar en los términos expuestos en la demanda y en la intervención que presentan.

Después de hacer un recuento sistemático de los cargos planteados por los demandantes, estos intervinientes presentan un análisis complementario de constitucionalidad en relación con los artículos 35, 41, 78 y 79 del Código de Minas.

Expresan, en ese contexto, que conforme al ordenamiento constitucional y a los estándares internacionales de derechos humanos: (i) todos los territorios indígenas y afro, sin importar si están o no constituidos como zonas mineras, deben ser protegidos mediante la declaratoria de zona minería restringida; ii) la facultad conferida a los alcaldes para solicitar cauciones debe extenderse a las autoridades indígenas y afro como máximas autoridades políticas y administrativas en sus territorios y (iii) la etapa de exploración, tratándose de proyectos en territorios indígenas y afro, debe estar precedida por la garantía del derecho a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado, según sea el caso.

Para corroborar las anteriores afirmaciones desarrollan los siguientes temas: 1. La existencia de un consenso internacional de los derechos humanos sobre afectación de la minería en los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, y, 2. La naturaleza jurídica del Código de Minas.

En cuanto al primer tema, valiéndose de la ratio decidendi de la Sentencia C-366 de 2011, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010,9 sostienen que existe un consenso en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y en el derecho constitucional colombiano sobre el grado de afectación en el que se encuentran las minorías étnicas frente a la ejecución de actividades mineras que se llevan a cabo en sus territorios y la obligatoriedad de adoptar medidas de salvaguarda, como la aplicación del derecho a la consulta previa y, eventualmente, la obtención del consentimiento libre, previo e informado. Sostienen que la Corte Constitucional ha identificado las siguientes reglas que componen este consenso: i. Dado que el aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en el territorio en que se asientan las comunidades étnicas es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos, las medidas legislativas y administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento, deben contar con espacios de participación de las comunidades étnicas y afro; y, ii. El deber de participación de estas comunidades resulta particularmente intenso cuando se trate de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubican. En este segundo ámbito, es preciso tener en cuenta que, a) La participación debe ajustarse a los requerimientos de la consulta previa, en los términos desarrollados por la jurisprudencia constitucional; b) Tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la de los tribunales internacionales de derechos humanos, coinciden en que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas, y c) Es evidente la afectación de los derechos constitucionales y de la supervivencia misma de las comunidades étnicas y afro, dada la experiencia histórica que demuestra que los proyectos mineros producen incursiones de grupos armados ilegales, desplazamiento forzado de la zona y la contaminación del medio ambiente.

En relación con la naturaleza jurídica del Código de Minas, los intervinientes expresan que, tal como fue caracterizado en la Sentencia C-366 de 2011, dicho código se ubica en el ordenamiento jurídico colombiano como un cuerpo legal prevalente cuya aplicación en materia minera, en virtud del principio de especialidad, es preponderante.

A continuación desarrollan los argumentos que conciernen a cada una de las disposiciones acusadas.

Los ciudadanos consideran que el primer problema jurídico que debe abordar la Corte es el siguiente: ¿el artículo 35 del Código de Minas vulnera el principio de igualdad por omisión legislativa relativa al no restringir la minería en los territorios ancestrales no constituidos como zonas de minería indígena, afrodescendiente o mixta?

Sostienen los intervinientes que la omisión de protección para los territorios indígenas y afrodescendientes no constituidos como zonas mineras, es inconstitucional porque desvirtúa la capacidad que tiene la autoidentificación para determinar la pertenencia a los pueblos y

comunidades susceptibles de todas las medidas de salvaguarda y garantía de la diversidad étnica y cultural.

Para los intervinientes en efecto hay una violación al principio de igualdad, a la autoidentificación¹⁰ como criterio de pertenencia de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, cuyo desconocimiento afecta el principio de diversidad étnica y cultural que conforma el Estado colombiano, de ahí la relevancia de las medidas de protección y garantía de estos individuos y sus territorios.

Plantean que condicionar la protección de los territorios ancestrales a lo que establece la ley respecto de las zonas mineras indígenas, de comunidad negra o mixta, lo cual implica el ejercicio necesario del derecho de prelación, desconoce el derecho a la autodeterminación de las minorías étnicas, dado que una norma de carácter legal que no es propia de su ordenación cosmológica, limita su capacidad para decidir si el modelo extractivo minero de desarrollo material y cultural se adapta a su cosmovisión.

Consideran que, tanto el Convenio 169 de la OIT, como la Declaración de los Pueblos Indígenas, respecto a la participación de esa población en la adopción de decisiones susceptibles de afectar sus derechos, consagran, en forma clara, la consulta con las comunidades como una condición del derecho a la autodeterminación, lo que, a juicio de los intervinientes, se traduce en la garantía del derecho a la consulta previa realizada de buena fe y ante las autoridades representativas de las comunidades para cada caso en concreto, esto, en razón a que todo programa económico y social que se desarrolle en sus territorios tiene la capacidad de afectar las condiciones objetivas y subjetivas por las cuales los pueblos indígenas se reconocen como tales, y la posibilidad de que tomen sus propias decisiones respecto a los modelos de desarrollo.

Por otra parte, en relación con lo dispuesto en el artículo 41 del Código de Minas, estiman que las autoridades indígenas y afrodescendientes deben ser facultadas para solicitar caución por los daños y perjuicios que pueden ser ocasionados por los trabajos mineros porque, de lo contrario, se afecta directamente el derecho a la autonomía étnica de los pueblos y comunidades y el derecho que tienen de autogobernarse, porque en virtud de los numerales 1º y 5º del artículo 330 de la Constitución Política se reconoce tal competencia a dichas comunidades en materias como el uso del suelo y la preservación de los recursos naturales.

En ese sentido, hacen referencia a un pronunciamiento del Consejo de Estado que estableció que las funciones que ejercen los gobernadores indígenas y miembros de los cabildos, son facultades de autoridad civil, política y administrativa dentro de los asuntos que competen a los territorios ancestrales. Es por ello que consideran que el artículo 41 del Código de Minas tiene una omisión al no considerar que esos pueblos y comunidades tienen un interés legítimo en su conservación y gobierno por sus propias autoridades.

Consideran, a continuación, que se configura el cargo por omisión legislativa relativa de los artículos 78 y 79 del Código de Minas por cuanto en lo que se refiere a los trabajos de exploración prescinde de la consulta previa o el consentimiento libre, previo e informado, según el caso, como un elemento esencial.

Según los intervinientes, la etapa de exploración de los proyectos mineros, en territorios afro e indígenas, debe estar precedida, según sea el caso, por la consulta previa o el consentimiento libre, previo e informado, atendiendo al principio de la participación en la gestión ambiental, toda vez que los trabajos de exploración minera se desarrollan de acuerdo a la guía minero ambiental de exploración que contempla cuatro fases, a saber: exploración geológica de superficie, exploración geológica del subsuelo, evaluación y modelo geológico y programa de trabajos y obras; es decir, que las labores de perforación y afectación del ecosistema en las actividades de limpieza del terreno son invasivas, afectan directamente los territorios de concesión minera y comportan estrategias de mitigación de los impactos negativos a nivel del medio ambiente.

La participación de las minorías étnicas tiene como punto de partida un necesario reconocimiento que debe hacerse de los conocimientos y saberes de las minorías étnicas en cuanto al manejo ambiental. Conforme al principio de diversidad étnica el manejo de los recursos naturales y del ambiente, entendido holísticamente, también debe estimar la vinculación de conocimientos ancestrales en su configuración. Estudios de antropología, biología, ecología y en general del medio ambiente, han encontrado que existe una rama del conocimiento que articula con la etno-ecología. Además estos pueblos y comunidades en su historia colectiva han desarrollado diferentes actividades tendientes a la preservación sostenible del medio ambiente que si bien difieren de la concepción occidental, deberían tenerse en cuenta, tal como se manifestó en el principio 22 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo.

El conocimiento ancestral debe integrarse a las prácticas encaminadas a la protección de los recursos naturales y es una obligación estatal garantizar el derecho a la consulta previa o el consentimiento libre, previo e informado, el cual tiene como fuente, además del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Río y la Agenda 21, los cuales no fueron tenidos en cuenta por los artículos 78 y 79 del Código de Minas

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Ministerio Público inicia su análisis, con una referencia a los artículos 1º y 2º de la Constitución, para señalar que allí se define a la República de Colombia como un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista y se precisa que dentro de los fines esenciales del Estado está el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten, en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Prosigue expresando que, en el contexto de participación, que es un elemento estructural de la Carta, se inscribe el Convenio 169 de la OIT, que establece una forma concreta de participación, como es la consulta previa que debe surtirse ante comunidades indígenas o afrocolombianas.

Indica la Vista Fiscal que una breve consideración de los deberes que se desprenden del Convenio 169 de la OIT, revela que la materia de consulta son las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a las comunidades étnicas de manera directa; que se deben establecer medios apropiados y adecuados para consultar a tales personas, a través de sus instituciones representativas, de manera tal que puedan participar en la adopción de

decisiones en instituciones electivas y en organismos administrativos o de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan; que se deben brindar medios, en especial recursos, para el desarrollo de las instituciones e iniciativas de dichas personas; y que la consulta debe hacerse de buena fe, con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

Precisa el Procurador que no obstante los requisitos de verificación para tener certeza sobre la realización de la consulta, señalados en las sentencias SU-039 de 1997, C-418 y C-891 de 2002 y T-737 de 2005, no sobra advertir que si bien existe la obligación de hacer consulta previa, ello no implica que la opinión de los pueblos consultados sea obligatoria para el Estado, pues éste es el competente para tomar la decisión final respecto de las medidas legislativas o administrativas a que haya lugar, como se precisa en las Sentencias C-897 de 2002 y C-620 de 2003.

Después de hacer un recuento sobre la caracterización que la jurisprudencia constitucional ha hecho del derecho a la consulta previa, el Ministerio Público expresa que, en este caso, los actores no se refieren a la falta de consulta de las normas legales demandadas, aspecto sobre el cual existe cosa juzgada absoluta, sino que aluden a una insuficiente protección de las comunidades indígenas y afro, lo cual les sirve de base para plantear un cargo de omisión legislativa relativa. Indica que su alusión a la consulta, que es puntual en temas de exploración en territorios habitados por estas comunidades que no hayan sido declarados zonas mineras, podría referirse a las medidas administrativas que autorizan dicha exploración. Concluye que una breve revisión de las normas demandadas revela que la consulta previa de las medidas administrativas aparece regulada en los artículos 35 y 122, pero que, sin embargo, de la circunstancia de que no se aluda a ella en otros artículos, no se sigue, ni puede seguirse, que no exista el deber de realizarla cuando se den los supuestos previstos en el Convenio 169 de la OIT.

Respecto al consentimiento informado de las comunidades en comento, manifiesta que es un requisito que debe cumplirse para adelantar proyectos de gran escala que generan un impacto significativo en las comunidades consultadas, circunstancia que, observa, fue estudiada por la Corte Constitucional en las Sentencias T-769 de 2009, T-1045 A de 2010 y T-129 de 2011.

A juicio del ente de control, para afirmar que las normas demandadas incurren en una omisión legislativa relativa, sería indispensable asumir que es necesario que ellas reiteren lo que ya está plasmado en el Convenio 169 de la OIT, con las precisiones jurisprudenciales antedichas. Sin embargo, para el Ministerio Público, esta necesidad es cuestionable, pues en todo caso la ley debe aplicarse e interpretarse de manera armónica con el ordenamiento superior, en este caso el referido convenio que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Añade que, la existencia de un vacío legal, que es aparente, no implica en este caso la existencia de un vacío normativo, pues hay normas superiores que son aplicables y que, por lo tanto, no hay lugar a solicitar una sentencia aditiva, que sería el resultado necesario de verificar una omisión legislativa relativa, sino que, por el contrario, lo que procede es solicitar una sentencia interpretativa que armonice el mandato legal con el mandato superior.

En cuanto al cargo relativo a la autonomía de las entidades territoriales, expresa que si bien las comunidades indígenas podrán conformarse como territorios indígenas, en los términos y con las competencias previstas en los artículos 329 y 330 Superiores, es evidente que en la actualidad tal circunstancia no ha acaecido, porque esta entidad territorial no ha sido conformada con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento territorial; no ha sido delimitada por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial; sus relaciones y su coordinación con otras entidades territoriales, de las que formen parte, no han sido definidas por la ley, como la Constitución lo exige.

Para el Ministerio Público, al no existir todavía entidades territoriales indígenas, no es posible sostener que las normas demandadas vulneran su autonomía y sus competencias, pues cuando se habla de “territorios indígenas”, para referirse a resguardos, hábitats o zonas, no se alude, en rigor, a una entidad territorial. Sostiene que la propia Constitución precisa, en su artículo 329, que la noción de resguardo no corresponde a una entidad territorial, sino a la propiedad colectiva y no enajenable de las comunidades.

Con base en las anteriores consideraciones, el Ministerio Público solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las expresiones demandadas de los artículos 11 y 122 de la Ley 685 de 2001, los artículos 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79 y 131 de la Ley 685 de 2001, y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, bajo el entendido de que de la mera circunstancia de que éstos no aludan a la consulta previa regulada en el Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, no se sigue, ni se puede seguir, que no exista el deber de realizar la consulta cuando se den los supuestos previstos en este convenio y en la jurisprudencia constitucional.

De otra parte, el Ministerio Público considera necesario solicitar a la Corte que exhorte de nuevo al Congreso y al Presidente de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, “materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación” y para que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 329 y 330 Superiores, se conformen las entidades territoriales indígenas.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en esta oportunidad.

2. Problema jurídico

En el asunto que se ha sometido a la consideración de la Corte, los actores estiman que la regulación que hace el legislador en el Código de Minas de ciertos aspectos de la industria minera como una actividad de utilidad pública e interés social en todos sus aspectos y etapas, no se ajusta de manera completa a las limitaciones establecidas en la Constitución, circunstancia que se evidencia en las disposiciones acusadas. La demanda tiene dos

componentes distintos: Por un lado, se orienta a mostrar que las disposiciones acusadas vulneran, y no simplemente limitan, los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y negras; por otro, pretende establecer que ciertas disposiciones del Código de Minas o de la legislación complementaria desconocen las prerrogativas constitucionales de las entidades territoriales en relación con los usos del suelo y la toma de decisiones que afectan a sus poblaciones y planes de desarrollo.

En ese contexto, solicitan a la Corte que declare la inconstitucionalidad de los artículos 11, inciso 3º; 35; 37; 41; 48; 59; 78; 79; 122, inciso 2º, y 131 de la Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones; y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en tanto vulneran lo previsto en los artículos 1º, 2º, 4º, 7º, 8º, 13, 40, 93, 286, 287, 288, 300 y 360 de la Carta Política. De manera subsidiaria, solicitan que las disposiciones acusadas se declaren exequibles bajo el entendido de que en la interpretación y aplicación de las mismas se debe cumplir el requisito de la consulta previa con las comunidades étnicas, y, cuando proceda, se debe obtener su consentimiento libre, previo e informado, y en el entendido, también, de que la consulta previa debe incluir la etapa de exploración minera en territorios de comunidades étnicas. La pretensión subsidiaria se orienta, así mismo, a obtener que se declare la exequibilidad condicionada de los artículos demandados que violan la autonomía de las entidades territoriales, de forma tal que en su interpretación y aplicación se respeten las prerrogativas de tales entidades sobre el uso del suelo y sobre sus planes de desarrollo económico y social.

Como cuestión previa, los demandantes expresan que frente a las normas ahora acusadas que han sido objeto de anterior pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada por cuanto las decisiones de la Corte han tenido alcance relativo. Así, afirman que hay cosa juzgada relativa respecto del artículo 11, inciso 3º, en la Sentencia C-891 de 2002; que el artículo 35 nunca ha sido demandado en su integridad, pues sólo sus literales a) y c) fueron declarados exequibles condicionadamente, mediante la Sentencia C-339 de 2002, y sus literales f) y h) también fueron declarados exequibles condicionadamente en la Sentencia C-891 de 2002; que el artículo 37 se declaró exequible en la Sentencia C-418 de 2002 solo por los cargos estudiados, y en la Sentencia C-891 de 2002, por verificarse que sí se cumplió con la exigencia de la consulta previa; que los artículos 48, 59 y 122 se declararon exequibles en la Sentencia C-891 de 2002 solo por los cargos estudiados. Para diferenciar los antiguos cargos de los que ahora se presentan los actores se refieren, específicamente, al cargo por desconocimiento del derecho de las comunidades étnicas a que, en ciertas hipótesis se obtenga su consentimiento previo, libre e informado, el cual, señalan, “es nuevo en la medida en que este concepto es reciente dentro del ordenamiento jurídico colombiano y supone una ampliación y un desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa que no existía previamente”.

Para la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en general, los cargos no están llamados a prosperar, no obstante admite que en relación con el artículo 35 de la Ley 685 de 2001 cabría una decisión de exequibilidad condicionada para señalar que, la protección que para las comunidades étnicas se desprende de los literales de esa disposición que han sido acusados, debe predicarse de todos sus territorios y no solo de los que hayan sido señalados y delimitados como zonas mineras.

Quien interviene por el Ministerio de Minas y Energía considera que la Corte debe declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda, o, en su defecto, declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, porque las acusaciones parten de una consideración aislada de las mismas, sin tener en cuenta, por un lado, el contexto del Código de Minas y la existencia en él de disposiciones expresas para la protección del derecho a la consulta y el respeto de los demás derechos de las comunidades étnicas y, por otro, la potestad de configuración que la jurisprudencia constitucional ha reconocido al legislador en los asuntos relacionados con la minería.

El Procurador General de la Nación, por su parte, solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las expresiones demandadas, bajo el entendido de que de la mera circunstancia de que éstas no aludan a la consulta previa, no se sigue, que no exista el deber de realizarla cuando se den los supuestos previstos en el Convenio 169 de la OIT y en la jurisprudencia constitucional. El Ministerio Público no hace en su concepto desarrollos en torno a los cargos por afectación de la autonomía de las entidades territoriales.

De este modo, estima la Corte que en esta oportunidad le corresponde establecer, i) si las normas demandadas incurren en una omisión legislativa relativa, en cuanto no incluyen una protección efectiva de los territorios habitados por indígenas y por comunidades afro, que no han sido declarados zonas mineras; ii) si desconocen el deber de realizar la consulta previa a tales personas, como requisito previo para explorar y explotar minas y adelantar obras que puedan tener impacto directo que comprometa su integridad; iii) si desconocen el derecho de esas comunidades a que, en ciertas hipótesis, se obtenga su consentimiento previo libre e informado, y, iv) si vulneran el principio de autonomía territorial, en cuanto no se respetan los principios de coordinación y concurrencia, que deben guiar las actuaciones de la administración pública.

Para resolver las anteriores cuestiones, la Corte, de manera previa, hará un análisis de cosa juzgada, presentará, luego, un recuento sobre la jurisprudencia constitucional sobre la omisión legislativa contraria a la Constitución, sobre el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas y sobre la dualidad entre el principio unitario y la autonomía de las entidades territoriales, para, sobre esas bases, abordar el estudio de los cargos propuestos.

3. Análisis de cosa juzgada

3.1. En la Sentencia C-891 de 2002, la Corte declaró la exequibilidad del inciso tercero del artículo 11 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esa sentencia, en el entendido de que sus reglas se aplican en armonía con las disposiciones vigentes sobre derecho ambiental y sobre protección de los grupos étnicos. En esa providencia la Corte analizó los cargos sustentados en la consideración según la cual la explotación de los materiales de construcción presentes en los territorios indígenas, en los términos del artículo demandado, se regiría íntegramente por el Código de Minas y sería competencia exclusiva de la autoridad minera, lo que excluiría la posibilidad de adelantar el proceso de consulta cuando se pretendan extraer dichos recursos de los territorios ancestrales.

En esta oportunidad, la demanda presentada contra el inciso 3º del artículo 11 de la Ley 685 de 2001, se orienta a establecer que del mismo se desprende una afectación de la autonomía

de las entidades territoriales. De este modo, como en relación con la disposición acusada existe cosa juzgada relativa y los cargos ahora presentados son distintos de los que fueron objeto de consideración en la Sentencia C-891 de 2002, cabe un nuevo pronunciamiento en sede de control abstracto de normas.

3.2. En la Sentencia C-339 de 2002, la Corte Constitucional declaró, por un lado, la inexecutableidad de la expresión “de acuerdo con dichas normas” contenida en el literal a) del artículo 35 de la ley 685 de 2001 y la executableidad del resto del literal a) del mismo artículo, siempre que se entienda que incluye las normas ambientales nacionales, regionales y municipales, en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial, y, por otro, declaró la executableidad del literal c) del artículo 35 de la ley 685 de 2001 siempre que se entienda que la expresión “autoridad competente” comprende, en sus respectivos ámbitos de competencia, además de la autoridad minera, a la autoridad ambiental y a las autoridades encargadas de cuidar el patrimonio arqueológico, histórico y cultural.

Por otro lado, en la Sentencia C-891 de 2002, la Corte resolvió declarar la executableidad, únicamente por los cargos analizados en esa sentencia, de la expresión “siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;” contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo, al efecto, resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia.

Observa la Corte que, como se afirma por los demandantes, el artículo 35 de la Ley 685 de 2001 no ha sido objeto, en su integridad, de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, la cual tampoco ha examinado un cargo por omisión legislativa en los términos del que ahora se plantea. Aunque en relación con los literales f y h del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, el previo pronunciamiento de la Corte comprende aspectos relacionados con la necesidad de adelantar la consulta previa, éstos tienen que ver con el ejercicio del derecho de preferencia allí previsto, pero no con la omisión que, en criterio de los demandantes, existe debido a que la norma no incluye la totalidad de los territorios étnicos como zonas de minería restringida.

De este modo, como quiera que sobre ese artículo existen solo pronunciamientos parciales y en relación con aspectos distintos de los que ahora son objeto de censura, existe cosa juzgada apenas relativa y cabe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

3.3. En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte declaró la executableidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esa sentencia, que tenían que ver, por un lado, con la omisión del deber de consulta a las comunidades étnicas, previa a la expedición de la ley, y, por otro, con la consideración según la cual el contenido de esa disposición impedía que las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas pudiesen establecer que sus territorios o parte de éstos fuesen excluidos de la actividad minera,

vulnerando el carácter pluricultural de la Nación colombiana y la autonomía de dichas autoridades. Estimó la Corte que, en cuanto hace a la consulta, se brindaron durante el trámite legislativo las oportunidades para la misma, y, frente a los cargos específicos contra el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, que esta disposición, interpretada en armonía con los preceptos constitucionales relacionados con la especial protección de que gozan los pueblos indígenas en tratándose de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios, así como con la protección al medio ambiente, y respetando la intervención de las autoridades que cuidan de estos intereses, no se oponía a la Constitución.

En esta oportunidad, el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 se demanda porque, en criterio de los actores, el mismo resulta contrario a la autonomía reglamentaria de las entidades territoriales y al principio de coordinación que debe presidir las relaciones entre éstas y la Nación. Dado que se trata de unos cargos distintos de aquellos que fueron objeto de consideración en la Sentencia C-891 de 2002, sobre la materia solo existe cosa juzgada relativa y cabe que en esta oportunidad la Corte emita un nuevo pronunciamiento en torno a las pretensiones de la demanda.

3.4. En la Sentencia C-891 de 2002 se declaró la exequibilidad de los artículos 48 y 59 de la Ley 685 de 2001, después de examinar dos cargos distintos que se habían presentado contra ellos, uno primero, general, referido a la omisión del deber de consulta en el trámite de la ley, y otro específico, relacionado con el hecho de que esos artículos vulneraban el derecho de consulta de los pueblos indígenas, así: el artículo 48, por cuanto “el concesionario de minas no requiere para adelantar sus trabajos sino de los requisitos, autorizaciones y permisos señalados expresamente en el Código de Minas, sin necesidad de consultar a los pueblos indígenas” y el artículo 59, ya que si las autoridades no solicitan “requisitos adicionales a los señalados en el Código Minero que condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento, éstas tendrían que proceder de forma sumaria, sin surtir el proceso de consulta de los pueblos indígenas cuando la concesión se adelante en sus territorios”.

3.5. En la Sentencia C-891 de 2002 se declaró la exequibilidad del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001, en relación con el cargo de que se había presentado una omisión del deber de consulta en el trámite de la ley.

Los demandantes en este proceso acusan específicamente el inciso 2º del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001, sobre la base de que no se contempla allí el deber de adelantar una consulta previa con las comunidades negras como requisito para la ejecución de labores de exploración y explotación minera en sus territorios. Como se trata de un cargo distinto de aquel que fue objeto de consideración en la Sentencia C-891, cabe que ahora la Corte Constitucional se pronuncie en relación con el mismo.

4. La omisión legislativa inconstitucional

En la Sentencia C-600 de 2011, la Corte Constitucional realizó una síntesis de la jurisprudencia constitucional en torno a la omisión legislativa, la cual se retoma en la presente oportunidad.

Se puso de presente en esa sentencia que la Corte ha dicho que el control de constitucionalidad que le corresponde ejercer puede recaer, no solo sobre la actuación

positiva del legislador al expedir una norma que por sí misma puede contrariar los preceptos superiores, sino también sobre aquellos casos en que la inactividad del legislador lesione igualmente principios, derechos o garantías constitucionales, puesto que la Carta Política le impone ciertos deberes en relación con la regulación de determinadas materias y cuando éste no cumple o no actúa, tal pasividad se traduce en una omisión.

Se puntualizó, así mismo, que no obstante que la Corte Constitucional ha señalado que el legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de una omisión, la misma jurisprudencia ha establecido que no toda omisión puede ser sometida a control constitucional y que, en particular, están excluidas de esa posibilidad las llamadas omisiones absolutas¹¹, que consisten en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable. Sobre el particular ha dicho la Corte que “[l]a acción pública de inconstitucionalidad, si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (...). Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.”¹²

Cuando la omisión legislativa es relativa, esto es, cuando el legislador regula una materia, pero no lo hace de manera integral, en tanto que “no cubre a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o porque deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de la materia”¹³, es posible que intervenga el juez constitucional para, por vía de una sentencia integradora, suprimir la consecuencia inconstitucional de la omisión del legislador.

Ha expresado la Corte que para la configuración de una omisión legislativa relativa “(...) se requiere que el legislador haya incumplido un deber expresamente impuesto por el Constituyente, pues como lo ha señalado esta Corporación, sin deber no puede haber omisión¹⁴. Se trata, entonces, de una regulación que deja por fuera “otros supuestos análogos”¹⁵ que debieron haber sido incluidos, a fin de que la misma armonizara con el texto superior; o que dicha condición jurídica, aun habiendo sido incluida, resulta insuficiente o incompleta frente a situaciones que también han debido integrarse a sus presupuestos fácticos.”¹⁶

En este sentido, la Corte, en reiterada jurisprudencia,¹⁷ ha identificado algunos criterios a partir de los cuales resulta procedente el examen de constitucionalidad de una posible omisión legislativa relativa. Así, en la Sentencia C-185 de 2002 se expresó:

“(...) para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de

acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.”¹⁸

Esta Corte también ha precisado que el control constitucional de la omisión procede en casos excepcionales, cuando (i) sea claro que la omisión produce un resultado contrario a la Constitución, de manera que sea posible que, (ii) el juez constitucional subsane el vacío aplicando directamente la Constitución. Sin embargo, este desarrollo jurisprudencial, en virtud del cual se permite que el juez constitucional intervenga frente a concretos contenidos normativos, que tienen la peculiaridad de su signo negativo, porque resultan precisamente de una omisión que conduce a un precepto implícito de sentido contrario a aquel que era constitucionalmente exigido en el caso¹⁹, no puede convertirse en un expediente para que el juez constitucional sustituya al legislador en la adopción de las decisiones que le corresponden, ni puede tomarse como omisión la ausencia completa de desarrollo legislativo, ni es de recibo, ni puede alentarse, la pretensión de que, ante tales déficits de regulación, se busque construir omisiones legislativas relativas, refiriendo el asunto a alguna disposición de algún modo relacionada con el mismo, para propiciar una definición de la materia por parte del juez constitucional, el cual asumiría, así, la labor que es propia del legislador.

5. El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa

En la Sentencia C-030 de 2008 la Corte señaló que, “[d]e acuerdo con la jurisprudencia constitucional²⁰, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70), y en el contexto de la definición de Colombia como una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (C.P. Art. 1), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.”

Destacó la Corte que “(...) esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, deber que es expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad.”

En ese contexto, la Corte Constitucional ha puntualizado que, en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus

territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos.

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte, en la referida sentencia, expresó que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura²¹ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.²²

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

Expresó la Corte que, a partir de la recopilación de las precisiones conceptuales ofrecidas por el derecho constitucional colombiano y el derecho internacional de los derechos humanos, en materia de protección de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas, en especial respecto de su relación con la tierra y los recursos naturales, era posible extraer las siguientes conclusiones:

29.1. El aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en el territorio en que se asientan las comunidades étnicas y afrodescendientes, es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos. Por ende, tanto las medidas legislativas como administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas

comunidades. Un ejemplo de las medidas legislativas de esta naturaleza es el Código de Minas, en tanto regulación general y sistemática acerca de la utilización de los recursos mineros en el país, lo que incluye los territorios ancestrales.

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

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

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

29.5. En los casos que debiéndose adelantar la consulta previa, esta es pretermitida, además de afectarse el derecho de las comunidades étnicas al reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, se pone en riesgo a estos pueblos respecto de sus demás derechos constitucionales. Ello en razón de los riesgos propios de la actividad minera, que suelen generar afectaciones concretas a los citados derechos, debido a la ausencia de participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia, como se ha indicado, refuerza la necesidad de llevar a cabo ese procedimiento de consulta, con el cumplimiento estricto de los requisitos explicados por la jurisprudencia constitucional.²³

Finalmente, cabe anotar que en el ámbito internacional se ha señalado que, en determinadas circunstancias, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e

indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o proyectos de inversión a gran escala que puedan tener un impacto significativo en el derecho al uso y al goce de sus territorios ancestrales. Tales hipótesis se presentan, siguiendo lo expresado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, así como pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trate de planes o proyectos que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, esto es, que den lugar a su reubicación permanente²⁴; cuando la ejecución de los planes o proyectos conduzca a privar a dichos pueblos y comunidades de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y otros recursos naturales necesarios para su subsistencia²⁵, o cuando se trate de depositar o almacenar materiales peligrosos en territorios de esas comunidades²⁶.

6. Estado unitario, autonomía territorial y distribución de competencias

En la Sentencia C-149 de 2010 la Corte Constitucional hizo un amplio recuento de su jurisprudencia en relación con la tensión entre los principios unitario y autonómico en la Constitución.

Señaló la Corte que, de acuerdo con la modalidad de estructuración territorial consagrada en la Constitución Política, el Estado colombiano se construye a partir del principio unitario, pero garantizando, al mismo tiempo, un ámbito de autonomía para sus entidades territoriales.²⁷ Agregó que, tal como se ha señalado de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional²⁸, dentro de ese esquema, y con sujeción a la estructura fijada directamente por la Constitución, la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales es algo que el ordenamiento superior ha confiado al legislador, para lo cual se le han establecido una serie de reglas mínimas orientadas a asegurar una articulación entre la protección debida a la autonomía territorial y el principio unitario, reglas que en ocasiones otorgan primacía al nivel central, al paso que en otras impulsan la gestión autónoma de las entidades territoriales.²⁹

Para la Corte, ese diseño constitucional implica la necesidad de armonizar los principios de unidad y de autonomía, que se encuentran en tensión, y, en la Sentencia C-579 de 2001, señaló que la naturaleza del Estado unitario presupone la centralización política, lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional³⁰. Precisó la Corporación que del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad. Agregó que, a su vez, al tenor de lo dispuesto en el artículo 287 superior, la autonomía debe entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, "... la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario."³¹ De todos modos, la

jurisprudencia constitucional ha remarcado que el principio de autonomía tiene unos contenidos mínimos que comportan para los entes territoriales la facultad de gestionar sus asuntos propios, es decir, aquellos que solo a ellos atañen.³² Para la Corte, “el núcleo esencial de la autonomía está constituido, en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses. En segundo lugar, encontramos, la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias. Debe protegerse el derecho de cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan.”³³

El equilibrio entre ambos principios se constituye a partir de unas definiciones constitucionales que establecen unos límites entre uno y otro, no disponibles por el legislador. De este modo, la Corte ha precisado que, “por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última.”³⁴

Sobre esta materia, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1258 de 2001, hizo unas precisiones en relación con el papel que le corresponde cumplir al legislador en la configuración de los ámbitos de la autonomía regional. Señaló la Corte en esa sentencia que la autonomía de los entes territoriales se desenvuelve dentro de unos límites mínimos y máximos y que el límite mínimo de la autonomía territorial, que se encuentra garantizado por la Constitución “...está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.”³⁵ En cuanto al límite máximo, expresó la Corte que el mismo tiene una frontera en aquel extremo que al ser superado rompe con la idea del Estado unitario.³⁶

En ese esquema, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador deberá tener en cuenta que el contenido esencial de la autonomía se centra en la posibilidad de gestionar los propios intereses (C.P. art 287), una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a actuar a través de órganos propios en la administración y el gobierno de los asuntos de interés regional o local. Tal derecho, contenido de manera expresa en el artículo 287 Superior, hace parte del núcleo esencial de la autonomía, indisponible por el legislador.

No obstante lo anterior, es claro que, para preservar el interés nacional y el principio unitario, corresponde al legislador establecer las condiciones básicas de la autonomía y definir, respetando el principio de subsidiariedad, las competencias del orden nacional que deberán desarrollarse conforme al principio de coordinación, que presupone unas reglas uniformes y una pautas de acción que, sin vaciar de contenido el ámbito de autonomía territorial, permitan una armonización de funciones.³⁷

En la Sentencia C-894 de 2003 la Corte expresó que la autonomía actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial, lo que significa que se debe realizar en la

mayor medida posible, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que justifiquen su limitación en cada caso concreto. De tal modo, puntualizó la Corte, lo que le está vedado al Congreso es sujetar por completo a las entidades que gozan de autonomía, a los imperativos y determinaciones adoptados desde el centro. Dentro de esa línea jurisprudencial se ha fijado el criterio conforme al cual las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior, y que la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional, el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional, según sea el caso. Para la Corte, ello equivale a decir que las limitaciones a la autonomía resultan constitucionalmente aceptables, cuando son razonables y proporcionadas.

Desde otra perspectiva, la Corte ha señalado que el núcleo esencial de la autonomía es indisponible por parte del Legislador y que su preservación es necesaria para el mantenimiento de la identidad misma de la Carta, dado que es expresión de dos principios constitucionales de la mayor significación, como son la consagración del municipio como la entidad fundamental del ordenamiento territorial y el ejercicio de las competencias asignadas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (CP arts 288 y 311).³⁸ Por esa razón, la jurisprudencia ha puntualizado que la Constitución ha establecido una garantía institucional para la autonomía de las entidades territoriales por virtud de la cual se fija en la materia un núcleo o reducto indisponible por parte del legislador.³⁹ Así, ha dicho la Corte, "... si bien la autonomía territorial puede estar regulada en cierto margen por la ley, que podrá establecer las condiciones básicas de la misma, en aras de salvaguardar el interés nacional y el principio unitario, la Constitución garantiza que el núcleo esencial de la autonomía será siempre respetado."⁴⁰

En la citada Sentencia C-149 de 2010, la Corte también se refirió al hecho de que, de acuerdo con el artículo 288 de la Constitución, las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales deberán ejercerse conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley. Para la Corte ello implica que, para los asuntos de interés meramente local o regional, deben preservarse las competencias de los órganos territoriales correspondientes, al paso que cuando se trascienda ese ámbito, corresponde a la ley regular la materia. Dijo la Corte:

El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad.

El principio de coordinación, a su vez, tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga

de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas.

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

Como se ha dicho, la distribución de competencias que se haga con base en los anteriores criterios tiene el alcance de una garantía institucional de la autonomía de las entidades territoriales, de manera que medidas legislativas que tengan un alcance restrictivo de esa autonomía deben responder a un principio de razón suficiente.

7. Análisis de los cargos

7.1. Cargos por omisión legislativa relativa

7.1.1. Frente a los cargos conforme a los cuales, en algunas de las disposiciones acusadas se advertiría la presencia de una omisión legislativa relativa, derivada del hecho de que no se contempla en ellas el deber de realizar (i) la consulta previa con las comunidades indígenas y afro descendientes, y, cuando proceda, (ii) la necesidad de obtener su consentimiento previo, libre e informado, cabe realizar una consideración general dirigida a concluir que las normas constitucionales que establecen deberes y derechos son de aplicación directa, razón por la cual, para el caso de dilucidación, no se requiere su incorporación en cada una de las leyes cuya ejecución pueda implicar algún tipo de afectación para las comunidades étnicas.

7.1.1.1. Sobre el particular la Corte Constitucional ha puntualizado que el hecho de que en una determinada disposición legal no se indique de manera expresa "... que las disposiciones constitucionales -incluyendo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 169 de la OIT- se deben respetar en tratándose de asuntos mineros y de explotación de recursos naturales yacientes en territorios indígenas, en nada contradice la Carta Política, toda vez que la prevalencia del ordenamiento superior no requiere del reconocimiento legal expreso."⁴¹

Agregó la Corte que "[l]o contrario conduciría al absurdo de sostener que en cada norma de rango legal debe incorporarse expresamente el artículo 4 de la Carta Política, según el cual en caso de incompatibilidad entre esta última y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, también llamado principio de eficacia directa de la Constitución"⁴² y señaló que una exigencia de esa naturaleza, no sólo sería contraria a la lógica jurídica sino a los más elementales principios de técnica legislativa.⁴³

En la Sentencia C-418 de 2002, la Corte se pronunció sobre una demanda en la que se había planteado la necesidad de determinar si la norma entonces acusada, en cuanto solo preveía que "... la delimitación y demarcación de las zonas mineras indígenas en relación con un determinado territorio indígena compete a la autoridad minera, sin que explícitamente se haya incluido para ese efecto mención acerca de la necesaria participación - como si se hace en el mismo artículo 122 respecto de los proyectos concretos de exploración y explotación de los recursos- transgrede las reglas contenidas en los Artículos 1, sobre la condición de pluralista del Estado Colombiano, 79, acerca del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y de la garantía legal de participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo y 330, sobre la protección a los territorios indígenas que incluye el mandato de que la explotación de los recursos naturales ha de hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de la obligación del Gobierno de propiciar la participación de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación."

En esa oportunidad, la Corte, después de establecer que, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, con disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y con la jurisprudencia de la Corte, era claro que en el caso concreto existía un deber de consulta a las comunidades indígenas, se planteó el interrogante sobre si dicha garantía debía preverse de manera expresa en el texto de la norma acusada y sobre si su ausencia configuraba una omisión legislativa relativa por tratarse de un ingrediente que de acuerdo con la Constitución sería exigencia esencial para armonizar con la norma superior.

Concluyó, en principio, la Corte, que lo primero que debía advertirse era que el texto de la norma acusada y la parte supuestamente omitida no configuraban una disposición que prohibiese la consulta o que hiciese nugatoria la garantía constitucional prevista en favor de las comunidades indígenas. De este modo, para la Corte, no existía en la hipótesis propuesta un contenido normativo implícito que pudiese ser objeto de reproche mediante el análisis de control constitucional, tal como sucede con las denominadas omisiones legislativas relativas. Agregó la Corporación que también era preciso tener en cuenta que en relación con la norma acusada no cabían interpretaciones diversas, pues la misma se limitaba a asignar una competencia a la autoridad minera, y que, en ese contexto, podría afirmarse que en la medida en que el mandato del párrafo del Artículo 330 de la Constitución tiene como destinatario directo al Gobierno quien "propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades" será éste quien en cada caso, en armonía con los procedimientos previstos en la ley, deberá poner en marcha los mecanismos de efectiva consulta.

No obstante lo anterior, la Corte en esa sentencia, encontró que, dadas las circunstancias del caso concreto, en la medida en que una interpretación del conjunto del título XIV de la Ley 685 y del inciso acusado del Artículo 122, en armonía con el inciso segundo de esa misma disposición, podría llevar a que se entienda la norma acusada en el sentido de que para los solos efectos de la delimitación y señalamiento de las "zonas mineras indígenas" no sería necesaria la consulta, resultaba necesario incorporar a ella los valores constitucionales que configuran la garantía de consulta a los grupos indígenas. Por tal motivo la Corte resolvió declarar la exequibilidad del inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001, bajo el

entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se debería dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

7.1.1.2. Como se puso de presente en el acápite respectivo de esta providencia, la jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa ha puntualizado que, en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto, de manera particular, en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio 169 de la OIT, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para permitir su subsistencia como grupos humanos.

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte, en la sentencia, que se viene comentando expresó que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁴⁴ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a su importancia política, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.⁴⁵

Específicamente, en el tema minero, la Corte ha expresado que el aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en el territorio en que se asientan las comunidades étnicas, es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos y que, por consiguiente, las medidas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas comunidades. Ha señalado la Corte que ese deber de participación resulta particularmente intenso cuando se trata de medidas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubican las comunidades diferenciadas, debido a que “(i) existe un mandato constitucional particular a ese respecto, contenido en el parágrafo del artículo 330 C.P.; (ii) el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT prevé un mandato particular en el mismo sentido, que impone el deber al Estado de consultar a las comunidades toda medida relacionada con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, lo que incluye los recursos mineros; (iii) tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la de tribunales internacionales de derechos humanos, coinciden en que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas.”

En cuanto a la manera como debe surtirse la consulta, la Corte ha señalado que la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto de las medidas relacionadas con el aprovechamiento de recursos mineros ubicados en sus territorios, debe ser compatible con las condiciones propias de su identidad diferenciada y que, por tal razón esa participación no puede acreditarse de cualquier modo, sino que debe ajustarse a los

requerimientos propios de la consulta previa, en los términos de la jurisprudencia constitucional, los cuales están orientados a permitir que la participación de dichos pueblos étnicos se adelante bajo condiciones de buena fe, información suficiente a las comunidades afectadas, adecuación cultural y oportunidad.

7.1.1.3. De este modo se tiene que la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes para la realización de cualquier tipo de proyectos, y en particular los de carácter minero, que puedan afectarlas directamente, constituye un derecho constitucional para cuya exigibilidad no se requiere un previo desarrollo legislativo. Una consideración sistemática de la Ley 685 de 2001, en el marco de la jurisprudencia constitucional, lleva a la conclusión de que, siempre que en ejercicio de la actividad minera se plantee la posibilidad de que se produzca una afectación directa de las comunidades indígenas o afrodescendientes, debe realizarse la consulta previa, con los alcances, las condiciones y las consecuencias que se han señalado en la jurisprudencia constitucional, sin que para el efecto sea necesario que, en relación con cada uno de los aspectos que se regulan en el Código de Minas o en la legislación complementaria, que pueda tener algún impacto sobre tales comunidades, deba contemplarse de manera expresa esa obligación.

Encuentra la Corte que, no obstante que, como se sostiene por los propios demandantes, sería deseable que, en algunos casos puntuales, el legislador avance en la delimitación de los elementos constitutivos de la consulta y de la manera de llevarla cabo, la ausencia de tales desarrollos legislativos no puede tenerse como una omisión legislativa relativa, susceptible de ser subsanada por el juez constitucional, entre otras razones, porque éste no podría hacer cosa distinta que afirmar la existencia del deber, reiterándola para el caso concreto, pero sin que le corresponda avanzar en la precisión de las particularidades propias de cada situación, lo que es cometido propio del legislador. En ausencia de ese marco general definido por el legislador, el juez constitucional, en la consideración de los casos concretos, ha ido perfilando la institución de la consulta, a la luz de los requerimientos puntuales de cada una de las situaciones sometidas a su consideración, pero sin que quepa que lo haga con alcance general.

7.1.1.4. La Corte insiste, sin embargo, como ya lo ha hecho en otras oportunidades, en señalar la necesidad de que el legislador regule el tema de la consulta previa con las comunidades étnicas, para precisar sus características, las circunstancias en las que debe producirse, los procedimientos a emplear, los efectos y otros elementos relevantes que hoy por hoy se rigen por pautas jurisprudenciales,⁴⁶ como la definición de las situaciones en las que solo basta la consulta en los términos que la jurisprudencia ha señalado en los que se destaca la importancia de las preconsultas y demás etapas previas de preparación y de cuando es indispensable que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado.

7.1.2. Cargos específicos contra el Artículo 35 de la Ley 685 de 2001.

La norma acusada es del siguiente tenor:

Ley 685 de 2001

Artículo 35. Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se

expresan a continuación:

a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas;

b) En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores;

c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente;

d) En las playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por la autoridad competente, si esta autoridad, bajo ciertas condiciones técnicas y operativas, que ella misma señale, permite previamente que tales actividades se realicen en dichos trayectos;

e) En las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público siempre y cuando:

i. Cuente con el permiso previo de la persona a cuyo cargo estén el uso y gestión de la obra o servicio;

ii. que las normas aplicables a la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera por ejecutarse y

iii. que el ejercicio de la minería en tales áreas no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio.

f) En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;

h) En las zonas constituidas como zonas mineras mixtas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código.

Una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente

Para los demandantes el artículo 35 transcrito omite incluir dentro de la categoría de "zonas de minería restringida" aquellas áreas de los resguardos indígenas y de los territorios colectivos de las comunidades negras que no se han constituido como zonas mineras. Esa

omisión, en criterio de los demandantes, implica que se deja de proteger de manera injustificada los derechos de las comunidades étnicas, en la medida en que no tiene en cuenta la obligación de realizar la consulta previa y de obtener su consentimiento libre, previo e informado, en los casos en los que resulte necesario, antes de adelantar proyectos mineros en sus territorios.

Al margen de la consideración general sobre la ausencia de un imperativo para incluir el derecho a la consulta en cada uno de los cuerpos normativos cuya aplicación pueda ser susceptible de afectar a las comunidades étnicas y de los específicos pronunciamientos de la Corte sobre el derecho a la consulta previa específicamente en el ámbito de la actividad minera, cabe señalar que la omisión que se aprecia por lo demandantes no es predicable de la disposición demandada. En efecto, para los demandantes la omisión surge del hecho de que al no contemplar como zona de minería restringida la totalidad del territorio, se estarían desconociendo los derechos a la consulta y a que, en determinados contextos, se obtenga el consentimiento previo de las comunidades.

Sin embargo el alcance del artículo acusado no se relaciona con la consulta, la cual, como se ha dicho, resulta imperativa siempre que se contemple una intervención que implique afectación para las comunidades étnicas, sino que se orienta a establecer la exclusión de la actividad minera en aquellas zonas que, habiendo sido declaradas como zonas mineras indígenas o de comunidades afrocolombianas, sean objeto del derecho de preferencia por las comunidades étnicas.

Se trata de la regulación especial de un determinado fenómeno jurídico, pero no una previsión general sobre la protección del derecho a la consulta previa reconocido a las comunidades étnicas frente a cualquier intervención en sus territorios que sea susceptible de afectarlas directamente. Así, en el artículo 36 de la Ley 685 de 2001 se establece que el efecto de la restricción consiste en que, en los contratos de concesión, se entenderán excluidas o restringidas de pleno derecho, las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, de conformidad con los artículos anteriores, está prohibida la actividad minera. Esta exclusión o restricción no requerirá ser declarada por autoridad alguna, ni de mención expresa en los actos y contratos, ni de renuncia del proponente o concesionario a las mencionadas zonas y terrenos.

Así, al paso que la disposición acusada se orienta a establecer las condiciones en las cuales queda excluida la actividad minera de las zonas mineras de comunidades étnicas cuando dichas comunidades ejerzan su derecho de preferencia, la pretensión de los demandantes se orienta a incorporar en esa disposición un contenido normativo distinto, relacionado con el derecho general de consulta cuando quiera que se trate de adelantar actividades mineras en territorios de comunidades étnicas, cuya aplicación resulta imperativa por mandato constitucional y que no es objeto de regulación en este artículo.

Por las anteriores consideraciones, el cargo no prospera.

7.1.3. Cargos contra el artículo 41 de la Ley 685 de 2001, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 41. Caución. El titular minero y los propietarios, poseedores o tenedores de los predios donde se realicen labores de prospección, podrán pedir por medio del alcalde que

quien lleve a cabo las aludidas tareas de prospección constituya caución para asegurar los daños y perjuicios que les pueda ocasionar. Esta caución será fijada con base en las reglas y criterios del Capítulo XVIII de este Código y teniendo en cuenta la temporalidad e índole de los trabajos correspondientes.

Para los demandantes, teniendo en cuenta que el artículo 286 de la Constitución dispone que los territorios indígenas son entidades territoriales y el artículo 330 otorga a las comunidades la posibilidad de conformar sus propios gobiernos y estar gobernadas por sus propias normas, lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 685 de 2001 resulta contrario a la Constitución, puesto que vacía de competencia a las entidades territoriales indígenas y de las comunidades negras al otorgarle al alcalde, y no a las autoridades de las comunidades étnicas, la posibilidad de solicitar la caución. Expresan que en el caso de la prospección en los territorios indígenas, la máxima autoridad administrativa no es el alcalde municipal, sino los consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de las comunidades, tal como lo preceptúa el artículo 330 de la Constitución y que lo mismo puede decirse con respecto a las autoridades de las tierras comunitarias de los afrocolombianos.

7.1.3.1. En este aspecto es necesario precisar que, no obstante que la Constitución contempla a los territorios indígenas como entidades territoriales su creación se defiere a la ley. Así, si bien, la Constitución, en su artículo 286, expresó que los territorios indígenas son entidades territoriales, que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, el mismo ordenamiento superior prevé que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial y que su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.⁴⁷

Por otro lado, la Corte ha destacado que la Constitución, en sus artículos 329 y 330, señala que los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable y que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que en el párrafo del artículo 330 se dispone que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia T-282 de 2011 expresó que el derecho fundamental de los pueblos indígenas al territorio colectivo (o a la propiedad colectiva del territorio), encuentra fundamento en la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT. Expresó la Corte que la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado el carácter fundamental del derecho al territorio colectivo en estos términos:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso¹, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio

de las comunidades indígenas.

En la Sentencia T-973 de 2009, la Corte Constitucional señaló, por otra parte, que, al no haberse conformado los resguardos indígenas como entidades territoriales indígenas, no son personas jurídicas de derecho público, requiriendo por ésta circunstancia, y para efectos fiscales, la intermediación de los municipios en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones, a menos que la ley de ordenamiento territorial aún no expedida, defina otra cosa.

Sobre este particular, en la Sentencia C-921 de 2007 la Corte expresó que, “(...) en la Constitución Política se alude a los resguardos indígenas como a una realidad actual y vigente⁴⁹, otorgándoles la debida protección en cuanto a sus derechos fundamentales, los cuales no se han constituido en entidades territoriales indígenas, por cuanto la misma Carta supeditó su existencia a la expedición de la respectiva ley orgánica de ordenamiento territorial⁵⁰”.

En esa sentencia se indicó, también, que en relación con la asignación de recursos a los grupos y comunidades indígenas, a fin de hacer efectivos sus derechos fundamentales, cabe recordar lo dispuesto por el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que además de consagrar de manera expresa, que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, del conjunto de sus normas se desprende el deber del Estado de garantizar la disponibilidad de recursos suficientes y la toma de medidas y actuaciones para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, interpretación que ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹.

De otra parte, señaló la Corte que la competencia asignada al Gobierno en el artículo 56 transitorio de la Constitución ha sido ejercida por el ejecutivo, al expedir el Decreto 1088 de 1993, mediante el cual se reguló la creación de asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y al expedir el Decreto 2164 de 1995, por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional.

Puntualizó la Corporación que, si bien las comunidades y grupos indígenas son titulares de derechos fundamentales, y se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, al no haberse conformado los resguardos indígenas como entidades territoriales indígenas no son personas jurídicas de derecho público, requiriendo por ésta circunstancia, y para efectos fiscales, la intermediación de los municipios en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones.

Cabe recordar, que si bien no existe un mecanismo fiscal que permita el giro directo de recursos del Sistema General de Participaciones a los resguardos indígenas, requiriéndose para ello la intermediación de los municipios, ello no significa que los resguardos indígenas pierdan el derecho a preservar su identidad étnica y cultural y por ende su autonomía, así como el derecho de participación en los asuntos que les conciernen.

En ese contexto, es preciso observar que en la medida en que la ley orgánica de ordenamiento territorial no ha sido expedida y que, por consiguiente, no han tomado forma las entidades territoriales indígenas, no se han adoptado provisiones en torno a su inserción dentro de la estructura territorial del Estado, ni sobre la necesaria articulación de competencias con las demás entidades territoriales. Sin ese marco normativo y sin los desarrollos que, de acuerdo con la Constitución deben seguirse del mismo, no es posible asimilar las distintas modalidades de ocupación del territorio que, con o sin expresión formal, tienen las comunidades indígenas, con entidades territoriales. En la misma línea cabe señalar que si bien la Constitución reconoce el derecho de las comunidades afro descendientes a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan, éstas no tienen la condición de entidades territoriales.

7.1.3.2. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁵², a la luz de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 685 de 2001, y en consonancia con lo establecido en el artículo 330 de la Constitución y en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, las labores de prospección que se adelanten en resguardos indígenas, independientemente de que se hayan declarado como zonas mineras indígenas o no, están sujetas al derecho a la consulta previa, proceso dentro del cual cabe la decisión sobre eventuales cauciones.

7.1.3.3. Finalmente, observa la Corte que tanto las comunidades indígenas como las comunidades afrodescendientes, son las titulares de los predios sobre los cuales se realizarían las eventuales labores de prospección y que, como tales, están habilitadas para solicitar las cauciones, a través de la respectiva autoridad municipal. De este modo la previsión del artículo demandado, responde, tal como se expresa por las autoridades públicas intervinientes, al principio de imparcialidad, porque busca que frente a un asunto de interés público como es el aprovechamiento de los recursos mineros, que puede implicar, sin embargo afectación de las comunidades, exista una mediación de la autoridad municipal. Así, las autoridades étnicas, en cuanto voceras de los titulares del dominio sobre los territorios, están habilitadas para solicitar que quien lleve a cabo las aludidas tareas de prospección constituya caución para asegurar los daños y perjuicios que les pueda ocasionar, pero deben hacerlo por intermedio de la Alcaldía Municipal, que representa el interés general.

7.1.3.4. De este modo, la disposición acusada no desconoce el derecho de las comunidades étnicas a actuar en la defensa de sus propios intereses, en la medida en que las habilita para solicitar la caución allí prevista y la mediación de la autoridad municipal es expresión de la potestad de configuración del legislador en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses en juego, el propio de las comunidades que pueden resultar afectadas y el general, presente en la actividad minera, que el legislador ha declarado de interés público.

7.1.4. Cargos dirigidos contra los artículos 78 y 79 de la Ley 685 de 2001.

Artículo 78. Trabajos de exploración. Los estudios, trabajos y obras a que está obligado el concesionario durante el período de exploración por métodos de subsuelo, son los necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad

económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras.

Artículo 79. Técnicas y especificaciones aplicables. Los estudios, trabajos y obras propios de la exploración se ejecutarán con estricta aplicación de los criterios y reglas de orden técnico, propios de las ciencias y prácticas de la geología y la ingeniería de minas, así como con las normas y guías adoptadas por el Gobierno.

En criterio de los demandantes, los artículos 78 y 79 de la Ley 685 de 2001, al regular lo atinente a la exploración de recursos naturales, omitieron sujetar los estudios, trabajos y obras de exploración a los requisitos del derecho de consulta previa y a la obtención del consentimiento libre, previo e informado en los casos en los que éste resulte necesario. Añaden que las normas acusadas omiten un ingrediente que se desprende del artículo 330 de la Constitución y que resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta, puesto que si bien ese texto Superior únicamente alude a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, tanto en el desarrollo jurisprudencial constitucional en materia de consulta previa y consentimiento previo, libre e informado, como los contenidos del bloque de constitucionalidad, señalan la obligación de adelantar la consulta previa con ocasión de medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades, lo cual implica que esa consulta, incluida la obtención del consentimiento libre, previo e informado cuando sea procedente, se predica, tanto de la etapa de explotación, como de la fase de exploración minera.

Observa la Corte que estos artículos regulan la manera como los concesionarios de minas deben adelantar las actividades propias de la fase de exploración. Tal como se expresa por los propios demandantes, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, del artículo 330 de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT, se desprende la obligación de la consulta en todos los eventos en los que exista una afectación directa de las comunidades, sin que la efectividad de ese derecho dependa de que, en cada caso, el legislador lo establezca de manera expresa. Y de la jurisprudencia constitucional se desprende, así mismo, que ese deber de consulta se predica también de las actividades de exploración, en la medida en que las mismas son susceptibles de afectar a las comunidades. Así, en la Sentencia T-769 de 2009, la Corte expresó que tanto la exploración, como la explotación de los recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de dichas comunidades, integridad que, como se ha visto antes, configura un derecho fundamental para ellas, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. En esa sentencia, la Corte dispuso suspender las actividades de exploración y explotación que se estuviesen adelantando en desarrollo de un contrato de concesión para la exploración y explotación de unos minerales, hasta tanto no cumplierse en debida forma el proceso de consulta previa con todas las comunidades que pudiesen resultar afectadas en el desarrollo del proyecto. En la Sentencia T-129 de 2011, a partir de la misma premisa, la Corte dispuso suspender todas las actividades de prospección, exploración o similares en materia minera que se estuviesen llevando a cabo en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas en cuyo beneficio se interpuso la tutela, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado.

Por otro lado cabe señalar que las disposiciones acusadas aluden a los estudios técnicos que deben adelantar los concesionarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras, así como a las técnicas y especificaciones aplicables a dichas actividades. Dichos estudios y actividades a cargo de los concesionarios son distintos de las responsabilidades que les corresponden a las autoridades competentes en materia de consulta previa con las comunidades étnicas que puedan resultar afectadas por los proyectos de prospección y de exploración minera, las cuales, como se ha dicho, tienen su fuente directamente en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT. De este modo, si bien es cierto que, como se ha dicho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las labores de exploración minera están sujetas a las previsiones sobre consulta previa, las disposiciones demandadas regulan un aspecto distinto, relativo a las actividades de los concesionarios y de las mismas no es posible derivar una regla implícita que excluya o proscriba ese deber de consulta a cargo de las autoridades competentes, razón por la cual no cabe predicar la existencia de la omisión legislativa que creen advertir los demandantes.

7.2. Cargos contra los artículos 122, inciso 2, y 131 de la Ley 685 de 2001 y 76 de la Ley 99 de 1993

Los demandantes consideran que los artículos 122, inciso 2º, y 131 de la Ley 685 de 2001 y 76 de la Ley 99 de 1993, infringen de manera directa diversos artículos constitucionales, por no establecer (i) la consulta previa y (ii) el consentimiento libre, previo e informado como requisitos obligatorios para la realización de proyectos mineros que tengan gran impacto sobre las comunidades y su territorio.

7.2.1. Cargos contra los artículos 122, inciso 2º, y 131 de la Ley 685 de 2001, cuyo texto se transcribe a continuación:

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

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

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

concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados.

Según los demandantes los artículos 122, inciso 2º, y 131 de la Ley 685 de 2001, se deben declarar inconstitucionales o, subsidiariamente, constitucionales de manera condicionada en tanto violan los artículos 1, 2, 7, 8, 13, 93 y 330 de la Constitución Política.

Expresan, en primer lugar, que las disposiciones acusadas son contrarias a los referidos artículos constitucionales porque no contemplan la consulta previa como requisito para las labores de exploración y explotación minera por parte de terceros en las zonas mineras de comunidades negras.

Añaden que también se viola el principio de igualdad, puesto que al paso que, en relación con las comunidades indígenas, en el artículo 122 se establece un derecho de consulta, no ocurre lo propio con la regulación atinente a las comunidades negras, contenida en el artículo 131.

En segundo lugar, los demandantes manifiestan que las disposiciones acusadas desconocen el derecho, de reciente desarrollo jurisprudencial, a que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y negras, cuando éste sea procedente.

Estima la Corte que los anteriores cargos no están llamados a prosperar, por las siguientes razones.

En relación con el artículo 122, cabe señalar que en el inciso acusado, de manera expresa se establece la obligación de que toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas, mandato que claramente se inscribe dentro de las previsiones constitucionales sobre la consulta previa, sin que el hecho de que en la disposición acusada no se aluda a determinados componentes, que de conformidad con el ordenamiento superior, hacen parte de ese instituto, como la necesidad de que, en ciertas hipótesis, se obtenga el consentimiento previo de las comunidades, constituya una omisión legislativa contraria a la Constitución.

Por su parte, en el artículo 31 se regula un supuesto fáctico conforme al cual, por solicitud de las comunidades negras, dentro de los terrenos baldíos ribereños, adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria⁵³ como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, la autoridad minera podrá establecer zonas mineras especiales, y establecerá la extensión y linderos de dichas zonas. Dentro de estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados.

Es claro que se trata de un trámite a iniciativa de las propias comunidades y, por consiguiente, mal puede decirse que el mismo resulte contrario al derecho de consulta previa, el cual por otra parte, como imperativo constitucional, se predica de todas aquellas situaciones en las cuales personas ajenas a las comunidades pretendan adelantar actividades mineras en sus territorios.

7.2.2. Cargos contra el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, que se transcribe a continuación:

LEY 99 DE 1993

Para los demandantes, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 debe ser declarado inexecutable, porque no obliga a consultar previamente a las comunidades étnicas las tareas mineras en la etapa de exploración. En su criterio, "(...) es importante que dichas obligaciones sean reconocidas de manera explícita en la norma demandada con el fin de hacer más efectiva la protección de los derechos fundamentales de las minorías étnicas."

No obstante que la Corte comparte la preocupación de los demandantes, desde el punto de vista de la técnica del control de constitucionalidad, ella no se traduce en la existencia de una omisión legislativa inconstitucional que sea predicable de la disposición acusada y que habilite la intervención de la Corte. Como se ha dicho, la jurisprudencia ha sido explícita en señalar que la consulta previa procede siempre que haya una afectación directa de las comunidades étnicas y ha identificado la etapa exploratoria en proyectos mineros como una de tales hipótesis. En ese contexto, no es posible concluir que la disposición demandada implique restringir el ámbito de la consulta o excluir del mismo las labores de exploración, entre otras consideraciones, porque emplea la misma terminología del artículo 330 de la Constitución, del cual, no obstante que se refiere únicamente a la explotación de los recursos naturales, se predica que cubre también las labores de exploración, que son parte integral de dicho proceso.

De este modo, reitera la Corte que, aunque es necesario que el legislador regule, en general el derecho de consulta previa y que incluya en dicha regulación las previsiones específicas, según los ámbitos en los que deba desenvolverse la consulta, a fin de que se fijen pautas claras y predeterminadas para las distintas etapas que la misma comprende, así como para los procedimientos a emplear, los tiempos en que debe realizarse el proceso, o las consecuencias que se atribuyan a las distintas decisiones, no cabe que dichos desarrollos se hagan de manera general por la Corte sino que deben impulsarse por los órganos de configuración política, sin perjuicio de que, ante la inactividad de éstos, en la consideración de los casos concretos, la Corte adopte las medidas que sean necesarias para la protección del derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa.

7.3. Cargos por vulneración de la autonomía de las entidades territoriales

Para el desarrollo de los cargos de esta sección, los demandantes presentan, de manera previa, un conjunto de consideraciones sobre la potestad reglamentaria de departamentos y municipios y hacen alusión particular a la autonomía de las entidades territoriales en función de los principios de coordinación y de concurrencia.

En este acápite, los demandantes hacen un desarrollo separado de los cargos, contra los artículos 11, inciso 3º y 37 de la Ley 685 de 2001, por un lado, y, por otro, de los presentados contra los artículos 48 y 59 de la misma ley. A continuación se transcribe el texto de las aludidas disposiciones:

LEY 685 DE 2001

Artículo 11. Materiales de construcción. Para todos los efectos legales se consideran materiales de construcción, los productos pétreos explotados en minas y canteras usados, generalmente, en la industria de la construcción como agregados en la fabricación de piezas de concreto, morteros, pavimentos, obras de tierra y otros productos similares. También, para los mismos efectos, son materiales de construcción, los materiales de arrastre tales como arenas, gravas y las piedras yacentes en el cauce y orillas de las corrientes de agua, vegas de inundación y otros terrenos aluviales.

Los materiales antes mencionados, se denominan materiales de construcción aunque, una vez explotados, no se destinen a esta industria.

El otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por este Código y son de la competencia exclusiva de la autoridad minera

Artículo 37. Prohibición legal. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.

Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.

Expresan los demandantes que los artículos 11, inciso 3º, y 37 de la Ley 685 de 2001, atentan con el principio de coordinación en tanto no permiten a las entidades territoriales participar en la determinación de los lugares donde se pueden realizar actividades mineras cuando se trata de zonas rurales y de expansión, pues a pesar de que son las encargadas de regular los usos del suelo tal competencia se ve vaciada por el legislador al dar total y exclusiva primacía a la autoridad minera para determinar el uso del suelo dondequiera que se vayan a realizar las actividades de minería. Para los demandantes en el desarrollo adecuado de la actividad minera lo que procedería es el ejercicio simultáneo y en armonía de la Nación y los entes territoriales.

Así mismo, los accionantes consideran que estos artículos violan el principio de concurrencia, en la medida en que las entidades territoriales, por expresa disposición constitucional, tienen la facultad de regular determinados asuntos, tales como los usos del suelo, la planeación y el desarrollo económico, y la construcción de obras públicas, entre otras. Añaden que, el legislador, al regular la actividad minera, ha impedido a las entidades territoriales exigir licencias, permisos o autorizaciones distintas a las relacionadas en la Ley 685 de 2001, y les prohíbe intervenir en los procesos de autorización de exploraciones y explotaciones de los materiales de construcción. Consideran que lo anterior atenta contra su potestad de regular los usos del suelo, así como de decidir de forma autónoma cuáles son los planes de desarrollo social y económico más adecuados para sus poblaciones.

Para el examen de la constitucionalidad de esta norma es preciso tener en cuenta que el inciso 3º del artículo 11 de la Ley 685 de 2001 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-891 de 2002, "en el entendido de que sus reglas se aplican en armonía con las disposiciones vigentes sobre derecho ambiental y sobre

protección de los grupos étnicos” y que en la Sentencia C-339 de 2002, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del Literal a) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001 “siempre que se entienda que incluye las normas ambientales nacionales, regionales y municipales, en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial”.

Antes de entrar al análisis puntual de los cargos, considera del caso la Corte recordar que la Constitución concede particular importancia al tema de la explotación de los recursos naturales no renovables, cuya propiedad atribuye de manera expresa al Estado.⁵⁴ Así, la intervención que, por mandato de la ley, debe realizar el Estado en distintos ámbitos, entre ellos el que tiene que ver con la explotación de los recursos naturales, tiene como objetivo racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.⁵⁵ Precisa la Constitución que dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho y que, en cualquier caso, el gasto público social será prioritario.⁵⁶ Dicho de otro modo, la Constitución confiere particular significación al tema de la explotación de los recursos naturales en el logro de los fines propios del Estado y, en ese contexto, le confía al legislador la responsabilidad de fijar el marco de la intervención estatal.

Así, de manera especial, en el artículo 360, la Constitución reitera que la ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables y dispone que la explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. A su vez, en el artículo 361 de la Carta se establece que los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

En consonancia con esos postulados constitucionales, en la Ley 685 de 2001 se declara como de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases.⁵⁷ Así mismo, en el artículo primero de esa ley, se expresa que dicha actividad tiene como objetivos de interés público fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.

En ese contexto, en los artículos 3º y 4º del Código de Minas, se dispone que en dicho cuerpo normativo se desarrollan los mandatos constitucionales en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente; que los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala

expresamente el Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados,⁵⁸ y que igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en ese Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres. Se señala, así mismo, que, de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Observa la Corte que las disposiciones demandadas constituyen especificación de los anteriores mandatos generales y que se inscriben dentro del propósito manifiesto de la ley de establecer un estatuto uniforme, para todo el país, en materia minera, propósito dentro del cual se encuentra la idea de excluir la dispersión que en materia, tanto normativa como administrativa, se presentaría si en función del factor geográfico, se dispusiera el ejercicio autónomo de competencias de las entidades territoriales en materia minera.

En ese contexto, los artículos demandados se orientan a proscribir la posibilidad de que, de manera autónoma e independiente, cada entidad territorial pueda decidir excluir zonas de la actividad minera o exigir requisitos y condiciones para su ejercicio distintos de los que, de manera general, se han previsto en la ley.

Para los demandantes esa previsión del legislador comporta un vaciamiento de las competencias de regulación de las entidades territoriales, pero, sin embargo, no refieren la acusación al contenido propio de las disposiciones demandadas. Específicamente, en cuanto hace al artículo 37, la declaratoria de inexequibilidad que pretenden los demandantes, no se traduciría, simplemente en la recuperación de un espacio de regulación para las entidades territoriales, concebido en abstracto, sino que implicaría la afirmación de que tales autoridades estarían habilitadas, por una derivación del principio de autonomía contenido en la Constitución, para excluir zonas de la minería. Y lo propio ocurriría con el artículo 11, en relación con la posibilidad de supeditar la actividad minera a requisitos y condiciones no previstos por el legislador.

Estima la Corte que en el marco que la Constitución ha previsto para la explotación de los recursos naturales, cabe que el legislador, al resolver para el caso concreto la tensión entre los principios unitario y autonómico, dé prelación al primero, en razón a los objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera. Cabe, así, que dentro del margen de configuración que la Constitución le otorga al legislador se disponga en esta materia la prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros, y a evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la financiación de los fines que le son propios.

Esa posibilidad está en consonancia con la jurisprudencia constitucional que, como se ha visto, ha previsto que, en función del interés nacional, es posible restringir las competencias de regulación de las entidades territoriales, e, incluso excluirla de determinados ámbitos. Así, la Corte ha dicho⁵⁹ que la naturaleza del Estado unitario presupone la centralización política,

lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Y ha señalado la Corporación que del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que, de ordinario, se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad.

De este modo, encuentra la Corte que las disposiciones acusadas no resultan contrarias a la Constitución, sin perjuicio de la consideración conforme a la cual corresponde al propio legislador regular la manera de adelantar las distintas etapas de la actividad minera y el papel que en ellas puedan jugar las entidades territoriales, asunto que no es objeto de consideración por los demandantes.

7.3.1. Cargos contra los artículos 48 y 59 de la Ley 685 de 2001, cuyo texto se transcribe a continuación:

Ley 685 de 2001

Artículo 48. Permisos adicionales. El concesionario de minas para proyectar, preparar y ejecutar sus estudios, trabajos y obras, no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las relacionadas en este Código o en las disposiciones legales a que éste haga remisión expresa, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Artículo 59. Obligaciones. El concesionario está obligado en el ejercicio de su derecho, a dar cabal cumplimiento a las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental, que expresamente le señala este Código. Ninguna autoridad podrá imponerle otras obligaciones, ni señalarle requisitos de forma o de fondo adicionales o que, de alguna manera, condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento.

Para los accionantes, los artículos 48 y 59 de la Ley 685 de 2001 no les permiten a las entidades territoriales participar en la regulación de las actividades que se desarrollen en los territorios que desde el nivel central se destinen a la minería, lo cual desconoce el principio de coordinación que debe existir entre las competencias de uno y otro de los niveles de la administración. Del mismo modo, en su criterio, con estos artículos se desconoce el principio de concurrencia, por cuanto despojan a las autoridades locales y seccionales de la potestad de imponer las obligaciones y requisitos relacionados con la actividad minera que sean necesarios para el cabal cumplimiento de las competencias que les corresponden dentro de sus territorios, de acuerdo con las necesidades locales.

Advierte la Corte que las disposiciones demandadas en este acápite contienen una remisión a otras disposiciones del mismo estatuto de minas o de otras normas legales a las que éste haga renvío expreso, para establecer que las actividades mineras allí previstas no requerirán autorizaciones, ni estarán sujetas a obligaciones y requisitos distintos de las que se contemplen en ese conjunto normativo.

De manera general, que es aquella como los cargos han sido planteados por los

demandantes, la previsiones acusadas encuentran un doble soporte en el ordenamiento constitucional, por un lado en la garantía de la libertad para la actividad económica y la iniciativa privada, contenida en el artículo 333 de la Constitución, a cuyo tenor para el ejercicio de tales actividades e iniciativa nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley, previsión que está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 84 Superior, de acuerdo con el cual, cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio, y, por otro, en la amplia potestad de configuración que la Constitución ha otorgado al legislador para establecer las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Por otra parte, como ya se expresó, la ley ha declarado de utilidad pública e interés social la actividad minera, lo cual permite que la regulación de la materia se haga en el nivel central, desplazando incluso, en ese campo, la competencia normativa de los entes territoriales.

Las anteriores consideraciones, se reitera, se realizan en el nivel general en el que el asunto ha sido planteado por los demandantes, sin perjuicio del eventual análisis de proporcionalidad y de razonabilidad que pudiera caber en una consideración conjunta de las disposiciones legales que establecen el régimen de requisitos, condiciones, autorizaciones, permisos o licencias para las actividades mineras, aspecto que no es desarrollado por los demandantes.

La ley establece una reserva especial en materia minera, para preservar el principio unitario en un asunto de clara relevancia pública.

Determinar la afectación que de esa reserva se deriva para la autonomía de las entidades territoriales requeriría un análisis completo del conjunto de normas legales que regulan la actividad minera para establecer si allí se contempla o no, y en que medida, la participación de las autoridades de las entidades territoriales en desarrollo del principio de concurrencia. Ese análisis no se hace por los demandantes y, en consecuencia, se declarará la exequibilidad de las disposiciones acusadas, por los cargos analizados, esto es, en cuanto que, para la realización de actividades mineras remiten a las autorizaciones, los requisitos y las condiciones previstas en la ley y, por consiguiente, excluyen otras no previstas o autorizadas en ella, sin que la Corte se pronuncie de manera específica sobre ese particular régimen de permisos, licencias, autorizaciones y requisitos al cual no se remiten los demandantes.

Lo anterior quiere decir que la Corte avala el establecimiento de una estricta reserva de ley para la regulación de la actividad minera, lo cual es desarrollo de los artículos 84, 333 y 360 de la Constitución, pero que no se pronuncia, porque no fue demandado, sobre el conjunto de normas con fuerza de ley, contenidas en el Código de Minas o en otros cuerpos normativos, por medio del cual se regulan esos requisitos y condiciones, y que establecen los parámetros a tener en cuenta y cuyo contenido podría ser objeto de un eventual juicio de razonabilidad o proporcionalidad desde la perspectiva que, de manera general, han planteado los actores.

Las pretensiones de los demandantes podrían interpretarse en un doble sentido, por un lado, parecerían estar dirigidas a apuntar que, en desarrollo del principio de autonomía, más allá

de los requisitos legales, debería quedar abierta la posibilidad para que por la vía reglamentaria, las entidades territoriales establecieran otras condiciones, requisitos o autorizaciones para el ejercicio de la actividad minera en sus territorios, interpretación que estaría en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 333 Superior, que sujeta a estricta reserva legal la fijación de requisitos para el ejercicio de cualquier actividad económica, incluida la minera. Una dimensión más específica de la demanda apunta a mostrar que la actividad minera no puede desarrollarse al margen de la reglamentación sobre los usos del suelo que, de acuerdo con la Constitución, es competencia de los concejos municipales. El análisis de esta segunda dimensión, sin embargo, debería hacerse a la luz de las específicas disposiciones que establecen el régimen de la actividad minera, las cuales sin embargo, no fueron cuestionadas por los demandantes.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de los artículos 11 (inciso 3°), 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 (inciso 2°) y 131 de la Ley 685 de 2001 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones” y del artículo 76 de la Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente en comisión

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente en comisión

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-395/12

Referencia: Expediente D-8821

Revisión de constitucionalidad de los artículos 11 (parcial), 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 (parcial) y 131 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el respeto que merecen las providencias de esta Corporación, me permito manifestar mi aclaración de voto en relación con lo decidido por la Sala Plena en el asunto de la referencia. Si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de exequibilidad por los cargos analizados en la presente sentencia, creo necesario hacer algunas precisiones sobre la obligación del Estado de proteger, en todas las circunstancias, los derechos fundamentales de las comunidades negras e indígenas a la consulta previa y su autonomía territorial -aunque aún no se hayan

implementado las entidades territoriales indígenas-, respecto de las actividades de minería reguladas por los artículos demandados de la Ley 685 de 200160 y la Ley 99 de 199361.

1. En primer lugar, debo señalar que aunque la minería sea una actividad de utilidad pública e interés social, ésta tiene como límite los derechos y las garantías fundamentales de las comunidades negras e indígenas. Lo anterior, en la medida en que el Estado está en la obligación de proteger la riqueza étnica y cultural de la Nación que estas poblaciones representan y que desarrollan a través de sus formas tradicionales de vida y de una relación muy profunda y particular con el territorio que debe ser siempre respetada.

En numerosas sentencias de la Corte Constitucional como la T-188 de 1993, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-891 de 2002, T-769 de 2009 y T-129 de 2011, así como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a los casos de la Comunidad Mayagna Awas Tigni v. Nicaragua (2001) y en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay (2010) se ha concluido que el Estado tiene la obligación de proteger la supervivencia física y cultural de estas comunidades aún cuando esto represente imponer límites a los proyectos de desarrollo estatales, entre ellos los mineros.

2. Ahora bien, la Corte también ha expresado que el aprovechamiento de los recursos naturales, en particular los mineros, que se encuentren en territorios en los que se asientan comunidades étnicas constituye un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos y que, por consiguiente, las medidas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios que garanticen la plena participación de las comunidades.

De este modo, se tiene que! la consulta previa a las comunidades negras e indígenas para la realización de cualquier tipo de proyectos, y en particular los de carácter minero, que puedan afectarlas directamente, constituye un derecho constitucional que ha sido ampliamente analizado en la jurisprudencia y para cuya exigibilidad no se requiere -en principio- un previo desarrollo legislativo o estar expresamente inscrito en una norma legal, como el Código de Minas. En otras palabras, una consideración sistemática de la Ley 685 de 2001, en el marco de la jurisprudencia constitucional, lleva a la conclusión de que, siempre que en ejercicio de la actividad minera se plantee la posibilidad de que se produzca una afectación directa de las comunidades étnicas, debe realizarse la consulta previa, con los alcances, las condiciones y las consecuencias que se han establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

i i

Con todo, para lograr un mayor ámbito de protección de este derecho, resultaría deseable que el legislador desarrolle los elementos constitutivos de la consulta previa con las comunidades étnicas, para precisar sus características, las circunstancias en las que debe producirse, los procedimientos a emplear, los efectos y otros elementos relevantes que hoy se rigen estrictamente por los mencionados lineamientos jurisprudenciales.

3. En cuanto al cargo relacionado con la autonomía de las entidades territoriales con presencia de comunidades étnicas y el desarrollo de actividades mineras en sus jurisdicciones, considero que debe realizarse una interpretación armónica entre las funciones de la autoridad minera para definir los lugares donde se va a realizar una determinada

actividad de exploración y las atribuciones que tienen los entes territoriales en la definición de los usos del suelo y de los Planes de Ordenamiento Territorial.

4. En este orden de ideas, las normas demandadas de la Ley 685 de 2001 (artículos 11 parcial, 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 parcial y 131) y 99 de 1993 (artículo 76) se entienden exequibles en la medida en que sus regulaciones se apliquen en concordancia con la jurisprudencia vigente respecto de la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, en particular a la consulta previa y a la obtención de su consentimiento libre, previo e informado, siempre que se desarrollen procesos de exploración y explotación minera en sus territorios.

En lo relativo a las disposiciones que regulan la autonomía de las entidades territoriales en las que estén asentadas comunidades étnicas y se desarrollen actividades mineras, estas se entienden exequibles en la medida en que se interpreten en armonía con la Constitución Política, las normas ambientales nacionales, regionales y municipales, y, en todo caso, con respeto por la definición de los usos del suelo y de los Planes de Ordenamiento Territorial de las entidades territoriales.

Fecha ut supra

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 El aparte tachado fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-339 de 2002.

2 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.

3 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”.

4 Su-383 de 2000, C491 y C891 de 2002

5 Sentencia C- 041 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, criterio reiterado en la sentencia C-528 de 2003.

6 Sentencia C- 891 A de 2006.

7 Sentencia C- 728 de 2009.

8 Código de Minas -CM-.

9 Reforma al código de minas.

10 Principio contenido en el numeral 2, del artículo 1º del Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con la sentencia C-891 de 2002 este principio adquiere un significado especial tratándose de la determinación del carácter ancestral de los territorios habitados por pueblos y comunidades.

11 Cfr. Sentencia C-635 de 2000

12 Sentencia C-543 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo). Ver. también, las Sentencias C-073 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y C-540 de 1997 (MP. Hernando Herrera Vergara).

13 Cfr. Sentencia C-891A de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil. AV. Jaime Araújo Rentería), fundamento jurídico No. 3.1.

14 Cfr. Sentencia C-543 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo), fundamento jurídico No. 1.

15 *Ibíd.*

16 Sentencia C-442 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

17 Sentencias C-543 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo); C-067 de 1999 (MP. (E). Martha Victoria Sáchica Méndez. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-427 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); C-1549 de 2000 (MP. (E). Martha Victoria Sáchica Méndez); C-041 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); C-090 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); C-809 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett, AV. Jaime Araujo Rentería); C-208 y C-311 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett. SV. Alfredo Beltrán Sierra y AV. Rodrigo Escobar Gil); C-509 de 2004 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); C-1172 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández); C-1009 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Jaime Córdoba Triviño y Alfredo Beltrán Sierra); C-823 de 2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis); C-1266 de 2005 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); C-249 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Clara Elena Reales Gutiérrez, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva); C-173 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras.

18 Sentencia C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

19 Esta condición se aprecia claramente en las omisiones contrarias al principio de igualdad, porque la regulación infra-inclusiva de un beneficio, por ejemplo, puede traducirse en el precepto que excluye del beneficio a los sujetos que no fueron enunciados en la norma debiendo haberlo sido.

20 Al respecto, se pueden consultar las Sentencias C-169 de 2001, SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-737 de 2005, y C-208 de 2007, entre otras.

21 Sentencia C-208 de 2007

22 *Ibid.*

23 Sentencia C-366 de 2011.

- 24 Artículo 10 de la declaración de la Naciones Unidas; Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.
- 25 Cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka V.s Surinam
- 26 Artículo 29.2 de la declaración de las Naciones Unidas.
- 27 Ver, entre otras, las sentencias C-535 de 1996, C-219 de 1997, C-579 de 2001 y C-1258 de 2001.
- 28 Ver Sentencia C-931 de 2006.
- 29 Sentencia C-219 de 1997.
- 30 Cfr. Sentencia C-579 de 2001.
- 31 Sentencia C-535 de 1996.
- 32 Ibid.
- 33 Sentencia C-535 de 1996.
- 34 Ibid.
- 35 Sentencia C-1258 de 2001.
- 36 Ibid
- 37 Sentencia C-931 de 2006
- 38 Sentencia C-535 de 1996.
- 39 Ibid.
- 40 Ibid.
- 41 Sentencia C-891 de 2002
- 42 Ibid.
- 43 Ibid.
- 44 Sentencia C-208 de 2007
- 46 En la Sentencia T-129 de 2011, la Corte recalcó la necesidad de exhortar al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación.
- 47 La reciente Ley 1454 de 2011 “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento

territorial y se modifican otras disposiciones”, en punto de las entidades territoriales indígenas, indicó en el párrafo 2° del artículo 37, lo siguiente: “En virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas beneficiadas en dicho proceso.”

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

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

48 Sentencia T-188 de 1993. En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua: “[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”, consideraciones reiteradas en las sentencias de Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. También el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a la especial relación de los pueblos indígenas con su territorio ancestral.

49 Así, por ejemplo, en el artículo 63 se alude a “las tierras de resguardo” entre los bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables; en el artículo 329, inciso 2º., se dice que “los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable” y en el artículo 356, inciso 3º., se incluye a los resguardos indígenas entre los beneficiarios del sistema general de participaciones, “siempre y cuando éstos no se hayan constituido en entidad territorial indígena”.

50 Constitución Política, art. 329

51 Ver sentencia T-704 de 2006 en la que se alude a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

52 Cfr. Sentencia C-891 de 2002.

53 Hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder)

54 Constitución Política. ARTICULO 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

55 Constitución Política, Artículo 334.

56 Ibid.

57 Ley 685 de 2001. ARTÍCULO 13. UTILIDAD PÚBLICA. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. // La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres.

58 Mediante Sentencia C-339 de 2002 se declaró la exequibilidad del artículo 4º de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos estudiados, en el entendido que la expresión “únicos” no excluye la aplicación de los requisitos establecidos en leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la nación y de derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

59 Sentencia C-579 de 2001

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

61 Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.
