

Sentencia C-389/16

ACTIVIDAD MINERA-Respeto a normas ambientales, condiciones mínimas del derecho al trabajo, permitir el aprovechamiento de los recursos naturales sin sacrificar esta posibilidad para generaciones futuras y respeto de derechos de los pueblos indígenas

AUTORIDAD MINERA-Debe verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos/**AUTORIDAD MINERA**-Debe establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados

DERECHO DE PRELACION POR PARTE DE LAS COMUNIDADES ETNICAS O AFROCOLOMBIANAS-No constituye justificación alguna para omitir la aplicación de consulta previa y consentimiento libre, previo e informado cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Exigencias/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA**-Impone al demandante una mayor carga argumentativa

PRINCIPIO DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia constitucional

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance/**COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**-Efectos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL Y MATERIAL-Diferencias

DISPOSICIONES NORMATIVAS Y CONTENIDOS NORMATIVOS-Distinción

COSA JUZGADA ABSOLUTA Y RELATIVA-Diferencias

PROPIEDAD Y EXPLOTACION MINERA EN COLOMBIA-Jurisprudencia constitucional

NORMAS QUE REGULAN LA ENTREGA DE CONCESIONES MINERAS-Alcance

MEDIO AMBIENTE SANO-Impacto por extracción de minerales

ACTIVIDAD MINERA Y LA CONSTITUCION ECOLOGICA, DESARROLLO SOSTENIBLE Y DERECHOS DE LAS GENERACIONES FUTURAS-Tensión

ACTIVIDAD MINERA-Evaluación de impacto ambiental

CONSTITUCION ECOLOGICA-Concepto/CONSTITUCION ECOLOGICA-Dimensiones

DESARROLLO SOSTENIBLE-Fundamento del derecho internacional de los derechos humanos en materia ambiental/DESARROLLO SOSTENIBLE-Concepto/DESARROLLO SOSTENIBLE-En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se encuentra ligado a la expresión “*derechos de las generaciones futuras*”

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Protección

DESARROLLO SOSTENIBLE Y MEDIO AMBIENTE SANO-Tensión

DERECHOS DE LAS GENERACIONES FUTURAS-Parte esencial del desarrollo sostenible/DERECHOS DE LAS GENERACIONES FUTURAS-Desde la perspectiva de los derechos subjetivos son también una dimensión al ambiente sano de las personas y generaciones presentes

DESARROLLO SOSTENIBLE Y DERECHOS DE LAS

GENERACIONES FUTURAS-Conceptos esenciales en la comprensión de la Constitución ecológica y el derecho a un ambiente sano

PRINCIPIO DE PRECAUCION AMBIENTAL-Aplicación

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Contenido y alcance

CONCESION MINERA-Tensión entre la iniciativa privada y los deberes estatales de intervención económica, regulación sobre la explotación de los recursos naturales no renovables y planificación ambiental

EXPLORACION DE RECURSOS Y LIBERTAD ECONOMICA-Jurisprudencia constitucional

ACTIVIDAD DE EXPLORACION DE RECURSOS NATURALES-Si bien se encuentra protegida por la Constitución, debe consultar al interés general, y por ello, el margen de la libertad de decisión de los particulares es significativamente menor que para el desarrollo de otras actividades económicas

CONTRATO DE CONCESION MINERA-Principal mecanismo para encauzar la iniciativa privada en la actividad minera

CONTRATO DE CONCESION-Concepto/**CONTRATO DE CONCESION**-Elementos

El contrato de concesión es aquel que celebran “entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”. “De esta definición se deducen los siguientes elementos del contrato de concesión: (i) son aquellos celebrados entre un grupo de personas o asociación

y entidades estatales; (ii) tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; (iii) estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; (iv) la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; (v) la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante; (vi) la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada”.

CONTRATO DE CONCESION-No implica transferencia de dominio y genera la obligación y potestad estatal de ejercer control sobre el desarrollo de la actividad para la utilización eficiente de los recursos, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento/**ACTIVIDAD MINERA**-El hecho de que el Estado la haya autorizado a través de la licencia ambiental, no es óbice para que posteriormente la prohíba con el fin de cumplir propósitos superiores, como la protección del ambiente

CONTRATO DE CONCESION DE “DEMANIO PUBLICO”-Diferenciable del contrato de concesión de servicios y del contrato de concesión de obra pública

PARTICIPACION DE LOS CIUDADANOS-Deberes del Estado

PARTICIPACION-Efecto universal y expansivo/**PARTICIPACION**-Espacios diferenciados para ciertos grupos/**DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS**-Contenido/**PARTICIPACION CIUDADANA EN ASUNTOS AMBIENTALES**-Jurisprudencia constitucional/**PARTICIPACION CIUDADANA EN ASUNTOS AMBIENTALES**-Instrumentos internacionales

JUSTICIA AMBIENTAL-Jurisprudencia constitucional/**JUSTICIA AMBIENTAL**-Concepto/**GRUPOS DE PERSONAS INCLUYENDO GRUPOS RACIALES, ETNICOS O SOCIOECONOMICOS**-No deben sobrellevar desproporcionadamente la carga de consecuencias negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal/**PARTICIPACION COMUNITARIA EN ASUNTOS AMBIENTALES**-Importancia

En la sentencia T-294 de 2014, la Sala explicó que las decisiones destinadas a la prestación de servicios públicos tienen costos y beneficios y añadió que, cuando estos no se distribuyen de manera equitativa se generan problemas de justicia, de donde surge la expresión “justicia ambiental”, concepto que designa “el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”. En esa providencia, sostuvo la Corte que el tratamiento justo supone que “ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal. Entretanto se entiende que la participación comunitaria resulta significativa cuando: (i) los residentes comunitarios potencialmente afectados tienen una oportunidad apropiada para participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que afectará su ambiente y/o salud; (ii) la contribución del público y las preocupaciones de todos los participantes son efectivamente tenidas en cuenta y susceptibles de influir la toma de decisiones; (iii) los responsables de decidir promueven y facilitan la participación de aquellas personas y/o grupos potencialmente afectados”.

JUSTICIA AMBIENTAL-Elementos

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

INICIATIVA PRIVADA Y DEBER DE INTERVENCION ESTATAL EN MATERIA DE MINERIA-Línea jurisprudencial

CONTRATO DE CONCESION-Significado normativo relevante y debe ser compatible con los mandatos constitucionales y los principios del derecho ambiental/**CONTRATO DE CONCESION**-Puede ser revocado

LICENCIA AMBIENTAL-Puede ser revocada, siempre que se constate que puede ocasionar un daño en la salud pública o en el ambiente, aspectos en los cuales, incluso, las autoridades están facultadas para aplicar el principio de precaución

DECISIONES AMBIENTALES RELACIONADAS CON EL USO, EXPLOTACION Y APROVECHAMIENTO DEL SUBSUELO-No pueden adoptarse de forma centralizada, sino que exigen la participación de los entes territoriales, en desarrollo de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación

PARTICIPACION PREVIA A EXPEDICION DE LICENCIA AMBIENTAL-Jurisprudencia constitucional

CONTRATOS DE CONCESION-Déficit de protección a los principios constitucionales mencionados en la normatividad asociada a la minería

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN EL AMBITO DE LA EXPLORACION DE RECURSOS NATURALES-Alcance

AUTORIDAD MINERA NACIONAL-Adopción de medidas especiales para asegurar la protección al ambiente y adecuado manejo de los recursos naturales en la entrega de contratos de concesión

Es preciso que la autoridad minera nacional adopte medidas especiales para asegurar la protección al ambiente y el adecuado manejo de los recursos naturales en la entrega de contratos de concesión que, de acuerdo con los criterios técnicos pertinentes, se refieren a proyecto mineros de mediana o gran escala, en los cuales deberá garantizarse, además, la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados.

NORMAS DEL CODIGO DE MINAS-Exhorto al Congreso para que establezca un método de acceso a títulos mineros con base en las

consideraciones de la providencia y los criterios elaborados por el Ministerio de Minas, o por otra autoridad competente

La Sala exhorta al Congreso de la República para que establezca un método de acceso a los títulos mineros acorde con las consideraciones vertidas en esta providencia, y con base en los criterios técnicos elaborados por el Ministerio de Minas, o por otra autoridad competente, para definir los distintos tipos de minería, y las escalas de los proyectos, bajo los siguientes parámetros: La normativa debe basarse en criterios diferenciales que respondan a los distintos tipos y escalas en que se realiza la minería, respeten el conjunto de principios a los que se hace referencia en esta providencia. Esos criterios, a manera ilustrativa, pues las decisiones finales deberán adoptarse en el foro democrático, deberán incluir (i) respeto por la minería de subsistencia; (ii) normas para adecuar la pequeña minería a la protección del ambiente y las escalas mediana y grande a los estándares más altos de la industria y de los principios de responsabilidad empresarial; (iii) diferenciar la actividad minera no sólo por el tamaño de sus proyectos, sino también en torno a su significado social, cultural y jurídico. Ello implica (iii.1) proteger la minería ancestral, desarrollada por comunidades étnicas y la artesanal, por la población rural; (iii.2) diferenciar entre la minería informal, que actualmente incumple con parte de las normas que regulan la minería, pero se realiza en pequeña escala y puede adecuarse en un plazo razonable al ordenamiento jurídico, de (iii.3) la minería ilegal, que incumple buena parte de tales estándares, se realiza en escalas mayores, y carece por esa razón de vocación de legalidad; y (iii.4) la minería asociada a las acciones de grupos armados al margen de la ley, frente a la que debe llegar el poder punitivo del Estado.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES ETNICAMENTE DIFERENCIADOS-Jurisprudencia constitucional

CODIGO DE MINAS-Normas sobre concesión de títulos en zonas mineras indígenas y derecho de prelación de los pueblos indígenas/**CODIGO DE MINAS**-Normas sobre la obligación de los particulares que tengan títulos en zonas mineras indígenas de dar preferencia en la vinculación laboral a los miembros de los pueblos concernidos, y el deber de informar a las comunidades étnicas, para que ejerzan el derecho de prelación/**DERECHO DE PRELACION DE COMUNIDAD INDIGENA**-Contenido normativo

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Carácter excepcional/**UNIDAD NORMATIVA**-Causales de procedencia de integración

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

PUEBLOS INDIGENAS-Titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional

PUEBLOS INDIGENAS-Factores que amenazan la subsistencia

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Jurisprudencia constitucional

DERECHO FUNDAMENTAL AL TERRITORIO COLECTIVO O A LA PROPIEDAD COLECTIVA SOBRE LOS TERRITORIOS INDIGENAS-Jurisprudencia constitucional/**TERRITORIOS ANCESTRALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS**-Protección constitucional/**RESGUARDOS INDIGENAS**-Naturaleza/**DERECHOS DE LOS GRUPOS ETNICOS**-Jurisprudencia constitucional/**DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS RESGUARDOS**-Alcance

TERRITORIO-Concepto no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al ámbito cultural de la comunidad

El territorio, es un concepto cultural, que difiere del concepto de tierra como bien inmueble, sujeto a las leyes del mercado y la libre disposición de los particulares. El territorio es el ámbito donde se cohesiona y desarrolla la cultura; donde se consolida la autonomía, en el que se inscribe el derecho propio, y el espacio en el que la relación de los pueblos originarios con la naturaleza, defendida por esta Corte y el Derecho internacional de los derechos humanos se materializa.

COMUNIDADES INDIGENAS-Derechos y deberes

**PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS
SOBRE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS-Derechos que comprende**

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD COLECTIVA
DEL TERRITORIO POR PARTE DE LAS COMUNIDADES
INDIGENAS-Notas definatorias/DERECHO FUNDAMENTAL A LA
PROPIEDAD COLECTIVA DEL TERRITORIO POR PARTE DE
LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Carácter imprescriptible,
inalienable e inembargable del territorio y la ancestralidad de la posesión,
como “título” de propiedad**

**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS EN
CONVENIO 169 DE LA OIT-Contenido/CONSULTA PREVIA DE
COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Carácter
de derecho fundamental/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES
INDIGENAS-Importancia**

**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-
Alcance/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-
Criterios generales de aplicación/CONSULTA PREVIA DE
COMUNIDADES INDIGENAS-Subreglas aplicables**

La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa, mediante un conjunto de subreglas, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011 se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse, así: Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe

tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

CONSULTA PREVIA-Ámbito material de procedencia/CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia/CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Estándares jurisprudenciales para determinar afectación directa/OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES ETNICAS SOBRE MEDIDAS QUE LOS AFECTAN DE MANERA DIRECTA-Lineamientos jurisprudenciales

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de

cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

CONSULTA PREVIA EN MATERIA DE EXTRACCION DE RECURSOS-Jurisprudencia constitucional

PARTICIPACION, CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Requisitos o reglas jurisprudenciales

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Facetas de participación de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes

Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial. Ahora bien, según lo ha expresado la Corte, la subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las

comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.

FACULTAD DE AUTORIDAD MINERA COMPETENTE PARA DELIMITAR ZONAS MINERAS EN TERRITORIOS INDIGENAS-
Contenido y alcance

PRINCIPIOS DE INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS-Predicables de los principios de los pueblos indígenas

CONSULTA PREVIA-Derecho complejo que concreta los principios de democracia participativa, autodeterminación y autonomía de los pueblos y justicia ambiental

FACULTAD DE LOS PUEBLOS INDIGENAS PARA ACTUAR COMO AUTORIDADES AMBIENTALES DENTRO DE SU AMBITO TERRITORIAL-Contenido y alcance/**FACULTAD DE LOS PUEBLOS INDIGENAS PARA ACTUAR COMO AUTORIDADES AMBIENTALES DENTRO DE SU AMBITO TERRITORIAL-**Deberes hacia el desarrollo sostenible y el uso responsable de sus recursos

DESARROLLO SOSTENIBLE Y USO RESPONSABLE DE RECURSOS DENTRO DE TERRITORIOS INDIGENAS-No pueden ser desconocidos por autoridades públicas, y deben llevar a espacios de concertación con las entidades territoriales y las corporaciones autónomas para que los problemas ambientales y la percepción de los pueblos indígenas sea tenida en cuenta con efectos reales

EXTRACCION MINERA QUE IMPLIQUE AFECTACION

DIRECTA PARA PUEBLOS INDIGENAS-Debe ser consultada y, en eventos previstos por la Corte Constitucional, sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de los pueblos interesados

NORMAS SOBRE ZONAS MINERAS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Integración en términos normativos, con mandatos constitucionales, normas de jerarquía constitucional y directamente aplicables en todos los asuntos que involucren sus intereses

CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Subreglas

CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO-Distinción

CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO-Deben entenderse en el marco del principio de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas

Referencia: expediente D-11172

Actores: Laura Juliana Santacoloma Méndez
y Rodrigo Elías Negrete Montes

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001 *“Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”*.

Magistrada ponente
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

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

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

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

II. NORMAS DEMANDADAS

El texto normativo se transcribe a continuación:

“Ley 685 de 2001

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

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

[...]

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

Artículo 53. Leyes de Contratación Estatal. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las

referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.

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

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

Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

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

Artículo 270. Presentación de la propuesta. La propuesta de contrato se presentará por el interesado directamente o por medio de su apoderado ante la autoridad competente o delegada, ante el notario o alcalde de la residencia del proponente, o por envío a través de correo certificado. En estos casos, si la primera propuesta concurre con otra u otras posteriores sobre la misma zona, se tendrá como fecha de su presentación la de su recibo por la autoridad competente o comisionada, o la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expida el recibo de envío.

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

Artículo 271. Requisitos de la propuesta. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá: a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado; b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión; c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato; d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas; e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35; f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías; g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.

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

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

la autoridad competente.

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

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

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

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

Artículo 276. Resolución de oposiciones. Vencido el término de treinta (30) días de que trata el artículo anterior, en una sola

providencia se resolverán las oposiciones presentadas y se definirán las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Si las oposiciones y superposiciones que fueren aceptadas comprendieren solo parte del área pedida, se restringirá la propuesta a la parte libre y si la comprendieren en su totalidad, se ordenará su archivo.

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

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

2. Los ciudadanos consideran que las normas acusadas violan el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 58, 63, 79, 80, 209, 330, 333 y 334 de la Constitución Política. Como contexto para la comprensión de los cargos, los demandantes presentaron las siguientes premisas de análisis:

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

[...] Como consecuencia adicional, no existe instancia alguna de participación ciudadana antes del otorgamiento del título o del inicio de la etapa de la exploración minera, lo que viola flagrantemente el Preámbulo por ausencia de un marco participativo, así como los artículos 1, 2 y 79 de la Constitución Política.

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

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

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

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

Señalan los accionantes que los requisitos legales que debe cumplir la propuesta de contrato de concesión a los que hace referencia el artículo 271 del Código de Minas, y, en general, el procedimiento para conceder el recurso minero establecido en los artículos 270 al 279 *ibíd.*, no aseguran un proceso de *selección objetiva*, toda vez que según el artículo 16 acusado, por el solo hecho de cumplir con los requisitos formales para obtener un título minero y ser el primero en solicitarlo, se procede a su otorgamiento sin entrar a valorar la capacidad económica, técnica, operativa y administrativa, y el grado de cumplimiento de la normativa minera, ambiental, territorial y cultural, es decir, sin que se garantice la elección del mejor proponente para que explote y se apropie de recursos naturales que le pertenecen al Estado, lo cual vulnera los artículos 1º, 29, 58, 79, 80, 209 y 334 de la Constitución, pues las disposiciones normativas van en detrimento de los principios de protección del patrimonio público y moralidad, eficacia y economía que rigen la función administrativa.

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

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

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

Adicionalmente, aducen que el derecho de preferencia contenido en el artículo 16 del Código de Minas que en la práctica se ha traducido en la escogencia del

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

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

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

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

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

Los demandantes plantean que las normas acusadas vulneran el derecho de las personas que habitarán en el futuro el país, a gozar de un ambiente sano (art. 79 C.P.), debido a las implicaciones de la desordenada y acelerada actividad minera con el propósito de obtener beneficios económicos derivados de la extracción de minerales. Además, el derecho a disfrutar efectivamente de los recursos que les permitirán acceder a una calidad de vida apropiada, lo que redundará *“en un muy posible futuro inequitativo”*. Es así, que consideran que *“la concesión indiscriminada e insostenible actual del recurso minero y su alto impacto y*

duración en el tiempo, sin respaldo real frente a las consecuencias ambientales, sociales y culturales, aunado a la velocidad con la que se pretenden adelantar dichas actividades por parte del gobierno nacional, pone en alto riesgo el derecho a gozar de un ambiente sano y a una calidad de vida adecuada a los que tienen las generaciones futuras”.

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

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

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

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

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

2.2.5. Violación de la Constitución Política por desconocimiento de los

atributos de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas.

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

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

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

En escrito adicional, los accionantes reiteraron y profundizaron sus argumentos. Dejando de lado los aspectos que constituyen únicamente una complementación de lo afirmado en la sentencia, los accionantes argumentan que, en relación con el quinto cargo, que pese a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-891 de 2002, en la actualidad se continúan otorgando títulos mineros sin que se lleve a cabo la consulta previa a las comunidades indígenas. Recuerdan que

con la titulación se da vía a la exploración, la cual no requiere licencia ambiental lo que implica que se intervenga la respectiva comunidad étnica sin que ésta tenga oportunidad de participar.

Intervenciones

1. Intervenciones de Instituciones Públicas

1.1. Agencia Nacional de Minería (ANM)

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

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

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

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

Luego de describir los requisitos que debe contener la propuesta de contrato de concesión minera, indica que en la fase precontractual se exige que el

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

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

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

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

Por otra parte, cita la sentencia C-123 de 2014 y sostiene que las regulaciones de orden nacional que imponen límites a la facultad de los municipios de regular los usos del suelo no vulneran el principio de autonomía territorial, siempre que se actúe en el marco de los principios de coordinación y concurrencia entre las autoridades nacionales y locales, lo que garantiza a su vez la participación de los ciudadanos.

c. Añade que la actividad minera va ligada a instrumentos jurídicos y normas de contenido ambiental establecidas en el ordenamiento minero. Al respecto, señala que el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 establece las zonas excluibles de la minería, como son las zonas de especial protección previstas en convenciones internacionales y en el derecho interno. Agrega que los artículos 1, 2, 3, 13, 37,

38, 85, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 206 y 211 del Código de Minas regulan aspectos ambientales, lo que permite concluir que *“la actividad minera legal, se encuentra blindada ambientalmente por las exigencias legales contempladas en el Código de Minas, las cuales garantizan la preservación de un ambiente sano, el cumplimiento del principio de sostenibilidad y conservación del equilibrio ecológico, seguridad y salubridad públicas”*.

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

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

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

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

1.2. Ministerio de Minas y Energía

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

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

a. En primer lugar se refiere al procedimiento para la obtención del contrato de concesión del régimen legal de propiedad de recursos mineros. Al respecto sostiene que de conformidad con la sentencia C-983 de 2010 quedó establecida la constitucionalidad de la propiedad del suelo y del subsuelo, así como del contrato de concesión, la potestad del legislador en esta materia y la capacidad constitucional del Estado para regular e intervenir en la exploración y explotación minera.

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

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

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

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

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

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

1.3. Ministerio del Interior

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

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

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

a. Señala que el contrato de concesión minera se diferencia de otras figuras similares, en que (i) éste no surge por una iniciativa estatal sino privada, lo que hace necesario que se ofrezca un trato distinto al particular que primero haya adelantado esfuerzos para acceder al contrato con el Estado, sin que esto implique que se abandone la calidad pública de la contratación, pues es la propia

normativa en la materia la que contiene exigencias de derecho público y las ajustan a principios de interés general; (ii) es imprescindible una norma que concilie el interés por obtener los cuantiosos recursos esta ofrece, con la sostenibilidad del territorio, en condiciones de habitabilidad; (iii) si la cualificación toma como base únicamente aspectos financieros, ello implicaría que solo transnacionales o empresas con grandes capitales podrían ejercer la actividad; (iv) este Código hace realidad el principio de la inclusión social contenida en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución, apuntando a que la explotación de minerales no sea exclusiva de grandes grupos empresariales.

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

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

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

c. Frente al tercer cargo señala que la Ley 685 entendida en su integridad regula los postulados del medio ambiente y desarrollo sostenible. Igualmente, plantea que los demandantes no se refirieron a las disposiciones que contiene la Ley 99

de 1993 ni exponen argumentos que evidencian la existencia de una omisión legislativa relativa, o la ineficacia de la institucionalidad creada con la ley acusada, para enfrentar la tensión que surge entre el desarrollo económico del país y la explotación de bienes naturales no renovables.

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

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

Luego, expone que existen fundamentos constitucionales y jurisprudenciales que facultan al Estado a intervenir los territorios indígenas y que, a su vez, imponen los límites a tal actividad, como la consulta previa y las demás acciones públicas colectivas con los que cuentan los grupos étnicos; al respecto menciona los artículos 330 CP y la sentencia T-294 de 2014. De igual forma, destaca que el artículo 271 de la Ley 685 de 2001 contempla el deber de informar acerca de la existencia de grupos étnicos asentados en la zona de interés minero, y hace referencia a diferentes disposiciones de dicho cuerpo normativo que establecen restricciones geo-espaciales, atendiendo al valor ambiental y cultural de las comunidades.

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

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

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

Luego de realizar una síntesis de los cargos formulados en la demanda, el interviniente afirma que se concentrará en los dos primeros cargos, con el

propósito de solicitar que se declare la inconstitucionalidad de los artículos que acusados, a partir de (i) la necesidad de un procedimiento de selección objetiva para los contratos de concesión minera, y; (ii) el derecho fundamental a la participación ciudadana, que se desconoce en la adjudicación de este tipo de contratos.

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

En consecuencia, este proceso contradice los deberes del Estado en relación con la primacía del interés general (arts. 1 y 58 CP), los límites del bien común en la actividad económica y la iniciativa privada (art. 333 CP); la planificación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible (art. 80 CP); la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental, y el deber de explotar los recursos naturales garantizando la preservación de un ambiente sano (art. 334 CP).

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

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

b. En cuanto al tercer cargo, relativo al desconocimiento del derecho a la participación, manifiesta que este es uno de los principios rectores de la

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

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

Entendiendo que el contrato de concesión minera sí genera por sí solo una afectación al ambiente, y que la etapa de exploración no requiere licencia ambiental, el interviniente se refiere al alcance del derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales. Señala las principales disposiciones constitucionales, legales e instrumentos internacionales ratificados por Colombia que regulan la participación en temas ambientales, como los artículos 79 Superior y la Ley 99 de 1993, el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y el Convenio de Diversidad Biológica (Principios 1, 2 y 12, aprobado mediante Ley 165 de 1994). Hace referencia a la Convención de Aarhus de 1998 de la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas, lo que se traduce en que la participación en la toma de decisiones relacionadas con la afectación del medio ambiente es una previsión legal y un principio de rango constitucional *“que debe orientar la interpretación que se haga de todas aquellas otras disposiciones de su mismo nivel o inferior”*.

Con base en las sentencias C-535 de 1993, T-348 de 2012 y T-294 de 2014, en las que se ha abordado el tema de la participación en temas ambientales, Dejusticia efectúa un ejercicio de integración jurisprudencial para definir cuáles son los componentes necesarios para que el derecho a la participación en materia ambiental se garantice en debida forma, encontrando que ésta debe ser *previa a la toma de la decisión, libre, representativa, informada, activa y eficaz*.

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

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

2.2. Asociación Colombiana de Minería (ACM)

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

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

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

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

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

b. En cuanto al segundo cargo, menciona que el tema de la participación ciudadana de los grupos afectados por proyectos mineros fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2014, y expone que los artículos 69 a 71 Ley 99 de 1993 establecen el derecho de participación ciudadana en materia de permisos ambientales.

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

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

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

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

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

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

e. En cuanto al quinto cargo, plantea la necesidad de interpretar de forma sistemática e integral los artículos 122, 124 y 276, que se refieren a la participación de comunidades indígenas pues, en su criterio, los actores buscan

su inexequibilidad basándose en la única interpretación que podría considerarse contraria a la Carta Política.

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

Finalmente, con base en la sentencia C-123 de 2014 señala que “para la Corte Constitucional no existe usurpación a la autonomía de las comunidades étnicas frente a su territorio al facultar a la autoridad minera para definir las zonas excluidas de la minería” y respecto al artículo 122 del Código de Minas acusado, plantea la existencia de cosa juzgada constitucional, pues dicha disposición ya fue analizada en sentencia C-418 de 2002.

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

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

Si bien su análisis jurídico coadyuva todos los cargos de la demanda, en concreto abordan y amplían algunos de los argumentos presentados en los cargos (ii) y (iii), que plantean la vulneración por parte de las normas acusadas, del derecho fundamental a la participación de grupos afectados por proyectos de aprovechamiento de recursos naturales no renovables, y de los derechos de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna, los cuales gozan de protección constitucional.

En primer lugar, consideran que al no existir instancia alguna de participación ciudadana antes del otorgamiento del título o del inicio de la etapa de exploración minera, se vulnera el Preámbulo, los artículos 1, 2 y 79 de la Carta Política, debido a que los propietarios, tenedores, poseedores u ocupantes de predios donde existe interés minero, no son notificados o informados sobre la

existencia de solicitudes ni de la suscripción de contratos de concesión a pesar de tener relación con los predios donde habitan y, en consecuencia, no cuentan con la posibilidad de ser escuchados de manera efectiva en dicho trámite. De igual forma, las normas acusadas no contemplan un medio de notificación a las comunidades y poblaciones que habitan dichos territorios. Añaden que el proceso de titulación minera solo contempla el mecanismo de comunicación en el caso de las comunidades indígenas, cuando éstas se encuentran en las zonas de minería, para que hagan efectivo su derecho de prelación; sin embargo, esta situación es excepcional teniendo en cuenta que a 2014 solo existían 17 zonas de minería indígena y de comunidades afrocolombianas registradas en el Ministerio de Minas, lo que conlleva a que el resto de comunidades campesinas, afrocolombianas e indígenas no se enteren de la adjudicación de un título minero previo a su ejecución.

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

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

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

Luego exponen situaciones concretas que evidencian las consecuencias por el desconocimiento por parte de proyectos de desarrollo minero, del derecho fundamental a la participación de grupos afectados, donde no se contó con mecanismos que invitaran a la intervención de esta población en decisiones que posteriormente implicaron significativos cambios en sus modos de vida, que conllevaron a conflictos socio-ambientales y a daños irreversibles al medio ambiente.

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

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

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

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

2.4. Universidad Externado de Colombia

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

a. Respecto al primer cargo de la demanda, señala que el Legislador constituyó un régimen especial sobre los minerales sustentado en la importancia y en las características específicas de estos recursos, donde el principio “*primero en el tiempo, primero en derecho*” fue el resultado de la búsqueda de una manera organizada de brindar un trámite que no creara exclusiones injustificadas sobre

la posibilidad de llevar a cabo la explotación de los minerales por parte de los particulares. En su criterio, este principio es el resultado de la aplicación del postulado de participación recogido en la Carta Política, que “evita que de manera excluyente sea solo quienes tengan mayor capacidad económica los llamados a ejercer la actividad minera en el país, lo que de bulto es contrario a la realidad y limita la actividad ejercida por los mineros que explotan estos recursos en una menor escala”. Sin embargo, señala que frente a los grandes proyectos mineros se debería optar por una vía en la selección del concesionario que no responda al principio en comento, alejada también de la aplicación de los lineamientos de la Ley 80 que desconoce las características de la utilidad pública que detenta la minería en nuestro ordenamiento. En su lugar, propone la creación de un proceso que responda a criterios de selección objetiva en consonancia con los postulados de defensa de los mejores intereses del país aplicables solo a proyectos de gran escala.

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

Por otra parte sostiene que, contrario a lo señalado por el demandante, sí existen espacios dentro del ordenamiento jurídico para que puedan participar los propietarios, tenedores, poseedores y ocupantes de los predios donde existe interés minero, como los diferentes territorios donde se desarrolla una actividad minera legal quienes representan a sus habitantes. Lo anterior sustentado en los lineamientos establecidos por las sentencias C-395 de 2012 y C-123 de 2014 *“en donde se otorga prelación al principio unitario frente al autonómico, en razón a objetivos de interés público, plasmados en el mismo ordenamiento Superior, que están presentes en la actividad minera”*.

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

agrícolas.

c. Frente al tercer cargo, estima que las concesiones mineras por sí solas no generan impacto ambiental y que no puede desconocerse el ciclo minero compuesto por cinco etapas principales en las que es necesario cumplir con unas obligaciones ambientales. Agrega que el desarrollo sostenible es un concepto que abarca diversos intereses que requiere de la intervención de otras ramas del derecho y de otras ciencias para conciliar la conservación de los recursos naturales y el crecimiento económico de un país.

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

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

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

De lo anterior se desprende que no solo existe el derecho de prelación a favor de las comunidades indígenas, también se cuenta con una previa zonificación

minera que tiene en cuenta las particularidades de estos territorios. En ese orden, concluye que no es cierto que las normas demandadas afecten los derechos de las comunidades indígenas sobre su territorio, pues en cada instancia del proceso minero se atiende a la protección y salvaguarda de sus intereses.

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

2.5. Universidad del Rosario

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

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

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

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

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

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

2.6. Universidad de los Andes

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

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

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

inherentes a la explotación de recursos naturales.

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

d. Por otro lado, considera que la debilidad institucional, la falta de seguimiento y de regulación en el sector minero y el aumento incontrolado de la minería también afecta el ejercicio de derechos humanos como el derecho a la salud, a la vida digna y a un ambiente sano. Sostiene que “las normas acusadas facilitan el desarrollo no planificado de la actividad minera, lo cual no solo puede afectar la calidad de vida de las poblaciones en cuyos territorios se realizan tales procedimientos extractivos sino que tiene la potencialidad de generar graves consecuencias en la salud de las generaciones presentes y futuras e, igualmente, contribuye a la degradación medio ambiental y a la profundización de las desventajas socioeconómicas de las comunidades vulnerables”.

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

2.8. Senadora Claudia López

- La senadora Claudia López Hernández intervino en el presente asunto apoyando los cargos de la demanda dirigidos contra el artículo 16 (parcial) de la

Ley 685 de 2001, por considerar que el derecho de prelación en el otorgamiento de títulos mineros contenido en esa disposición normativa es inconstitucional.

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

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

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

c. Para finalizar, plantea que la omisión de la selección objetiva en el proceso de otorgamiento de un título minero vulnera el contenido de diversos instrumentos internacionales en materia ambiental que hacen parte del bloque de

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

2.9. Alirio Uribe Muñoz, Alberto Castilla e Iván Cepeda

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

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

Como razones que sustentan la omisión legislativa relativa en el caso concreto, señalan que (i) ésta se configura en el artículo que indica los requisitos que se deben reunir para celebrar contratos de concesión minera con el Estado, que para la protección al medio ambiente solo se requiere que el solicitante indique la autoridad ambiental ubicada en el área objeto del contrato, las zonas restringidas para minería y el señalamiento de guías mineras que se aplicarán en la etapa de exploración, omitiéndose incluir herramientas, como la licencia ambiental, que estén dirigidas a resguardar el ambiente de daños que también se

pueden presentar en etapas exploratorias; (ii) la norma demandada omitió incluir una herramienta efectiva de protección de bienes constitucionalmente protegidos como el medio ambiente sano y el desarrollo sostenible, que permita asegurar su salvaguarda durante la fase exploratoria; (iii) no existe razón suficiente que justifique por qué se exige la licencia ambiental para la fase de explotación y no para la de exploración. Aunque la segunda conlleva a un menor impacto que la primera, esto no justifica la Ley no exija un instrumento de protección adecuado como puede ser la licencia ambiental; (iv) al excluir de la actividad de exploración la exigencia de la licencia ambiental u otra herramienta que haga frente a los daños ambientales, se genera una desigualdad negativa respecto a la actividad de explotación donde sí se exige, pues ambas actividades producen impactos en el ambiente; y (v) dicha omisión conlleva al incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, como lo es la protección al medio ambiente.

b. Respecto al segundo cargo, con base en la sentencia C-983 de 2010 afirman que el contrato de concesión, que al tenor del Código de Minas es el “*título minero*”, produce efectos e impactos sobre terceros que no son informados sobre los mismos y, en consecuencia, no tienen la posibilidad real de hacerse partícipes del trámite ni de ser escuchados de manera efectiva a pesar de que sus predios son susceptibles de ser intervenidos y expropiados. Por otro lado, en tanto la actividad minera en todas sus fases es considerada por la ley como de utilidad pública e interés social legitimando la negociación directa o la expropiación de los predios donde se encuentren los minerales, el propietario debería tener derecho de informarse del proceso que está en curso. Plantean que la anterior situación es violatoria de mandatos constitucionales como la participación y el debido proceso.

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

e. En relación con el quinto cargo, sostienen que el artículo 122 de la Ley 685 referido a las zonas mineras indígenas, afecta la autonomía y gobierno propio de los pueblos indígenas al imponerse sobre ellos medidas que no son informadas a sus autoridades ni cuentan con el procedimiento de consulta previa. Aclaran que

la expresión “*dentro de los territorios indígenas*” contenida en dicha disposición protege tanto los territorios formalizados como a aquellos en trámite de reconocimiento que devienen de la ocupación histórica tradicional que tienen estos pueblos. Por esta razón solicitan a la Corte Constitucional que en caso de que no declare la inconstitucionalidad del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, declare la constitucionalidad condicionada de la expresión citada, de manera que se entienda que los territorios indígenas no son solo los formalizados y que además ordene a las autoridades competentes disponer de información sobre las ocupaciones ancestrales de los pueblos indígenas.

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

2.10. Comisión Intereclesial de Justicia y Paz

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

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

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

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

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

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

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

Agrega que el sistema contenido en el artículo 16 del Código de Minas implica la ausencia de mecanismos de protección de las comunidades en riesgo de desplazamiento o víctimas de violaciones a derechos humanos en aquellos casos en que los contratos de concesión minera se otorgan a los primeros solicitantes

de manera indiscriminada ignorándose el efecto de la implementación de los proyectos de exploración y explotación en zonas de conflicto armado o donde los derechos humanos de las personas se encuentran en un riesgo grave de desprotección.

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

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

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

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

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

La Comisión Colombiana de Juristas, y el movimiento holandés PAX intervinieron en el presente asunto solicitando que se declaren inexecutable las normas demandadas por vulnerar el derecho de participación ciudadana de las comunidades no étnicas que se ven afectadas por proyectos mineros, y debido al desconocimiento del deber estatal de protección de los derechos humanos.

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

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

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho de participación ciudadana en proyectos de gran impacto social y ambiental y le ha dado un alcance particular a la cláusula de democracia participativa. Al respecto, mencionan las sentencias C-180 de 1994, C-891 de 2002, T-348 de 2012, T-135 de 2013, y C-123 de 2014.

En ese orden de ideas, concluyen que el proceso de otorgamiento de concesiones mineras carece de procedimientos que permitan la participación ciudadana de las comunidades que pueden verse afectadas por este tipo de proyectos. Los artículos 275 y 276 del Código de Minas establecen la

obligación de comunicar a las comunidades étnicas la propuesta del interesado para que se pronuncien sobre su derecho de prelación, pero nada dice sobre el resto de la población que pudiera verse afectada, lo que se traduce en el desconocimiento de estándares internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

b. Posteriormente, sostienen que la flexibilidad de los requisitos de la Ley 685 desconocen la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia en la protección de los derechos humanos, consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2.) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1, 2.), “por cuanto el Estado ha tenido conocimiento de las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos que se han dado con ocasión de varios proyectos mineros a lo largo del país y que han contribuido al recrudecimiento del conflicto armado colombiano, y aún así no ha realizado ninguna de las acciones establecidas en la CADH para adecuar su marco normativo y así obrar con la debida diligencia para prevenir la continuación de estas graves violaciones”.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

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

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

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

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

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

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

b. Por otro lado, el Jefe del Ministerio Público estima que la garantía de protección de los recursos naturales renovables se materializa (i) por la licencia ambiental otorgada por la entidad competente; (ii) en la observancia de las

normas ambientales por parte de los exploradores y explotadores; y (iii) en el control oportuno que ejercen tanto las autoridades ambientales como las mineras.

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

d. Frente a la presunta violación por parte de las normas acusadas, de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los resguardos indígenas y el desconocimiento de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas sobre sus territorios, considera que de la lectura de los artículos 122, 124 y 128 demandados, se infiere que allí se garantizan los derechos de los pueblos indígenas que habitan los territorios donde se pretenden hacer actividades mineras, al igual que su derecho de participación de los representantes de las respectivas comunidades. Agrega que ya en sentencia C-891 de 2002 la Corte Constitucional por cargos similares, declaró la exequibilidad de los artículos 121, 122, 123, 124, 125, 126 y 128 de la Ley 685 de 2001.

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

V CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corte es competente para conocer la demanda de la referencia, en virtud de lo establecido por el artículo 240.4 de la Constitución Política, que faculta a esta Corporación para decidir las demandas ciudadanas contra las leyes de la

República. Las normas demandadas, en efecto, hacen parte de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), cuyo control compete a la Corte Constitucional.

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

Cuestiones previas.

Para efectos de dar claridad a la exposición, la Sala dividirá esta sentencia en dos grandes partes, en atención a la formulación de los cargos, siguiendo el esquema argumentativo de la reciente decisión C-035 de 2016. En la primera parte abordará los cargos primero al cuarto, en tanto cuestionan el conjunto de normas del Código de Minas que regulan el acceso al contrato de concesión minera (o título minero). En la segunda parte, evaluará los cuestionamientos que se refieren específicamente a las normas que atañen a los pueblos indígenas.

La demanda objeto de estudio plantea un amplio conjunto de cuestionamientos contra un grupo extenso de normas del Código de Minas (Ley 685 de 2001), por la violación de un listado igualmente amplio de normas constitucionales. Aunque todos los intervinientes responden los cuestionamientos presentados en la demanda, y sólo uno de ellos plantea también la necesidad de revisar la aptitud de la demanda, la Sala estima necesario hacer una evaluación previa sobre este aspecto, para depurar los problemas jurídicos a analizar.

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

De la aptitud de la demanda

3.2. Requisitos argumentativos de la demanda

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

(iv) presentar las razones de la violación.

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

En ese orden de ideas, las razones de inconstitucionalidad deben ser “(i) **claras**, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) **ciertas**, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) **específicas**, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) **pertinentes**, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) **suficientes**, esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada”. (C-1052 de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa).

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

“(i) Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tendrían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y

objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

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

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

3.2.1. Claridad

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

3.2.2. Certeza

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

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

Además, en concepto de algunos intervinientes, la demanda podría enfrentar dos problemas de certeza distintos. De una parte, basarse en una interpretación

subjetiva de ciertas normas demandadas y relacionadas con la definición y los requisitos para la obtención de un título minero, pues en realidad las concesiones mineras no siguen el método de *primero en el tiempo y primero en el derecho*, y no es cierto que el único requisito para su obtención sea la presentación de un conjunto de condiciones formales.

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

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

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

3.2.3. Pertinencia.

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

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

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

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

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

Obviamente, esa posibilidad no sería la que defiende de mejor manera la supremacía constitucional, ni la que respalda con suficiente fuerza el principio expansivo de la participación. Cuando un ciudadano eleve tales afirmaciones, lo que se exige es que su argumentación no sea caprichosa; que sea plausible y que explique, con razonamientos seriamente elaborados, por qué estima posible la violación de estos principios, con proyección al futuro. En el estudio del cargo se volverá sobre este punto.

3.3.4. Especificidad

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

En el caso concreto, el Ministerio de Justicia cuestionó la especificidad de la

demanda, en torno a los cargos 2° a 4°, que se refieren a los principios de participación ciudadana, los derechos de las generaciones futuras, y el mandato de planificación ambiental.

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

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

3.4.5. Suficiencia

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

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

El principio de cosa juzgada. Reiteración de jurisprudencia.

11. El artículo 243 de la Constitución Política establece que las decisiones que

adopta la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y que ninguna autoridad puede reproducir el *contenido material* del acto declarado inexecutable por razones de fondo, mientras en la Carta se preserven los mandatos que sirvieron como fundamento de ese pronunciamiento.

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

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

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

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

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

certeza de las personas respecto de los efectos de las decisiones judiciales”.

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

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

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

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

18. La diferenciación entre disposición y norma se relaciona también con las decisiones en que se adoptan efectos modulados y, especialmente, con las

sentencias que declaran la exequibilidad condicionada de una norma. Cuando la Corte dicta una sentencia de esa naturaleza, lo que ocurre es que el demandante razonablemente demuestra que existe una interpretación de un texto legal que resultaría incompatible con la Constitución Política, pero la Corte evidencia que también existe una interpretación razonable del enunciado, que no afecta la supremacía de la Carta.

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

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

Ahora bien, el sentido de la decisión previa determina también la forma en que la Corte debe pronunciarse ante una demanda que propone repetir un examen resuelto ya por un fallo que hizo tránsito a cosa juzgada. Ante la reproducción de un contenido normativo declarado inconstitucional por razones de fondo, debe declararse la inconstitucionalidad de la norma objeto de análisis, mientras que si la decisión previa fue de exequibilidad, la Corte debe *estarse a lo resuelto* en la sentencia previa *“a menos que se presenten circunstancias excepcionales que enerven los efectos de la cosa juzgada, como ocurre, por ejemplo, (i) cuando se presentan reformas constitucionales que varían los parámetros de comparación; (ii) cuando así lo demanda el carácter dinámico del Texto Superior; (iii) o cuando se presenta la necesidad de realizar una nueva*

ponderación de valores o principios constitucionales a partir del cambio de contexto en que se inscribe la disposición acusada”.

a. a. *Cosa juzgada absoluta y cosa juzgada relativa.*

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

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

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

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

a) cuando el estudio de executable de una norma se ha hecho desde el punto de vista formal, pues en el futuro pueden existir

nuevos cargos por razones de fondo, respecto de los cuales no ha existido un pronunciamiento de la Corte Constitucional; y

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

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

La sentencia C-366 de 2011 estudió la violación al derecho a la consulta previa de toda la ley 1382 de 2010, que reformó el CM. No analizó entonces ni los contenidos de las normas demandadas en este momento, ni se refirió, de manera integral a una eventual violación a la consulta previa del Código, en su versión original.

En síntesis, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre problemas asociados a la consulta previa de pueblos indígenas frente al Código de Minas de 2001, en dos oportunidades. En la sentencia C-418 de 2002, específicamente, en relación con el artículo 122, actualmente demandado. Y en la sentencia C-891 de 2002, contra cinco de las normas que hoy se cuestionan.

Dada la extensión de la demanda, la Sala tomará como referencia un esquema en el que se muestran las normas demandadas y se relacionan las decisiones que ha adoptado la Corte en torno a su validez constitucional. Vale la pena indicar, para empezar, que algunas de estas fueron reformadas por la Ley 1382 de 2010,

la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, con efectos diferidos por dos años, por violación al derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, en el trámite de su expedición. En consecuencia, la ley dejó de hacer parte del sistema jurídico desde el 11 de mayo de 2013, y las normas derogadas o modificadas, recuperaron su vigencia y forma original. En el cuadro también se incluirá ese tránsito legislativo, pues podría tener alguna relevancia para resolver los problemas planteados.

Artículo demandado, versión Ley 685 de 2001	Principales sentencias
<p>Artículo 16: VALIDEZ DE LA PROPUESTA. La primera solicitud o propuesta de concesión mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración de contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.</p>	<p>Vigente.</p>
<p>ARTÍCULO 53. LEYES DE CONTRATACIÓN ESTATAL Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa</p>	<p>Sentencia C-229 de 2003. La Corte se declaró inhabilitada para fallar, por ineptitud de la demanda, por supuesto, violación al principio de unidad de materia.</p>

y expresa.

ARTÍCULO 270
PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA. Vigente

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

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

<p>matriculados, según el caso, de acuerdo con las disposiciones que regulan estas profesiones.</p>	
<p>ARTÍCULO 271. REQUISITOS DE LA PROPUESTA. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:</p> <p>a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;</p> <p>b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;</p> <p>c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;</p> <p>d) La mención de los grupos étnicos <u>con asentamiento permanente</u> en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;</p> <p>e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo <u>35</u>;</p> <p>f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;</p> <p>g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en</p>	<p>El numeral d) fue declarado exequible de forma condicionada, en el entendido de que comprende tanto a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado, como a los grupos étnicos que tuvieron dicho arraigo, pero que actualmente, y por diferentes motivos, son víctimas de desplazamiento forzado y excluyente así como a los grupos indígenas que vivan dentro de un territorio aún cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera, en los términos señalados en los numerales 71 y 72 de esta sentencia'. (C-891 de 2002)</p>

<p>los artículos <u>66</u> y <u>67</u> de este Código La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.</p>	
<p>ARTÍCULO 272. MANEJO AMBIENTAL. En la propuesta el interesado deberá hacer la manifestación expresa de su compromiso de realizar los trabajos de exploración técnica con estricta sujeción a las guías ambientales que para esa actividad expida la autoridad competente, en un todo aplicadas a las condiciones y características específicas del área solicitada descrita en la propuesta. En caso de que la actividad de exploración requiera usar o aprovechar recursos naturales renovables, deberá obtener el permiso, la concesión o la autorización ambiental de la autoridad competente.</p>	<p>Vigente</p>
<p>ARTÍCULO 273. OBJECIONES A LA PROPUESTA. La propuesta se podrá corregir o adicionar, por una sola vez, por la autoridad minera, si no puede identificarse al proponente, no se puede localizar el área o trayecto pedido, no se ajusta a los términos de referencia o guía o no se acompaña de los permisos previos en los casos señalados en el artículo <u>34</u> de este Código, cuando dicha área o trayecto estuvieren ubicados en los lugares o zonas mencionados en dicha disposición. El término para corregir o subsanar la propuesta será de hasta treinta (30) días y la autoridad minera</p>	<p>Modificado por el artículo 19 Ley 1382 de 2010. Reglamentado por el Decreto Nacional 935 de 2013.</p>

<p>contará con un plazo de treinta (30) días para resolver definitivamente. Una vez corregida la propuesta cuando fuere el caso, se procederá a la determinación del área libre de superposiciones con propuestas anteriores o títulos vigentes.</p>	
<p>ARTÍCULO 274. RECHAZO DE LA PROPUESTA. La propuesta será rechazada si el área pedida en su totalidad se hallare ubicada en los lugares y zonas señaladas en el artículo 34 de este Código, si no hubiere obtenido las autorizaciones y conceptos que la norma exige; si se superpone totalmente a propuestas o contratos anteriores, si no cumple con los requisitos de la propuesta o si al requerirse subsanar sus deficiencias no se atiende tal requerimiento. En caso de hallarse ubicada parcialmente, podrá admitirse por el área restante si así lo acepta el proponente.</p>	<p>Modificado por el artículo 20 Ley 1382 de 2010. Reglamentado por el Decreto Nacional 935 de 2013.</p>
<p>ARTÍCULO 275 COMUNICACIÓN DE LA PROPUESTA. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio de Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su</p>	<p>Corte Constitucional - Artículo declarado EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-891-02 de 22 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'solamente por los cargos aquí analizados, y bajo el condicionamiento señalado en la parte motiva de esta sentencia'. Señala la Corte en la parte motiva: '76. <i>Ahora bien, el carácter publicista del artículo 275 precisamente está salvaguardándole a los grupos étnicos la opción de invocar y hacer valer el derecho de preferencia que les asiste con apoyo en el artículo 124 ibídem</i></p>

preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviera ubicada en zonas mineras indígenas o de comunidades negras o mixtas.

previo el cumplimiento de las prerrogativas y derechos indígenas condiciones, requisitos y trámites contemplados en los artículos 121 y 129 del mismo Código. Siendo entendido que el Ministerio de Interior deberá agotar todos los medios legales pertinentes para notificarles efectivamente a los representantes de los grupos étnicos la propuesta de contrato de concesión en orden a que éstos tengan la oportunidad real de pronunciarse sobre el susodicho derecho de preferencia.

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

<p>ARTÍCULO 276. RESOLUCIÓN DE OPOSICIONES. Vencido el término de treinta (30) días de que trata el artículo anterior, en una sola providencia se resolverán las oposiciones presentadas y se definirán las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Si las oposiciones y superposiciones que fueren aceptadas comprendieren solo parte del área pedida, se restringirá la propuesta a la parte libre y si la comprendieren en su totalidad, se ordenará su archivo.</p>	<p>Vigente</p>
<p>ARTÍCULO 277. RECHAZO DE SOLICITUDES. Las solicitudes e intervenciones de terceros que no se refieran a oposiciones, al ejercicio del derecho de prelación, a superposiciones y a intervención de los representantes de la comunidad en interés general, serán rechazadas por improcedentes mediante providencia motivada. De estas solicitudes y de su rechazo se formará informativo separado, y los recursos que se interpongan contra la mencionada providencia se concederán en el efecto devolutivo.</p>	<p>Vigente</p>
<p>ARTÍCULO 279. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. Dentro del término de diez (10) días después de haber sido resueltas las oposiciones e intervenciones de terceros, se celebrará el contrato de concesión y se procederá a su inscripción en el Registro Minero Nacional. De</p>	<p>Vigente</p>

contrato se remitirá copia a la autoridad ambiental para el seguimiento y vigilancia de la gestión ambiental para la exploración.	
---	--

Como puede verse, no existe cosa juzgada constitucional, en relación con el primer conjunto de cargos de la demanda, relacionados con el modo de adquisición de un título minero. La sentencia más relevante acerca del Código de Minas que se menciona en el cuadro, la C-891 de 2002 se dictó en el marco de un cuestionamiento contra la integridad de la ley, por desconocimiento del derecho fundamental a la consulta **previa su expedición**. Es decir, en el escenario de la consulta de medidas legislativas. El artículo 275, además, fue estudiado en la misma sentencia, también por violación al derecho a la consulta, pero por no incorporar esta obligación en su texto, y la Sala declaró su exequibilidad condicionada al respeto por ese derecho al momento de su aplicación. Y en torno al artículo 53 se dictó la sentencia C-229 de 2003, en la que se analizó exclusivamente un cargo por supuesta violación al principio de unidad de materia.

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

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

Presentación del caso y primer problema jurídico

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

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

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

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

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

El Ministerio del Interior presentó concepto solicitando que se declare la

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

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

Contexto. El impacto multidimensional de la minería.

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

En el plano ambiental, ya desde la sentencia C-339 de 2002, la Corte Constitucional se refirió por primera vez a los impactos de la minería y, más recientemente, diagnósticos similares (aunque en estudios más profundos) han sido publicados por la Defensoría del Pueblo (2010), la Contraloría de la Nación (2013) y órganos independientes, como el del Grupo de Diálogo sobre la Minería en Colombia (GDIAM; 2016).

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

de la ley, al tiempo que se reclama la protección a la minería que, desde hace mucho tiempo, practican comunidades campesinas, indígenas y afrodescendientes.

31. En el plano económico, la minería constituye una de las apuestas centrales de los dos últimos planes de desarrollo a nivel nacional (PND 2010-2014, “*prosperidad para todos*” y 2014-2018, “*todos por un nuevo país*”), que defienden la importancia del sector como fuente de crecimiento, al menos en el corto y mediano plazo. En la misma línea, Fedesarrollo ha publicado informes periódicos (2008, 2012) en los que se refiere a las rentas generadas por la actividad, su importancia en la balanza comercial y su potencial como generador de empleo.

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

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

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

Los minerales se consideran, en general, recursos naturales no renovables, cuya propiedad es atribuida por la Carta Política al Estado (artículo 332 CP) y hacen parte de la riqueza natural de la nación (artículo 8° CP). El artículo 334 de la Carta establece el deber de intervención estatal, entre otros aspectos, para distribuir adecuadamente las cargas y beneficios del desarrollo y proteger el ambiente; el artículo 360 ordena al Congreso de la República definir el régimen de explotación de estos bienes, y el artículo 80 Superior, establece la obligación de planificación ambiental.

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

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

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

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

37. La Carta Política de 1991 es una Constitución ‘verde’ o ‘ecológica’, como lo

expresó la Corte Constitucional por primera vez en la sentencia T-411 de 1992 y lo ha reiterado hasta el día de hoy. Esta expresión no es una declaración retórica sin contenido normativo específico. En primer lugar se refiere al conjunto de normas específicas en las que el Constituyente plasmó mandatos de protección al ambiente; en segundo término, a un eje transversal de la Carta y un valor implícito en el sustrato axiológico del orden normativo y, por último, a un derecho fundamental, a la vez colectivo y autónomo. En ese sentido, en la reciente sentencia C-449 de 2015, la Corte explicó:

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

38. Como eje transversal de la Constitución, el ambiente compromete al Estado a la creación de una institucionalidad adecuada para su protección y al desarrollo de normas legales y políticas públicas que respondan a la aspiración de preservar la riqueza nacional. En este ámbito, la Corte se pronunció recientemente acerca de la prohibición de la minería en páramos, por su invaluable importancia para la preservación de los ciclos del agua, la mitigación del cambio climático y la absorción de carbono, al tiempo que ordenó la delimitación de los páramos (C-035 de 2016).

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

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

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

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

En el año 1987, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo publicó el informe “*Nuestro Futuro Común*”, en el que el desarrollo sostenible adquiere un papel protagónico en torno a los problemas ambientales; este documento lo define como “*aquel que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*”; y, en la misma dirección, se refiere a “*la posibilidad de obtener un crecimiento económico basado en políticas de sostenibilidad y expansión de la base de recursos ambientales. Su esperanza de un futuro mejor, es sin embargo, condicional. Depende de acciones políticas decididas que permitan desde ya el adecuado manejo de los recursos ambientales para garantizar el progreso humano sostenible y la supervivencia del hombre en el planeta. En palabras de la misma Comisión, el informe no pretende ser una*

predicción futurista sino un llamado urgente en el sentido de que ha llegado el momento de adoptar las decisiones que permitan asegurar los recursos para sostener a esta generación y a las siguientes”.

41. Pocos años después, y pasados apenas unos meses desde la expedición del texto constitucional de 1991, se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro, conocida como “*La Cumbre de la tierra*”, donde se reafirmó la relevancia de la protección del ambiente para la comunidad internacional y comenzaron a establecerse compromisos y obligaciones de los Estados, especialmente, a través de la Declaración de Río y el Convenio de Diversidad Biológica, incorporada al orden interno por ley 165 de 1994. En la Cumbre se adoptó, además, el Programa 21, un conjunto de planes de acción específica para dotar de eficacia al principio.

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

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

Ya en la sentencia C-671 de 2001, en consideraciones que tienen hoy plena vigencia, la Corte explicó el alcance del concepto, en los siguientes términos:

“El derecho a un ambiente sano, que implica la protección del medio ambiente en el que se desarrolla cada individuo, encuentra cabal protección en la Carta Política, la cual a su vez consagra el desarrollo sostenible como un derecho de los ciudadanos y como un deber del Estado, en el sentido de que éste debe propugnar por “*un desarrollo sin un aumento en el consumo de recursos que supere la capacidad de carga del medio ambiente*”^[8] o, en otras palabras, un desarrollo que “*satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades.*”^[9] Sobre el deber del Estado de consolidar un desarrollo [sostenible], la Corte se ha pronunciado así: “[e]s indudable que la dimensión ecológica de la Constitución, como norma de normas que es (CP art 4), confiere un sentido totalmente diverso a

todo un conjunto de conceptos jurídicos y económicos. Estos ya no pueden ser entendidos de manera reduccionista o economicista, o con criterios cortoplacistas, como se hacía antaño, sino que deben ser interpretados conforme a los principios, derechos y obligaciones estatales que en materia ecológica ha establecido la Constitución, y en particular conforme a los principios del desarrollo sostenible”.

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

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

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

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

50. Dado que se trata de un tema en construcción, la Corte considera prudente

plantear algunas consideraciones preliminares, antes que una reflexión comprensiva sobre el asunto:

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

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

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

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

En la sentencia C-035 de 2016 la Corte sostuvo que el ordenamiento constitucional no prevé un modelo puramente conservacionista y que el derecho a un ambiente sano no es absoluto, de manera que las tensiones entre uno y otro deben conciliarse caso a caso. Es importante aclarar esta afirmación, con base en tres ideas que surgen, tanto de la exposición previa, como de una regla de interpretación recordada por la Corte en esa misma sentencia.

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

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

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

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

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

52. El artículo 333 Superior protege la iniciativa privada y la libertad de empresa, en el marco del bien común, al tiempo que le atribuye una función social. Sin embargo, esta facultad está sujeta al bien común y, de acuerdo con el artículo 334 Superior, puede ser encauzada por la intervención estatal en la

economía, en procura de mejorar la calidad de vida, proteger el ambiente, lograr una distribución equitativa de las cargas y beneficios del desarrollo, entre otros fines.

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

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

55. En lo que tiene que ver con la explotación de recursos y la libertad económica, recientemente la sentencia C-035 de 2016 señaló que “*si bien la actividad de explotación de recursos naturales se encuentra protegida por la Constitución, en tanto que es una actividad de explotación de recursos estatales debe consultar al interés general, y por ello, el margen de la libertad de decisión de los particulares es significativamente menor que para el desarrollo de otras actividades económicas [...]*”.

56. Ahora bien, específicamente sobre el contrato de concesión minera, la Corte ha explicado que se trata del principal mecanismo que actualmente utiliza el Estado para encauzar la iniciativa privada en la actividad minera. En las decisiones C-250 de 1996, C-983 de 2010 y C-035 de 2016, la Corte ha hecho referencia a esta figura jurídica.

Para comenzar, esta Corporación ha explicado las características que comparte con todo contrato de concesión. La sentencia C-250 de 1996 sostuvo que el contrato de concesión es aquel que celebran “*entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo*

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

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

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

De igual manera, en la sentencia C-983 de 2010 la Corporación consideró que en virtud del interés público de estas relaciones contractuales, se genera en las autoridades la obligación de ejercer permanente vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario. La facultad de dar instrucciones al concesionario sobre la explotación del bien y, en fin, las potestades para asegurar el correcto ejercicio de la concesión y la eficiente explotación del mismo. Añadió la Corte que, al hablar del Estado como propietario de los recursos naturales y el subsuelo, se hace referencia al *“conjunto de todas las autoridades públicas, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales”*, para evitar su centralización, y para que los beneficios que se deriven de su explotación sean para todos los colombianos.

58. En la sentencia C-035 de 2016, al referirse a la prohibición de la minería en páramos, establecida, primero, por la Ley 1382 de 2010 y, posteriormente, por

la Ley 1753 de 2015, sostuvo que “*la sola existencia de un contrato de concesión no impide al Estado limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de la concesión, cuando con ella se pretenda proteger un bien jurídico de mayor importancia*”, pues sostener lo contrario implicaría sujetar “*la actividad legislativa a intereses particulares, estancar la capacidad del ordenamiento de responder a los cambios sociales, e invertir la regla constitucional de prevalencia del interés general*”.

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

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

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

1. Es un negocio jurídico celebrado entre el Estado y un particular para efectuar a cuenta y riesgo de éste, las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y el cierre o abandono de los trabajos u obras correspondientes. Por ende, se trata de un acuerdo de voluntades y no de una manifestación unilateral de la voluntad; [...]
2. Este negocio jurídico se encuentra supeditado al principio de *temporalidad*, su duración en el derecho colombiano es por el término que solicite el proponente y hasta un máximo de 30 años [...].
3. La concesión minera no otorga al particular derecho de propiedad alguno, pero si *derechos de contenido patrimonial oponibles frente a terceros* y transmisibles de acuerdo con la ley [...]
4. A diferencia de lo que ocurre con otros bienes de propiedad pública y con otros títulos habilitantes, la concesión minera no se soporta en el criterio de la

“Precariedad de los derechos otorgados”, esto tiene una implicación directa en la posibilidad de variación unilateral de las condiciones del negocio jurídico, en otras palabras, el llamado por la doctrina *ius variandi* de la Administración, se encuentra limitado. 5. El contrato de concesión minera da nacimiento a unas obligaciones de carácter legal que son propias de este tipo de contratos; el contenido del negocio jurídico (tanto los derechos como obligaciones de cada una de las partes) se encuentra previamente establecido en el código de minas, por ende, los estudios, trabajos y obras a que por virtud de la concesión queda comprometido el concesionario, son los expresamente señalados en este cuerpo normativo; de hecho, el legislador prohíbe su modificación o adición por parte de las autoridades. [...]. 6. Como negocio jurídico típico de derecho administrativo, por expreso mandato de ley contiene cláusulas exorbitantes: la posibilidad de declarar la caducidad del contrato y la reversión una vez éste ha finalizado. De igual forma, se reconoce a la autoridad concedente la facultad de conminación mediante la imposición de multas en caso de presentarse alguna infracción de las obligaciones que recaen sobre el contratista”.

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

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

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

“Una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1°. Al señalar que la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que es ‘una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica’ (art. 58, inciso 2°). Además, señala la Constitución, que el Estado debe ‘prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados’ (art. 80). Así mismo, establece dentro de los deberes de la persona y del ciudadano la obligación de ‘proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano’ (art. 95, ordinal 8)”.

Tercero, minería y participación ciudadana

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

65. La sentencia C-180 de 1994 estableció que la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación no comprende solo mecanismos para la toma de decisiones por parte de los ciudadanos, como referendos o consultas, sino la posibilidad de participar permanentemente en los procesos decisorios “*que incidirán sustantivamente en el rumbo de su vida*” para “*fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual*”, y para aumentar el interés de los ciudadanos y la igualdad de oportunidades. En consecuencia, afirmó, “*la participación ‘puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales’*”

66. Igualmente, en la sentencia C-150 de 2015, la Corporación resaltó que la participación es “*eje medular del ordenamiento constitucional vigente*” y genera varios deberes para el Estado tales como “*(i) el deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas de cualquier tipo que impidan el libre ejercicio de la participación por parte de ciudadanos y organizaciones sociales, (ii) el deber de adoptar medidas de todo tipo que eviten que las autoridades públicas*

o los particulares interfieran o afecten el libre ejercicio de las facultades en cuyo ejercicio se manifiesta la participación y (iii) el deber de implementar medidas que procuren optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación y que, al mismo tiempo, eviten retroceder injustificadamente en los niveles de protección alcanzados”.

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

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

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

A nivel internacional, el principio 10 de la Declaración de Río reconoce la importancia de la participación ciudadana en asuntos ambientales: *“el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos”.*

El Convenio de Diversidad Biológica, ratificado por Ley 165 de 1994, en su principio 1° señala que *“la elección de los objetivos de la gestión de los recursos de tierras, hídricos y vivos debe quedar en manos de la sociedad”*, el principio 2° establece que *“la gestión debe estar descentralizada al nivel apropiado más*

bajo” y el Principio 12 determina que “en el enfoque por ecosistemas deben intervenir todos los sectores de la sociedad y las disciplinas científicas pertinentes”.

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

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

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

En esa providencia, sostuvo la Corte que el tratamiento justo supone que “ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal. Entretanto se entiende que la participación comunitaria resulta significativa cuando: (i) los residentes comunitarios potencialmente afectados tienen una oportunidad apropiada para participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que afectará su ambiente y/o salud; (ii) la contribución del público y las preocupaciones de

todos los participantes son efectivamente tenidas en cuenta y susceptibles de influir la toma de decisiones; (iii) los responsables de decidir promueven y facilitan la participación de aquellas personas y/o grupos potencialmente afectados”.

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

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

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

Los dos componentes de la justicia ambiental objeto de análisis cuentan con soporte constitucional expreso y quedan comprendidos dentro del mandato constitucional que ordena asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2 CP). En relación con el primero de ellos, el artículo 79 de la Carta consagra el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, disposición que, interpretada a la luz del principio de igualdad establecido en el artículo 13, constituye el fundamento de un derecho fundamental de acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes, al

igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados.

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

El componente participativo viene asegurado por el artículo 2º Superior, que consagra, entre los fines del Estado, el de ‘facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación’, y por el derecho fundamental a la participación recogido en el artículo 40 de la Carta Política. Pero además, el constituyente consagró de manera específica el derecho de todas las personas a participar en las decisiones que puedan afectar el disfrute de un ambiente sano (art. 79 CP) y, para el caso específico de los grupos étnicos, a través del mecanismo de la consulta previa (art. 330 CP).

Otras decisiones relevantes.

A continuación la Sala se referirá a sentencias que, si bien no responden específicamente a las tensiones descritas, sí constituyen un cuerpo dogmático relevante para la comprensión de los problemas relacionados con la minería, desde un punto de vista constitucional.

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

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

desde la Constitución la relación entre los territorios y el nivel central.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Solución al primer problema jurídico

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

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

Premisas de análisis.

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

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

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

Los artículos demandados que se encuentran entre los aspectos procedimentales (Título VII, capítulo XXV) del Código de Minas se refieren a los requisitos que debe acreditar el interesado, las autoridades ante quien debe presentarse la propuesta y la forma de determinar la primera petición, la publicidad, el compromiso de seguir las guías ambientales expedidas por la autoridad competente, la participación y las causales de objeción y rechazo de la propuesta.

En lo que tiene que ver con los requisitos de diligenciamiento de la propuesta,

debe resaltarse el contenido del artículo 271 del CM, que destaca los siguientes: el señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado; la descripción del área objeto del contrato y su extensión; la indicación del mineral o minerales objeto del contrato; la mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas; si el área abarca lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, de acuerdo con el artículo 35 del Código de Minas; el señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías.

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

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

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

El control de constitucionalidad es concebido como un ejercicio lógico y

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

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

Sin embargo, el derecho ambiental incorpora un conjunto de principios cuyo contenido normativo no se agota en el presente, sino que se proyecta a un porvenir más o menos incierto. Como se explicó ampliamente al desarrollar el contenido del derecho al ambiente sano, el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras, tienden puentes entre el presente y el futuro, así que no resulta casual que uno de los documentos más relevantes en el surgimiento del derecho internacional haya sido denominado “*Nuestro futuro común*”.

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

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

Esa conclusión resulta inadmisibles por diversas razones. Primero, porque los

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

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

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

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

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

La Corte Constitucional ha construido un sólido cuerpo jurisprudencial, en defensa del ambiente, como principio superior y elemento estructural del Estado constitucional de derecho. Sin embargo, en problemas jurídicos similares al estudiado y, particularmente, en las sentencias C-339 de 2002 y C-891 de 2002 ha defendido una opción hermenéutica que consiste en descartar la violación de determinados principios, especialmente, los ambientales, con base en los principios generales de interpretación del derecho: la prevalencia de la ley

especial (minera), la necesidad de una interpretación sistemática del ordenamiento y el principio de interpretación conforme a la Constitución Política.

Esa fue la línea decisoria que, en sentencia C-339 de 2002, llevó a la Corte a declarar la exequibilidad simple de la norma interpretativa contenida en el artículo 4° del CM (ya explicada); y esa fue también la vía que llevó a la Corporación a declarar exequible de forma simple la mayor parte de las normas analizadas en la sentencia C-891 de 2002. Así, en la primera sentencia la Corte sostuvo que (i) el principio de aplicación preferente del CM es sólo una manifestación de la regla según la cual la ley especial prevalece sobre la general; (ii) ello no excluye la aplicación de las normas constitucionales (incluidas las ambientales) y (iii) ni las de otros ordenamientos, en caso de vacíos normativos o remisión expresa. En la segunda, la Corporación explicó que no todas las normas sobre pueblos indígenas tienen que mencionar el deber de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas, pues los derechos fundamentales siempre deben respetarse, y es ajeno a la técnica legislativa incorporar todas las normas constitucionales relevantes para la comprensión e interpretación de las reglas legales.

Como se indicó en la línea jurisprudencial acerca de la iniciativa privada y el deber de intervención estatal en materia de minería, también el Consejo de Estado ha acogido esta opción hermenéutica. Así, en la sentencia de 3 de febrero de 2010, en la que la alta Corporación debía analizar la validez de una norma reglamentaria que establecía parámetros para dirimir empates entre proponentes a un título minero, que hubieran presentado sus propuestas dentro de un lapso no superior a treinta minutos, consideró que el artículo 53 del CM, hoy demandado, no se opone a los principios de la función pública, pues el artículo 209 debe aplicarse directamente. Al resolver el problema jurídico, la Sección Tercera señaló, sin embargo, que, en virtud del principio de legalidad, componente esencial del debido proceso, de la interdicción de arbitrariedad y del respeto por la seguridad jurídica, la administración no podría crear o exigir ningún requisito distinto a los previstos en el Código de Minas para acceder a la entrega del título.

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

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

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

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

Además del problema descrito, esta orientación se justifica por las siguientes razones: la minería tiene un alto impacto ambiental, y este puede tornarse irreversible; es preciso avanzar en la protección del ambiente, en virtud de todos los elementos explicados en el acápite anterior (premisa dos) y el principio de progresividad: la comunidad internacional revisa cada diez años los compromisos previstos en la Cumbre de la Tierra en Río; existe un cuerpo de sentencias que viene ampliando la protección ambiental frente a otros intereses. La minería ocupa un papel protagónico en la política económica del país; en un conjunto de sentencias se vienen adoptando condicionamientos de este tipo.

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

El contrato de concesión, como se ha explicado ampliamente, no confiere un derecho de propiedad sobre bienes estatales, sino una posibilidad de aprovechamiento, una vez inscrito en el registro minero; activa una obligación

de control y vigilancia estatal sobre las actividades; y puede ser revocado por hechos asociados a la protección del ambiente.

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

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

Estudio del cargo

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

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

Primero, ni el procedimiento de selección guiado por el principio de preferencia, ni los requisitos exigidos, desconocen la Constitución Política. El primero obedece a la intención democrática y liberal de que todas las personas interesadas puedan ejercer una actividad económica productiva, sin que ello afecte los principios de la función pública, pues, de una parte, la preferencia en el tiempo sí es un criterio objetivo y, por otra, no es cierto que haya un vacío de

requisitos, como lo demuestran precisamente las normas cuestionadas (aquellas que van del artículo 270 al 279 del Código Minero).

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

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

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

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

En la citada sentencia C-983 de 2010, la Corte Constitucional señaló que las normas legales constituyen un ámbito en el cual el Congreso tiene un margen de regulación particularmente amplio, conclusión que se desprende de tres premisas normativas relevantes: el artículo 150 de la Carta, que establece la cláusula general de competencia del Congreso, en el sentido de *hacer las leyes*, o desarrollar en el ámbito del foro democrático de representación los contenidos amplios e indeterminados de las cláusulas constitucionales. El artículo 360 que le otorga al órgano legislativo la potestad para establecer las reglas sobre la explotación de los recursos naturales. Y el artículo 334 que ordena la

intervención estatal en la economía, incluso frente a la iniciativa privada, entre otros fines, para la protección del ambiente y una adecuada distribución de las oportunidades y beneficios del desarrollo, el uso del suelo y el mejoramiento de la calidad de vida de la población colombiana.

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

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

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

Finalmente, una interpretación sistemática de estas normas exige tomar en consideración el artículo 8 Superior que establece el deber estatal de proteger el patrimonio cultural y natural de la Nación y el artículo 80 que, según se ha

explicado prevé la necesidad de medidas adecuadas de planeación ambiental. Estos artículos justifican entonces plenamente la invocación de los principios de la función pública: transparencia, objetividad, igualdad, eficacia y eficiencia, al tenor del artículo 209 Superior, tal como lo señalan los demandantes.

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

Se trata entonces de una potestad muy amplia en la escogencia de fines y medios; pero de una potestad vinculada a diversos mandatos constitucionales y, por lo tanto, de menor amplitud a la que sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-983 de 2010. Es cierto entonces que la Corporación limita su análisis a estudiar la razonabilidad de la medida; pero toda medida regulativa sobre la explotación de recursos naturales que sea abiertamente indiferente a tales principios, o que privilegie otros distintos, sin motivos poderosos, debe considerarse inconstitucional.

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

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

Como puede verse, el modelo no puede calificarse de indiferente frente a algunos de los fines previamente descritos. Sin embargo, sí resulta evidente que el principio de preferencia se orienta a dotar de agilidad el trámite y a permitir el

acceso de todo interesado, antes que a cuidar cualquier otro propósito constitucionalmente relevante. A su vez, los requisitos de los artículos 270 a 279, o son formales (literalmente, pues se concretan en afirmaciones vertidas en un formulario), o se limitan a evitar la violación de una prohibición expresa y a una afirmación sobre el cumplimiento de la ley.

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

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

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

La respuesta está en la segunda premisa, no basta con la interpretación

sistemática. Sino que la Corte debe sentar los parámetros y establecer lo que se debe hacer mientras se dicta una norma representativa y participativa (consultada).

2. El ambiente sano y las generaciones futuras.

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

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

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

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

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

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

económico, lo ecológico y lo social.

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

La única exigencia actual que el CM presenta en materia de concesión minera es la afirmación de cumplir con las guías ambientales. Sin embargo, no se realiza un análisis de la vocación minera del territorio nacional, de su interacción con otras actividades económicas y socialmente relevantes, como el fomento a la agricultura, el acceso a la tierra o la restitución de las tierras de las víctimas de la violencia y los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados. No existen parámetros de racionalidad ambiental, en términos técnico científicos, que expliquen o estructuren un método de entrega de títulos destinado a concretar un concepto de país, rico en minerales, pero biodiverso, pluralista y multicultural.

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

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

3. La participación ciudadana

La participación es un principio cardinal de la Carta Política, una visión de la democracia acogida por el Constituyente de 1991 y un derecho fundamental. Esta se concreta en la intervención activa de todos los posibles afectados por una decisión, y en la obligación de las autoridades de darle efectos, para así

construir una nación donde lo público se discute tanto desde abajo, desde cada ciudadano, como a través de sus representantes en el Congreso de la República.

La apuesta por la participación del constituyente fue tan seria que la elevó al rango de derecho fundamental en el artículo 40 Superior y previó la existencia de un conjunto de poderosos mecanismos para llevarla a la práctica, como la consulta, el referendo, el plebiscito, el cabildo abierto o la revocatoria del mandato. Finalmente, estimó necesario incorporarla como un mandato autónomo en ciertos campos, como ocurre, precisamente, en el caso del ambiente (artículo 79) y la explotación de recursos en las comunidades étnicas (art. 330, sobre el que se hablará en la segunda parte de esta providencia). Esta Corte, en fin, ha destacado su carácter universal y expansivo (C-150 de 2015).

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

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

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

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

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

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

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

Sin duda, la sentencia C-298 de 2016 es un precedente relevante para el caso concreto. Sin embargo, la Sala observa que en aquella oportunidad se discutía acerca de la participación previa a la expedición de una licencia ambiental, asunto en el que la previsión del ordenamiento es explícita, lo que no ocurre en el escenario que ahora se analiza.

En concepto de la Corte, la existencia de una instancia de participación real, representativa, libre, informada y efectiva, previa la concesión de un título minero es necesaria, debido a que esta decisión no es inocua, sino que genera una expectativa en torno al destino del predio, el entorno y el territorio. Es cierto

que los trabajos exploratorios no se iniciarán con la sola entrega del título minero, pero también es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación. Así las cosas, la relevancia jurídica de la decisión y la probabilidad real de que se inicien trabajos exploratorios demuestran que esta decisión puede generar afectaciones intensas en los derechos de los dueños del predio, la comunidad y las garantías de las entidades territoriales.

Un aspecto relevante a precisar es que en el ordenamiento legal actual, la licencia ambiental únicamente se exige previa la explotación minera, a pesar de que existe un consenso técnico, científico y jurídico acerca de la manera en que la exploración impacta el ambiente, lo que agrava el hecho de que al momento de la concesión no se prevea espacio participativo alguno, más allá de los llamados de esta Corporación a que la licencia se exija previa la realización de trabajos exploratorios; y la consulta, siempre que una medida sea susceptible de afectar a las comunidades étnicamente diferenciadas, sin importar el momento o la fase en que se dé, se demuestre, o existan serias razones para que la administración infiera tal afectación.

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

Alcance de la decisión

Con el propósito de adoptar la decisión que, en mayor medida preserve la potestad de configuración del derecho del Legislador en el ámbito de la explotación de recursos naturales, la Sala declarará la exequibilidad de los artículos 16, 53, 270 y 271 de Ley 685 de 2001, en el entendido de que es preciso que la autoridad minera nacional adopte medidas especiales para asegurar la protección al ambiente y el adecuado manejo de los recursos naturales en la entrega de contratos de concesión que, de acuerdo con los criterios técnicos pertinentes, se refieren a proyecto mineros de mediana o gran escala, en los cuales deberá garantizarse, además, la participación libre, previa,

representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados. Dado que los demás artículos analizados en este acápite son normas que complementan los aspectos procedimentales del método de concesión de títulos mineros, la Sala declarará su exequibilidad simple.

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

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

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

PARTE II

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

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

Claridad

Tal como ocurre con la primera parte de los cargos, la demanda presenta con claridad su punto de vista acerca de cómo estas normas podrían afectar derechos de los pueblos indígenas debido a que, en su concepto, les impide oponerse a la práctica de la minería dentro de sus territorios, lo que afecta su autonomía y derecho de propiedad sobre estos.

Certeza

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

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

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

Pertinencia

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

Especificidad

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

Suficiencia

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

La Sala considera que ambas afirmaciones tienen fuerza suficiente para generar dudas de inconstitucionalidad. Sin embargo, estima que el artículo 128 regula un supuesto que no podría ser la fuente de afectación de los derechos mencionados, en la medida en que impone una obligación de promover la vinculación de personas indígenas en el proyecto. Esa norma no se refiere ni a la

entrega de la concesión, ni al alcance de la prelación, ni a la posibilidad de oponerse o no a la consulta. En consecuencia, la Sala excluirá esta norma del análisis, por ineptitud parcial de la demanda.

Cosa juzgada constitucional

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

Decisiones adoptadas en relación con las normas demandadas.

<p>ARTÍCULO 122. ZONAS MINERAS INDÍGENAS. [Inciso 1º:] La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudio 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.</p> <p>[Inciso 2º:] Toda propuesta de particulares para explorar y explotación 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.</p>	<p>Inciso 1o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-418-02 de 28 de mayo de 2002 Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis; 'bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 de Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991'</p> <p>(Declaratoria de exequibilidad condicionada, bajo el entendido de que debe respetarse el derecho a la consulta previa).</p> <p>Sentencia C-891 de 2012. La Corte declaró exequible la norma. En esta decisión la Corporación declaró exequible el Código de Minas, en su integridad, por el cargo de violación a la consulta previa. La Corte consideró que el Gobierno hizo esfuerzo suficientes por consultar la ley, y ello no fue logrado.</p> <p>Al resolver un cargo específico contra</p>
--	--

el artículo 122 señaló que estas decisiones deben ser objeto de consulta previa con los pueblos indígenas, sólo por los cargos analizados.

Sentencia C-395 de 2012, declaró la inexecutable simple del inciso segundo. Aclaró la Corte que el derecho a la consulta previa es fundamental y que debe respetarse aún sin desarrollo legislativo. Este es el aparte central de la decisión:

“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 el ejercicio de la actividad minera se plantee la posibilidad de que se produzca una afectación directa de las comunidades indígenas y 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

	<i>manera expresa esa obligación.”</i>
<p>ARTÍCULO 123. TERRITORIO Y COMUNIDAD INDÍGENAS Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan.</p>	<p>Sentencia C-891 de 2002, declarando inconstitucional y por lo tanto inaplicable la norma, por los cargos analizados (es decir, violación a la consulta previa en la expedición de la ley)</p>
<p>ARTÍCULO 124. DERECHO DE PRELACIÓN DE GRUPOS INDÍGENAS. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera le otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.</p>	<p>Declarado exequible, por sentencia C-891 de 2002, por los cargos analizados. Esto es más complicado de explicar en esta columna, va al pie de página.</p>
<p>ARTÍCULO 275. COMUNICACIÓN DE LA PROPUESTA. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio de Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta</p>	<p>Corte Constitucional - Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia <u>C-891-02</u> de 22 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'solamente por los cargos aquí analizados, y bajo el condicionamiento señalado en la parte motiva de esta sentencia'.</p>

(30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviera ubicada en zonas mineras indígenas de comunidades negras o mixtas.	
---	--

En ese orden de ideas, algunos intervinientes y el Ministerio Público advierten que la Corte Constitucional se ha pronunciado ya acerca de la constitucionalidad de parte de las normas demandadas. Concretamente, hacen referencia a la sentencia C-891 de 2002 en la que este Tribunal analizó dos problemas jurídicos. Primero, un cargo general contra el Código de Minas (entonces recién expedido), por violación al derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas; segundo, cargos contra normas específicas, relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas, que (i) no fueron consultadas o (ii) no incluyeron en su texto la obligación de consultar a las comunidades étnicas concernidas, al momento de su aplicación, a pesar de tratarse de asuntos que, evidentemente, las afectan directamente.

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

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

Sin lugar a dudas hay dos decisiones muy importantes para la solución del caso concreto: la sentencia C-891 de 2002 y la C-395 de 2012, en las que la Corte

Constitucional ha señalado que no es válida ninguna interpretación de los artículos demandados, que suponga la exclusión o desconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Aunque esas sentencias no proyectan fuerza de cosa juzgada, ni son técnicamente precedentes, dada la diferencia de problemas jurídicos, sí otorgan razones constitucionales muy relevantes para la solución de los cargos propuestos.

Cuestión previa, de la integración de la unidad normativa.

Un requisito de procedencia del control de constitucionalidad consiste en que el demandante identifica adecuadamente los contenidos normativos objeto de control, debido a que la Corte Constitucional no tiene la competencia de pronunciarse oficiosamente sobre la validez de las leyes. Sin embargo, la Corporación ha aceptado de forma excepcional la necesidad de integrar la unidad normativa, cuando (i) la disposición no tiene un contenido deóntico claro unívoco, así que para entenderla y aplicarla resulta imprescindible integrar su contenido con el de una disposición que no fue acusada; (ii) cuando la disposición se encuentra reproducida en otras normas que no fueron objeto de demanda; y (iii) cuando se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta dudas de inconstitucionalidad. Así, desde la sentencia C-539 de 1999, la Corte explicó:

“[...] En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. || En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo. || Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la

norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad””.

Esta doctrina se ha reiterado en sentencias posteriores, como la C-889 de 2012 y la C-104 de 2016. En la primera, la Corte señaló:

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

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

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

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

Similitud en los textos normativos

Artículo 122 Código de Minas	Artículo 133 Código de Minas
Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.	Las comunidades negras tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera de comunidad negra. Esta concesión podrá comprender uno o varios minerales y le serán aplicables las disposiciones de presente Capítulo.

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

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

Ahora bien, demostrada la íntima relación entre ambas disposiciones, hace falta verificar el segundo requisito para la procedencia de esta causal, que consiste en que exista una seria duda de inconstitucionalidad sobre la disposición mencionada. Esa duda se presenta en relación con el artículo 133, dado que el demandante ha logrado generarla en torno a un artículo muy similar el 124. Pero, además de ello, se presenta un riesgo adicional, y es que, de no integrarse la unidad normativa entre estas dos disposiciones, la propia Corte Constitucional podría incurrir en una violación al principio de igualdad de trato entre pueblos indígenas y comunidades negras. Por lo tanto, el análisis comprenderá también al artículo 133 del Código de Minas.

Presentación del caso y problema jurídico

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

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

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

Primero, los pueblos indígenas como titulares de derechos fundamentales.

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

Desde la sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional señaló que el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios es imprescindible para garantizar su supervivencia y la continuidad de culturas diversas a la mayoritaria, que contribuyen a la formación de la identidad nacional. Dijo la Corte que el reconocimiento de sus derechos fundamentales es una condición necesaria para asegurar que sus modos de vida no desaparezcan. En los autos 004 y 005 de 2009 añadió que el respeto por sus derechos es imprescindible para evitar la desaparición física y cultural de los pueblos originarios.

La analogía entre el derecho a la vida de toda persona y el derecho a subsistir de las comunidades étnicamente diferenciadas, como fundamento de sus derechos fundamentales, ha sido reiterada constantemente por esta Corporación, y surge a raíz de un análisis conjunto de los distintos factores que amenazan la subsistencia de los pueblos indígenas, entre los que se encuentran (i) la existencia de patrones históricos de discriminación en contra de los pueblos y personas indígenas; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios; (iii) la incompreensión de sus formas de ver el mundo, organización social y percepción del desarrollo, por parte de la sociedad no-indígena; (iv) los intereses económicos de la comunidad mayoritaria; (v) el especial impacto que el conflicto armado ha generado sobre sus territorios y forma de vida, y (iv) la

marginalidad económica, política, geográfica y social que caracteriza su situación y que se traduce en amenazas serias y reales para su pervivencia, al punto que esta Corte ha reconocido que 30 de los 102 pueblos indígenas de Colombia enfrentan actualmente el peligro de extinción.

-. Además del derecho a la subsistencia, la concepción participativa y pluralista de la democracia (artículo 2º CP), el principio de igualdad en sus distintas facetas (artículo 13 CP), la diversidad de culturas y el idéntico respeto por su dignidad (artículos 7 y 70 CP), así como los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concurren a reforzar el carácter fundamental de los derechos de los pueblos indígenas.

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

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

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

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

Para comenzar, la Sala considera pertinente recordar lo expresado en la sentencia T-634 de 1999 acerca de cómo, en la historia colombiana, los territorios ancestrales de los pueblos indígenas han sido, de una parte, dignos de la protección estatal y, de otra, objeto de desintegración y despojo:

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

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

[q]uebrantamiento de los resguardos convirtió a los indígenas en arrendatarios y aparceros y que ese despojo de las tierras de los resguardos “*fue uno de los hechos más decisivos en el empobrecimiento y miseria del pueblo colombiano*”.

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

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

Así, con base en una mirada a la historiografía nacional, y como se recordó en la sentencia T-661 de 2015, este Tribunal ha explicado que la organización de los pueblos indígenas en resguardos fue un recurso estratégico para el control de la población indígena durante el período colonial, que, paradójicamente, con el tiempo se convirtió en un mecanismo esencial para la defensa del derecho a la propiedad colectiva de sus territorios y en un eje de sus reivindicaciones sociales, políticas y jurídicas. La independencia, señaló la Corte, trajo consigo la apertura al mercado de las tierras, como bienes transables, en desarrollo de los principios de la economía liberal; mientras que la ley 89 de 1890, dictada en el marco del proyecto político de la Regeneración, se convirtió en un instrumento de protección de los territorios. Cien años después, a partir de una vigorosa reivindicación de sus territorios, la incipiente regulación de la Ley 89 de 1890 llevó al reconocimiento del derecho de los pueblos originarios a la propiedad colectiva de sus territorios.

- . Así, en la sentencia T-005 de 2016 se explicó que la Asamblea Nacional Constituyente, en la ponencia sobre “Los Derechos de los Grupos Étnicos” subrayó la importancia del derecho al territorio, *“al afirmar que sin este, las garantías superiores a la identidad cultural y la autonomía son un formalismo, ya que las comunidades indígenas necesitan el territorio en el cual se han asentado, para desarrollar su cultura².”*

El reconocimiento constitucional de estos derechos, finalmente, se produjo a través de un conjunto de normas, de las que cabe destacar los artículos 329, 330, 58 y 63 de la Constitución Política, normas que confieren especial protección a los territorios habitados por los pueblos indígenas, bien como tierra de resguardo, bien al referirse a su potencial constitución en entidades territoriales indígenas; prevén la protección estatal a formas de propiedad diversas a la individual o privada; atribuyen el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de resguardo; proclaman el respeto por la autonomía de las comunidades en el ámbito territorial donde se desenvuelve su cultura y se definen sus intereses políticos, religiosos, económicos y jurídicos, así como los ámbitos en que se desenvuelve su autonomía para gobernar sus territorios.

- . Desde el punto de vista material, el derecho a la propiedad colectiva de los territorios por los pueblos originarios, se desprende de la especial relación que mantienen con sus tierras y territorios, y a la que se ha hecho referencia en el Convenio 169 de la OIT, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en la de esta Corporación. Esa relación involucra a sus antepasados, sus cultivos, sus dioses. Y a la interdependencia entre el territorio, la autonomía, la subsistencia y la cultura. La relación de los pueblos con sus territorios ha sido recogida por la Corte Constitucional en un amplio número de providencias. En sentencia T-188 de 1993, la Corte sostuvo:

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

autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat”.

-. De igual manera, como se indicó en la sentencia T-005 de 2016, ya la sentencia T-380 de 1993 la Corte afirmó que el derecho a la propiedad colectiva de los resguardos comprende la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio; y en la T-525 de 1998 se reiteró que la propiedad colectiva de los territorios indígenas tiene gran relevancia constitucional, por ser esencial para la supervivencia y preservación de la cultura y valores espirituales de los pueblos.

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

Como se explicó en la sentencia T-005 de 2016, la idea de la ancestralidad como “*título*” de propiedad desarrollada en la sentencia T-235 de 2011 fue reiterada en los fallos T-282 y T-698 del mismo año, precisándose que: “*el término “título” se utiliza entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano. Los atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente por la jurisprudencia*”. En ese sentido, la providencia T-005 de 2016, puntualizó: “*el territorio indígena está asociado a una noción de ancestralidad y no al reconocimiento estatal a través de los títulos de dominio, ya que para los pueblos étnicos la tierra significa el espacio donde desarrollan su identidad cultural*”.

-. En la sentencia C-371 de 2014, reiterando la decisión T-693 de 2011, la Corte señaló que, en concordancia con los artículos 13 y 14.1 del Convenio 169, la protección constitucional del territorio no se restringe a los terrenos adjudicados de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que también abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural para ellos, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna otra manera, aunque estén por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos (efecto expansivo del territorio).

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

Entre los distintos aspectos relevantes del Instrumento, el numeral 1° del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, *“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”*. El artículo 15 se refiere al derecho a participar en la administración, utilización y conservación de los recursos dentro de sus territorios; a la consulta antes de cualquier programa de prospección o explotación de los mismos, a participar de los beneficios de esos proyectos y a recibir una indemnización equitativa en caso de que se causen daños como consecuencia de estos. El 16, en fin, se refiere a la obligación de obtener su consentimiento previo, libre e informado, previa la realización de cualquier medida que implique una movilización hacia fuera de su territorio colectivo.

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

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

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

“[Párrafo 149 ...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas).

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

En la misma dirección, ha sostenido esta Corte que el concepto de territorio colectivo no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de

protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo no es un concepto espacial, sino uno cultural (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, puede tener un efecto expansivo, destinado a la inclusión de los espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades.

-. En las sentencias T-955 de 2003 y T-698 de 2011, la Corte Constitucional hizo referencia a algunas de las consecuencias del reconocimiento del derecho, en términos de derechos y obligaciones de los pueblos étnicamente diferenciados. Además de las prerrogativas del Convenio 169 de la OIT, ya mencionadas, la Corte consideró que estos tienen los deberes de (i), usar, gozar y disponer de los recursos existentes en los territorios, con criterios de sustentabilidad; (ii) obtener autorizaciones de las autoridades ambientales para explotaciones forestales persistentes, con fines comerciales; (iii) garantizar al máximo la persistencia de los recursos naturales, al hacer uso de ellos; y (iv) conservar, mantener o propiciar la regeneración de la vegetación protectora de las aguas; dar un uso adecuado a ecosistemas frágiles, como manglares y humedales; y proteger las especies de flora y fauna silvestre en vías de extinción.

Para terminar, en la sentencia T-698 de 2011, la Corte recordó este conjunto de derechos, que se derivan de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios: (i) el derecho a la constitución de resguardos; (ii) el derecho a la protección de las áreas sagradas que las comunidades han ocupado tradicionalmente; (iii) el derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos; (iv) el derecho a disponer y administrar sus territorios; (v) el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio y (vi) el derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.” (T-693 de 2011, reiterada por la C-371 de 2014).

Estas consideraciones expuestas a propósito de una acción de tutela interpuesta por comunidades indígenas son también aplicables a las comunidades afrocolombianas, como lo ha reconocido esta Corte en sentencias como la T-955 de 2003, la T-376 de 2012 y la T-680 de 2012.

- En ese orden de ideas, la Sala reitera que, de acuerdo con la sentencia T-235 de 2011, las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter *imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio*; y la

ancestralidad de la posesión, como “*título*” de propiedad. Además, [...] el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de *ámbito cultural* de la comunidad.

Territorio, minería y consulta previa.

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

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

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

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

En concordancia con esas disposiciones constitucionales, y en cumplimiento de

lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el Legislador expidió la Ley 70 de 1993, en la que desarrolló el derecho de las comunidades negras a la consulta previa

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

Sin embargo, el artículo 6º del Convenio no constituye una disposición aislada. Debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del convenio que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión que les concierna, y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y los Estados parte del Convenio, algunas de las cuales se destacan a continuación: el artículo 5º, ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para *“allanar”* sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su *“participación y cooperación”*; el artículo 7º, plantea la obligación de garantizar su *participación* en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo al mejoramiento de sus condiciones de salud, trabajo y educación, y la de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la *participación y cooperación directa* de los pueblos interesados; el artículo 4º, establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos *“expresados de forma libre”*.

En relación con sus territorios, el artículo 15, hace referencia a la obligación de

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

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

5.2. Alcance de la consulta y subreglas aplicables

La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa, mediante un conjunto de *subreglas*, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011 se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse, así:

Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación *activa y efectiva* de los pueblos interesados. Que la participación sea *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea *efectiva*, indica que su punto de vista debe tener

incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Reglas o *subreglas* específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar *desprovistas de arbitrariedad*, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

Ámbito material de procedencia de la consulta previa

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

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

pueblos étnicamente diferenciados.

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

Ahora bien, dejando de lado el desarrollo sistemático de la consulta previa, contenido en un amplio conjunto de pronunciamientos constitucionales, en torno a las ideas descritas, la Sala se concentrará en lo sucesivo en las decisiones más relevantes en materia de extracción de recursos de los territorios indígenas, y en aquellas que se han pronunciado en torno al Código de Minas.

Extracción de recursos y consulta

Uno de los escenarios en los que el derecho a la consulta ha tenido mayor desarrollo jurisprudencial es el de la extracción de recursos naturales de los territorios indígenas. La sentencia fundadora de la línea, SU-039 de 1997 giraba precisamente en torno a la manera en que los trabajos de exploración de hidrocarburos adelantados por la empresa Occidental de Colombia generaba una afectación directa al pueblo u'wa. Las sentencias T-769 de 2009 y T-129 de 2011 constituyen los esfuerzos sistemáticos más relevantes de la Corte, y los fallos de constitucionalidad

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

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

De forma específica, en materia de minería, deben destacarse las sentencias C-418 de 2002 y C-891 del mismo año, en las que la Corporación conoció demandas contra el Código de Minas, por dos razones distintas, pero

íntimamente relacionadas: la omisión de la consulta previa en la expedición del Código o la omisión en que habría incurrido el legislador al no incluir la obligación de consulta a los pueblos, previa la aplicación de tales normas.

En las dos decisiones, la Corte Constitucional consideró que todas las medidas que permiten y regulan la explotación minera en territorios indígenas deben ser objeto de consulta previa, si son susceptibles de afectarlos directamente. Estas sentencias constituyen también decisiones pioneras en torno a la necesidad de consultar las medidas legislativas, jurisprudencia que se sintetizó, finalmente, en la sentencia C-030 de 2008 y que llevó a la postre a la declaratoria de inexecutable de la reforma al Código de Minas que adelantó el Legislador por Ley 1382 de 2010, con efectos diferidos a dos años.

De ese conjunto de decisiones surge entonces la conclusión de que las normas relacionadas con la minería son susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas. Es importante destacar que, si bien las primeras sentencias hicieron referencia al problema exclusivamente en relación con las normas del Código que hacían referencia explícita a los pueblos étnicos, en la sentencia C-366 de 2011 se estimó que es tan notable la relación, que debía declararse la inexecutable integral de la reforma, a falta de un ordenamiento especial, que regulara de forma cultural y étnicamente adecuada la minería en tales territorios.

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

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

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

El pronunciamiento **T-129 de 2011** en el que la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, de una comunidad del pueblo embera-katío, ubicada en los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito (Chocó), debido a que varias entidades públicas permitieron o decidieron **(i) iniciar la construcción de una carretera para la conexión de Colombia y Panamá en el resguardo, y (ii) conceder permisos mineros y permitir la explotación minera en el área de influencia del pueblo Embera-Katío sin llevar a cabo primero un proceso de consulta. Por ello se ordenó suspender todas las actividades de prospección, exploración -legal e ilegal- o similares en materia minera que puedan afectar a las comunidades indígenas, así como la construcción de la carretera. En este caso, la Corte además precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino de llevar a cabo las actividades de prospección** (Cita de la C-374 de 2001), decisión en la que la Corte sistematizó las subreglas y estándares que el Estado debe respetar al realizar los procedimientos de consulta y buscar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.

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

Para terminar este recuento, son de especial relevancia las sentencias **C-366 de 2011** y **C-395 de 2012**, en las que la Corte se pronunció específicamente en torno a normas del Código de Minas o la reforma del año 2010, y en las que la Corporación sentenció que existe un consenso, nacional e internacional, acerca de que la minería afecta directamente a los pueblos indígenas (C-366 de 2011) y una regla consolidada, y ampliamente explicada por la jurisprudencia constitucional acerca de la obligación de adelantar la consulta previa y, en algunos supuestos obtener el consentimiento previo, libre e informado, antes de adelantar una actividad, dictar una norma o establecer una política que afecte directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas (C-395 de 2012).

La última sentencia reiterada (C-395 de 2012) constituye un pronunciamiento de especial relevancia constitucional, en tanto se refirió a una de las normas demandadas en esta ocasión (el artículo 122 del CM). Por ese motivo, la Sala

considera pertinente transcribir las siguientes consideraciones:

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

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

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, señaló que en aquellos supuestos en que el Estado pretenda implantar una medida que afecte especialmente el derecho territorial de un pueblo indígena debe obtener su consentimiento previo.

La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias T-769 de 2009 (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011 (caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima–Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena o afrodescendiente no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida.

En ese orden de ideas, en las sentencias citadas (T-769 de 2009 y T-129 de 2011), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado, en materia de consulta previa, consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento; cuando la medida represente una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad, previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto.

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

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

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

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

La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo —y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad—, es un balance

constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.

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

Ahora bien, según lo ha expresado la Corte, la subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.

Análisis de constitucionalidad de los artículos 122, 124, 133 y 275 del Código de Minas, por presunta violación a la autonomía y los territorios colectivos de los pueblos indígenas.

Los artículos 122, 124, 133 y 275 del Código de Minas serán analizados también como un bloque de normas, con un contenido normativo complejo, pero único, desde el punto de vista del problema jurídico a resolver. En concepto de los accionantes, estas normas no permiten (prohíben) a los pueblos indígenas y afrodescendientes tomar decisiones vinculantes, en el sentido de

excluir la minería de sus territorios, por dos razones.

El artículo 122 establece la facultad de la autoridad minera competente para delimitar zonas mineras indígenas, dentro de territorios colectivos indígenas y advierte que en su interior la exploración y explotación del suelo y subsuelo debe ajustarse a las disposiciones especiales de participación de los pueblos étnicamente diferenciados; contenido normativo que también presenta el artículo 133 del Código de Minas, aunque en el caso de las comunidades negras y las zonas mineras correspondientes.

En sentencia C-395 de 2012 la Corte declaró exequible la norma, basada en que debe respetarse el derecho a la consulta previa en su aplicación. El artículo 124 establece el derecho de prelación de las comunidades indígenas dentro de las zonas mineras indígenas, para obtener la concesión dentro de las zonas mineras indígenas y el 275 la obligación de la autoridad minera de comunicar a los pueblos étnicos acerca de las propuestas de concesión, para que hagan efectivo el derecho a la prelación.

En concepto de los demandantes, este conjunto de normas violan el artículo 63 de la Constitución Política, pues a la vez que permiten la concesión de títulos, exploración y explotación minera dentro de sus territorios, no permiten que los pueblos indígenas nieguen esas posibilidades en el marco de su autonomía. Especialmente relevante para comprender la naturaleza del cargo, resulta el artículo 124 del CM o derecho de prelación de los pueblos indígenas. Este indica que, una vez delimitada un área minera indígena, las comunidades pueden ejercer el derecho de preferencia y adelantar por su cuenta los trabajos; o no hacerlo y, en consecuencia, permitir que la concesión se otorgue a un tercero, ajeno a la comunidad. Y desconocen, a su vez, la potestad que la Constitución les confiere para actuar como autoridades ambientales dentro de sus territorios ya que, ni siquiera a través de un proceso de *consulta autónoma* podrían excluir la minería de sus ámbitos vitales.

Como puede verse, la norma no establece un supuesto en el que la población pueda oponerse o prohibir la actividad dentro de sus territorios. La consulta previa no lo permite, ni la consulta autónoma que puedan efectuar internamente y en el marco de su autonomía como autoridades ambientales dentro de sus territorios.

El Procurador General de la Nación propone que se declare la exequibilidad de las normas demandadas pues el derecho territorial está protegido, tanto por la

consulta, como por el derecho de prelación.

El primer paso de la argumentación consiste en señalar que los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos son también predicables de los principios de los pueblos indígenas.

En ese marco, la autonomía, el territorio, la consulta, el principio de no discriminación y la igualdad de culturas, constituyen un conjunto armónico de principios, que requieren el uno del otro para su eficacia, y que conforman una visión integral de la pervivencia de los pueblos indígenas.

Como se expuso, la consulta previa es, en la jurisprudencia constitucional colombiana, un derecho complejo, que concreta los principios de democracia participativa, autodeterminación y autonomía de los pueblos y justicia ambiental. A la vez, posee una dimensión instrumental, que la convierte en la herramienta de defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

El territorio, a su turno, es un concepto cultural, que difiere del concepto de tierra como bien inmueble, sujeto a las leyes del mercado y la libre disposición de los particulares. El territorio es el ámbito donde se cohesionan y desarrolla la cultura; donde se consolida la autonomía, en el que se inscribe el derecho propio, y el espacio en el que la relación de los pueblos originarios con la naturaleza, defendida por esta Corte y el Derecho internacional de los derechos humanos se materializa.

Así las cosas, la Sala mantendrá presentes dos criterios orientadores: es imprescindible, para la solución de un problema relacionado con los derechos de los pueblos indígenas, mantener una visión integral de sus derechos; pero es necesario, también, no perder de vista la autonomía conceptual que cada uno de ellos posee. Por ello, aunque el cargo central propuesto en esta oportunidad tiene que ver con los atributos constitucionales de los territorios colectivos, la Sala tomará en consideración el derecho a la consulta previa, y la jurisprudencia relacionada en casos similares, para alcanzar una respuesta constitucionalmente adecuada.

En lo que tiene que ver con la facultad de los pueblos para actuar como autoridades ambientales dentro de su ámbito territorial, la Corte estima que ninguna de las normas demandadas se opone, impide o prohíbe el ejercicio de esas funciones, directamente establecidas en el artículo 330 de la Carta Política. Un problema distinto es que en el ejercicio de esas funciones puedan surgir

conflictos entre las decisiones de las comunidades y las que otras autoridades ambientales deben ejercer, de forma concurrente, supuesto hipotético que deberá resolverse en cada caso, bajo los estándares de la Constitución Política y esta Corporación.

- Las normas demandadas no desconocen, en abstracto, la autonomía de las comunidades indígenas para actuar como autoridades ambientales dentro de su ámbito territorial.

La Corte comienza por indicar que, tal como lo mencionan los accionantes, el artículo 330 de la Carta Política ha conferido a los pueblos indígenas, entre otras, la potestad de actuar como autoridades ambientales dentro de sus territorios, al tiempo que la sentencia T-955 de 2003 resaltó que tienen también deberes hacia el desarrollo sostenible y el uso responsable de sus recursos.

Obviamente, se trata de supuestos correlativos, que no pueden ser desconocidos por las demás autoridades públicas, y que deben llevar a espacios de concertación con las entidades territoriales y las corporaciones autónomas, para que los problemas ambientales y especialmente la percepción de los pueblos indígenas (usualmente armónica con la conservación y preservación del ambiente sano) sea tenida en cuenta, con efectos reales, por parte de las autoridades públicas.

Sin embargo, las normas cuestionadas no impiden el ejercicio de este derecho-deber. Se refieren exclusivamente a la posible concesión de títulos en territorios indígenas, y al derecho de prelación de los pueblos, en caso de que estén interesados en la exploración y explotación de minerales. Pero, de ninguna manera, se oponen a las facultades del artículo 330 Superior. Si esta contradicción se llega a presentar en un caso concreto, es un asunto que la Corporación no puede prever, ni menos decidir, en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad.

En lo que atañe a la integridad de los territorios y el respeto al derecho de los pueblos a su uso y goce, la Corte encuentra que se presenta una discusión relevante en la que, de una parte, puede pensarse que el problema se resuelve a partir de una interpretación adecuada de las normas y la jurisprudencia relevante sobre los derechos a la consulta previa y la propiedad colectiva de las tierras y territorios; y, de otra, es posible, en criterio de algunos intervinientes, concluir que esta norma impone inexorablemente a los pueblos indígenas la carga de aceptar cualquier tipo de minería dentro de sus territorios.

Necesidad de una decisión condicionada, en relación con los artículos 124 y 133 del Código de Minas.

Sin lugar a dudas, el principal referente para la solución del caso concreto es la sentencia C-395 de 2012, en la que se explicó que siempre que la extracción minera implique una afectación directa para los pueblos indígenas deberá ser consultada y, en los eventos previstos por la Corte, sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de los pueblos interesados. En esa sentencia, refiriéndose al artículo 122 del Código, se sostuvo:

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

Es decir, las normas son constitucionales únicamente si en su interpretación y aplicación se aplica el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, en los supuestos en que este es obligatorio”.

Así las cosas, la primera consideración relevante para el estudio de constitucionalidad propuesto es que la Corte Constitucional ha sostenido que una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico no permite llegar a la conclusión de que pueden establecerse zonas mineras indígenas o negras, ni trabajos de exploración y de explotación minera, sin adelantar la consulta con las comunidades étnicas correspondientes. Sin embargo, es posible observar que, en concepto de las autoridades públicas, incluido el Ministerio Público, ello no es así.

En ese orden de ideas, la Sala considera que, en efecto, la respuesta al problema jurídico se encuentra en la interpretación sistemática del ordenamiento. Pero, contrario a lo afirmado en la sentencia C-395 de 2012, concluye que esta afirmación no es suficiente para excluir una interpretación en la que este derecho pueda verse en riesgo, como la que plantea el Jefe del Ministerio

Público en torno al artículo 124 Superior.

Lo primero que debe señalarse es que, desde el punto de vista jurídico, los resguardos, tierras y territorios de los pueblos indígenas y de las comunidades negras no pueden ser objeto de expropiación. El despojo de sus territorios, el desplazamiento forzado, las fuerzas de la naturaleza o la tardanza e ineficacia del Estado en la defensa de estos, puede llevar a que las comunidades indígenas no los ocupen, pero ello constituye en sí mismo, una violación de sus derechos. En tal sentido, tiene razón el Procurador General de la Nación cuando señala que ninguna de las normas cuestionadas prevé medidas que puedan enfrentarse a los atributos del artículo 63 de la Carta Política.

Sin embargo, como lo señalan los accionantes y algunos participantes dentro de este trámite, la minería sí puede atentar directamente y en ocasiones intensamente en el ejercicio de los atributos de la propiedad. Tanto la posibilidad de uso y aprovechamiento del territorio y sus recursos, como aquellas asociadas a la propiedad colectiva: el ejercicio de la autonomía, el desenvolvimiento de la cultura y la subsistencia de las comunidades étnicamente diferenciadas.

La Corte Constitucional ya ha advertido que todas las normas relacionadas con zonas mineras de los pueblos indígenas deben ser integradas, en términos normativos, con los mandatos constitucionales que defienden los derechos de los pueblos indígenas, normas de jerarquía constitucional y directamente aplicables en todos los asuntos que involucren sus intereses. Sin lugar a dudas, las normas que van del artículo 122 al 128 del Código de Minas son normas que les conciernen y, en consecuencia, su aplicación debe garantizar el derecho a la consulta previa, como lo ha explicado la Corte en sentencias C-891 de 2002, C-366 de 2011 y C-395 de 2012.

Al efectuar el estudio acerca de la viabilidad de la integración normativa, la Sala explicó que las consideraciones recién expuestas son predicables también de las normas que protegen los derechos de las comunidades afrodescendientes que, en Colombia, se consideran también titulares del Convenio 169 y de las normas constitucionales que protegen la diversidad cultural, el pluralismo y el estado multicultural e intercultural.

Esta afirmación, reiterada en la jurisprudencia constitucional, se extiende también a los demás derechos de los pueblos indígenas y las comunidades negras, especialmente, la propiedad colectiva de sus territorios, su autonomía,

subsistencia e identidad cultural. Cualquier interpretación que suponga una afectación de estos derechos, o aplicación que los desconozca abiertamente, es inadmisibles desde el punto de vista de la Constitución Política de 1991.

Entre los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes existe una indudable interdependencia. La afectación intensa de sus territorios, atenta directamente contra sus culturas y subsistencia. Y la consulta, en tanto derecho fundamental de participación y autodeterminación, y herramienta de defensa de los demás derechos, debe ser entendida en los términos establecidos por la Corte Constitucional.

Esos términos incluyen diversas *subreglas* o estándares de aplicación relevantes en este contexto. Primero, como explicó la Corte en la sentencia SU-039 de 1997, la consulta debe ser efectiva y la decisión estatal en caso de no llegar a un acuerdo debe estar desprovista de arbitrariedad, ser razonable y proporcionada, además debe proveer medidas que eviten, mitiguen, compensen o indemnizen los daños, o las consecuencias adversas que haya denunciado la comunidad concernida. En igual dirección, la Corte ha establecido que, si bien no existe derecho a veto por parte de las comunidades, tampoco puede haber una imposición estatal, precisamente a raíz de las *subreglas* anteriores (T-376 de 2012, T-197 de 2016).

Ahora bien, la proporcionalidad y razonabilidad que la jurisprudencia exige a las medidas estatales constituyen principios esenciales del concepto mismo de constitucionalismo; ninguna medida estatal es válida si no cumple con tales criterios, evaluados siempre en relación con los principios superiores de la Constitución Política.

Por ese motivo, la Corte Constitucional ha establecido a propósito de los derechos de los Pueblos Indígenas han explicado que las *subreglas* de la consulta previa y el consentimiento libre previo e informado deben entenderse en el marco del principio de proporcionalidad y, hoy agrega, ello supone también el de razonabilidad de las medidas.

En el marco de esas premisas, la Corporación ha explicado que la consulta previa es un derecho complejo. Implica la existencia de espacios de participación de los pueblos étnicamente diferenciados, por lo menos de igual eficacia que los que tienen otros grupos poblaciones en relación con las medidas que los podrían afectar, incluso de forma indirecta. Además, es la regla general para toda medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas; y

el consentimiento previo, libre e informado, es imprescindible para adelantar medidas que afecten directa e intensamente a los pueblos originarios o étnicamente diferenciados.

Sin embargo, parece persistir aún cierta confusión en torno a la *subregla* según la cual no existe derecho a veto por parte de las comunidades, y aquella que exige el consentimiento de las decisiones que los afectan directa e intensamente. Parece ser que la primera prohíbe lo que la segunda exige.

Es importante despejar con toda claridad esta confusión, con base en la jurisprudencia que la Corte ha vertido en un conjunto de decisiones recientes, reiteradas en la parte motiva de esta providencia. La subregla que excluye el *veto* opera en los casos generales de consulta previa; pero va acompañada de la ausencia de arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad en las medidas estatales. Sin embargo, en los supuestos especiales y excepcionales en que los órdenes jurídicos internacional e interno exigen el consentimiento, una medida no puede adelantarse sin el acuerdo con las comunidades.

Resulta oportuno recordar también que la *subregla* sobre la improcedencia del veto tiene su origen en Guías de aplicación del Convenio 169, es decir, en documentos que no tienen siquiera el alcance de decisiones, recomendaciones, informes, o principios de expertos de los órganos de control de los derechos, sino que pretendían ser una orientación inicial para comprender las normas del Convenio. El consentimiento previo, libre e informado hace parte, en cambio, del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte IDH y de este Tribunal.

La expresión “veto” genera la impresión de una barrera arbitraria, que no requiere razones para imponerse frente a otros punto de vista y vías de acción y, por lo tanto, no parece responder adecuadamente al sentido que inspira la consulta, concebida como un diálogo de buena fe, entre iguales, y destinado a alcanzar acuerdos que tomen en consideración los impactos ambientales, sociales y económicos de una medida, en un intento de conciliar concepciones de desarrollo diversas.

El *consentimiento*, en cambio, denota un resultado basado en el respeto por los derechos de los pueblos indígenas y su comprensión de los mismos, cuando el Estado, orientado por los principios de buena fe, igualdad de respeto por todas las culturas y concepciones del mundo, pone en conocimiento de un pueblo

originario, de forma transparente, los alcances de una medida determinada, para que este pueda evaluar, de forma autónoma y serena, las implicaciones que tendrá sobre su forma de vida y, entonces, tome una decisión acerca de si considera viable la medida.

Pero, si bien la consulta es el instrumento esencial de protección de los demás derechos de los pueblos indígenas, y en virtud del principio de interdependencia o integralidad de los derechos, un elemento esencial para la vigencia de la autonomía y la protección de las tierras y territorios, también es cierto que cada derecho guarda cierta autonomía conceptual y debe ser respetado de manera autónoma.

La implementación de una medida que afecta directa e intensamente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (y, en el ámbito objeto de estudio el territorio colectivo) es inadmisibles sin su consentimiento, no por la discusión hoy en día obsoleta en torno a la existencia o no de un derecho al veto, sino porque es abiertamente irrazonable y desproporcionada.

Vale la pena señalar, además, que si se trata de medidas capaces de desintegrar los pueblos indígenas o amenazar (aún más) su supervivencia cultural y física, no hace falta entrar en el ámbito de la consulta previa, pues los deberes de respeto, garantía y protección de los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados las prohíben de forma directa y perentoria.

Así las cosas, la Corte concluye que los artículos 124 y 133 del Código de Minas, que hacen referencia al derecho de prelación de los pueblos indígenas y las comunidades negras, respectivamente, en el ámbito de la entrega de títulos mineros, resultan inconstitucionales si se interpreta que, una vez agotada la oportunidad, las comunidades se ven privadas de la posibilidad de tomar decisiones en torno al territorio colectivo, en el ámbito de la minería.

Por ello, estas normas, como ya lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencias C-418 de 2002, C-891 de 2002 y C-395 de 2012 son constitucionalmente admisibles sólo si se tiene en cuenta que las comunidades étnicas deben ser consultadas siempre que una medida las afecte directamente, en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional, especialmente, en las sentencias T-129 de 2011, T-1045 A de 2010 y T-769 de 2009, entre muchas otras relacionadas con el tema minero. Y si, de acuerdo con lo expuesto, en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo,

libre e informado de las comunidades.

-. Tal como se indicó en la primera parte de esta providencia, la Sala estima que esta respuesta ya se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano, a raíz de la jurisprudencia ampliamente reiterada. Pero tanto la demanda, como el conjunto de intervenciones incorporadas al trámite, dan cuenta de la existencia de una opinión generalizada distinta. La Sala aclara que, en este caso, no se trata de la existencia de derecho viviente, es decir, de un conjunto de decisiones adoptadas por los jueces en el marco de sus competencias, que terminan por hacer dominante una interpretación determinada. Lo que se evidencia, en cambio, es ausencia de claridad entre los operadores jurídicos en torno a los principios constitucionales mencionados.

-. Por lo tanto, la Sala declarará exequibles los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas, bajo el entendido de que es constitucionalmente admisible sólo si se tiene en cuenta que las comunidades étnicas deben ser consultadas con relación a los proyectos de minería susceptible de afectarlas directamente (C-371 de 2014, T-129 de 2011, T-769 de 2009, entre muchas otras). Y si, de acuerdo con lo expuesto, en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 16, 53, 570 y 271 de la Ley 685 de 2001, *“por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”*, por los cargos analizados y bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de

minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados.

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

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Ausente

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento parcial voto
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-389/16**

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Necesidad de extender la naturaleza y el alcance del licenciamiento ambiental y la participación ciudadana en las fases de exploración y explotación minera (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Providencia habría podido avanzar un poco más en la promoción y protección de los derechos de las comunidades étnicas y de la sociedad civil, en específico, respecto de la participación ciudadana en proyectos mineros que los afecten (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Sería recomendable atar el proceso de licenciamiento a la entrega del título minero desde la fase exploratoria, ya que comporta, desde el principio de la operación, posibles afectaciones sociales y ambientales (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Sentencia debió revisar todo el proceso de prelación y otorgamiento de títulos y concesiones mineras, dado que este en la actualidad carece de criterios objetivos de selección y control (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Norma demandada vulnera el principio de selección objetiva (Aclaración de voto)

PROCEDIMIENTO ACTUAL DE OBTENCION DE TITULO MINERO-No obedece a las disposiciones generales sobre contratación estatal (Aclaración de voto)

PROCEDIMIENTO ACTUAL DE OBTENCION DE TITULO MINERO-No conlleva al cumplimiento de los objetivos trazados en el Código de Minas (Aclaración de voto)

PROCEDIMIENTO ACTUAL DE OBTENCION DE TITULO MINERO-Atenta contra el deber constitucional de realizar una prelación estatal de la explotación de los recursos naturales (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Habría deseado que se conservara el exhorto al Congreso de la República en la parte resolutive de la sentencia con términos de cumplimiento específico y no que simplemente fuera trasladado a la parte motiva de la sentencia como un criterio adicional de interpretación (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-11172

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001, “*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”.

Magistrado Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el respeto que merecen las decisiones 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 decisión tomada respecto de la norma demandada, considero necesario hacer algunas precisiones sobre la necesidad de extender la *naturaleza y el alcance del licenciamiento ambiental y la participación ciudadana* en las fases de exploración y explotación minera.

1.- En el presente asunto, la Corte examinó cinco cargos dirigidos contra diversas disposiciones de la Ley 685 de 2001 o Código de Minas. Los cargos se erigieron sobre básicamente dos preocupaciones: (i) la necesidad de establecer un **procedimiento de selección objetiva** para los contratos de concesión minera y, (ii) garantizar el **derecho fundamental a la participación de las comunidades** étnicas y de los ciudadanos que se desconocen en la adjudicación de este tipo de contratos.

Con el objeto de responder a estas inquietudes, la Sala Plena dividió la exposición en dos partes. La primera, para el análisis de los cargos contra los

artículos relacionados con la entrega del título minero (artículos 16, 53, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 del Código de Minas). La segunda, para decidir los cuestionamientos dirigidos contra las disposiciones relacionadas con la prelación de comunidades étnicas para la obtención de títulos mineros dentro de sus territorios.

Respecto de la primera, la Corte concluyó que (i) el mecanismo actualmente establecido para la concesión de títulos mineros tiene fallas de naturaleza estructural que, por su complejidad, deben ser resueltas de manera integral por el Congreso de la República, bajo los estrictos parámetros de la jurisprudencia constitucional; y (ii) mientras se dicta esta regulación, que ya ha sido requerida al Legislativo, la administración deberá establecer un protocolo que garantice la idoneidad de los interesados, en materia de respeto por los derechos laborales y cumplimiento de los estándares ambientales. Adicionalmente, se indicó que la normativa minera debe tener un componente diferencial, que atienda adecuadamente los distintos tipos de explotación minera, en atención al tamaño e impacto de la actividad.

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

2-. En primera medida debo señalar que estoy de acuerdo con los condicionamientos realizados en la sentencia. Sin embargo, estimo que la providencia habría podido avanzar un poco más en la promoción y protección de los derechos de las comunidades étnicas y de la sociedad civil, en específico, respecto de la participación ciudadana en proyectos mineros que los afecten. En este sentido, varios intervinientes señalaron que respecto de la política minero-

energética estatal resultaría necesario equilibrar la *participación ciudadana* en las fases de exploración y explotación minera, tal y como ocurre en el régimen de hidrocarburos, así como la obligatoriedad de exigir licenciamiento ambiental desde la exploración.

Por lo anterior, sería recomendable atar al proceso de licenciamiento a la entrega del título minero desde la **fase exploratoria**, que ya comporta, desde el principio de la operación, posibles afectaciones sociales y ambientales puesto que incluye el desarrollo de obras, intervenciones y la construcción de la infraestructura necesaria para la realización de las actividades de prospección. Hoy, en materia minera, la licencia ambiental solo se exige desde la fase de explotación, dejando atrás la posibilidad de participación de la sociedad civil desde las primeras etapas de implementación de proyectos mineros, cuando es posible que ya se hayan causado afectaciones.

3.- Adicionalmente, la sentencia debió revisar todo el **proceso de prelación y otorgamiento de títulos y concesiones mineras**, dado que este en la actualidad carece de criterios objetivos de selección y control. Asimismo, estimo que debió examinarse por la Corte si este último se ajusta a los parámetros del debido proceso legal en materia de notificaciones de acuerdo a lo estipulado en el Código Civil. Por último, no se justifica por qué este régimen de concesiones tiene un trámite diferente al establecido por la Ley 80 de 1993 (o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública).

En efecto, considero que la norma demandada vulnera el principio de selección objetiva que fue precisamente diseñado para privilegiar la **calidad del contratista** y no la **rapidez con que se presenta la propuesta** bajo el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho” que gobierna hoy estas actuaciones. Una reflexión adicional: el procedimiento actual de obtención de un título minero (i) no obedece a las disposiciones generales sobre contratación estatal, que tienen como presupuesto el proceso de selección objetiva en la mayoría de contratos, incluido el de concesión; (ii) no conlleva al cumplimiento de los objetivos trazados en el Código de Minas, porque a pesar de que la primera persona que presente la solicitud puede no ser la más calificada para la actividad minera, *tiene prelación* sobre otros peticionarios que realicen la explotación de manera racional, con calidad y respetando los principios del desarrollo sostenible; y, (iii) atenta contra el deber constitucional de realizar una planeación estatal de la explotación de los recursos naturales (art. 80 Superior) para lograr su aprovechamiento de forma racional y sostenible en el tiempo.

4.- Finalmente, habría deseado que se conservara el exhorto al Congreso de la República en la *parte resolutive* de la sentencia con términos de cumplimiento específico y no que simplemente fuera trasladado a la *parte motiva* de la sentencia como un criterio adicional de interpretación.

Fecha ut supra

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO DEL
MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA C-389/16**

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Se comparten los motivos que dieron lugar al condicionamiento propuesto en relación con los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001, dirigidos a preservar los derechos diferenciados de las comunidades étnicas y respecto del aprovechamiento de su territorio (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-La Corte debió adoptar un fallo de inexecutableidad en relación con los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001 (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, salvo parcialmente y aclaro mi voto en la sentencia C-389 del 27 de julio de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa), fallo en que la Corte declaró a la executableidad simple, y en otros casos condicionada, de varias normas contenidas en la Ley 685 de 2001 *"por la cual se expide el Código de Minas"*. Esto con base en los argumentos siguientes:

1. Dentro de los asuntos resueltos por la Corte estuvo declarar la executableidad de los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001, por los cargos analizados y en el entendido que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras o territorios.

Aunque comparto los motivos que dieron lugar al condicionamiento propuesto, dirigidos a preservar los derechos diferenciados de las comunidades étnicas y respecto del aprovechamiento de su territorio, considero que estas razones exigían declarar la inexecutableidad de dichas disposiciones, al ser del todo incompatibles con los mencionados derechos.

2. La mayoría consideró sobre esta materia que el cargo por violación del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas no debía prosperar. Esto debido a que si bien dichas normas regulan la explotación de recursos no renovables en los territorios de las comunidades tradicionales, ello no significaba que se vulnerara ese derecho, a condición que (i) el derecho de prelación previsto en dichas normas no incorpore una justificación para omitir la vigencia del derecho fundamental a la consulta previa; y (i i) se exigiese el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios. Por ende, la exequibilidad de las normas mencionadas se condicionó en ese sentido.

3. Aclaro el sentido de mi voto en el sentido que acepto la importancia de estas consideraciones, cuyo bienintencionado objetivo es proteger los derechos diferenciados de las comunidades étnicas. No obstante, el motivo que sustenta el salvamento de voto es que advierto que argumentaciones de este carácter son insuficientes y desconocen la presencia de un déficit de protección para las comunidades étnicas. Por lo tanto, la Corte debió, en mi criterio, adoptar un fallo de inexecutable, según las razones que paso a explicar.

3.1. Las normas acusadas determinan tres asuntos definidos: (i) la competencia de la autoridad minera para delimitar las zonas de exploración y explotación minera dentro de los territorios indígenas; (ii) el derecho de prelación de las comunidades tradicionales respecto de dichas actividades mineras que se realicen en sus territorios; y (iii) similar derecho de prelación, pero respecto de las comunidades afrodescendientes y en relación con sus territorios.

Estas normas, salvo una referencia puntual en el artículo 122 sobre la obligación de ajuste a las disposiciones sobre "protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentadas en dichos territorios", carecen de toda regulación que desarrolle el derecho a la consulta previa y que determine el procedimiento para el consentimiento en los casos en que se advierta una afectación grave de los derechos diferenciados de las respectivas comunidades étnicas, derivada de la actividad minera.

2. De manera general, la exequibilidad condicionada exige un presupuesto normativo, esto es, un contenido concreto que pueda ser interpretado de maneras diversas, alguna o algunas de ellas compatibles con la Constitución.

Así, la labor de la Corte en estos casos es determinar qué comprensiones de la norma son armónicas de la Carta, a fin de dotarlas de naturaleza obligatoria para los ciudadanos.

En el caso analizado no se toma este camino, sino que se advierte que la norma es insuficiente, al no establecer las instancias indispensables para garantizar los derechos fundamentales a la consulta previa y a la participación de las comunidades étnicas. Advierto que, en estricto sentido, una adición de este carácter llevaría a considerar no la posibilidad de interpretar las disposiciones de manera compatible, sino a concluir la omisión del legislador y la correlativa comprobación de un déficit de protección para las comunidades étnicas, que obligaría a declarar la inconstitucionalidad de dichas previsiones legales. Esto debido a que permiten la actividad minera en los territorios tradicionales, la cual sin duda afecta directamente los intereses de las comunidades concernidas, pero dejan de regular los mecanismos que garantizan el derecho a la consulta previa, que son constitucionalmente obligatorios como requisito para dichas actividades.

3. La Corte ha considerado que en estos casos, el remedio constitucional aplicable es la declaratoria de inexecutable, puesto que de otra manera se permitiría la sobrevivencia de normas legales que tienen la virtualidad de afectar los derechos de las comunidades diferenciadas, precisamente al no prever las instancias suficientes para el reconocimiento y protección de tales garantías constitucionales, los cuales requieren vías igualmente diversas y sensibles a las características particulares de tales pueblos y su especial comprensión de los derechos de propiedad sobre el territorio.

Así por ejemplo, en la sentencia C-175 de 2009 y ante la demanda contra la Ley 1152 de 2007, conocida como Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte concluyó que la falta de regulación sobre la consulta previa en un cuerpo normativo que trata de un asunto que, como el aprovechamiento de la tierra rural, incide directamente en la identidad de las comunidades étnicas, genera la inexecutable de dicha regulación. Sobre este particular, la decisión en comento expresó lo siguiente:

"La segunda objeción planteada por el Ministerio interviniente parte de la confusión entre los distintos niveles de participación en la definición de las medidas legislativas, que la Constitución Política confiere a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Según lo expuesto en los fundamentos jurídicos 11 y 12 de esta sentencia, la Carta adscribe dos modalidades diferenciadas de

participación a favor de dichos pueblos. La primera, de carácter general, de acuerdo con la cual los integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes son titulares de los derechos de participación política, entre ellos la posibilidad de intervenir en el trámite legislativo, en idénticas condiciones a los ciudadanos que no hacen parte de una minoría étnica y cultural. En este nivel general de participación está comprendida la representación democrática en el Congreso a través de cumios particulares, las cuales han sido instituidas por el ordenamiento constitucional como parte del reconocimiento de la diversidad y ante la necesidad de otorgar espacios privilegiados de acción en la vida política de la Nación a sectores que han sido tradicionalmente excluidos y discriminados.

Este nivel general de participación política difiere del deber de consulta previa. En efecto, el derecho fundamental a la consulta previa surge respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que tengan la posibilidad de afectar directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes. Así, cuando las autoridades gubernamentales decidan impulsar tales medidas, deben garantizar la existencia de espacios de participación específicos, dirigidos a que los pueblos indígenas y tribales conozcan el contenido de la misma y hagan parte de un espacio deliberativo, dirigido a obtener el consenso o concertación sobre la misma. Para cumplir con esta finalidad, deben cumplirse determinadas condiciones, cuyas reglas de aplicación han sido sistematizadas en el fundamento jurídico 16 de la presente decisión.

Como se observa, la consulta previa es un trámite particular, de naturaleza constitucional, exigible de aquellas políticas que, en razón de su contenido o implicaciones, interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas. Por ende, su exigibilidad se basa en la presencia de medidas legislativas o administrativas de esa índole y, en consecuencia, no resulta admisible que su omisión sea avalada con la existencia de mecanismos ordinarios y generales de participación política de las comunidades tradicionales. Por lo tanto, la afirmación realizada por el interviniente, en el sentido que la consulta previa para el caso concreto se encuentra verificada por la realización de algunos foros o encuentros durante el trámite legislativo, se basa en la confusión de los planos general y específico - consulta previa - de la participación de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones que las afectan."

3.4. Estas consideraciones resultan aplicables *mutatis mutandi* para el caso analizado por la Corte en esta oportunidad. En efecto, las normas acusadas no

tienen ninguna referencia a la protección del derecho de consulta, sino que establecen una referencia, en todo caso tangencial, a la participación de las comunidades, que a mi criterio se inserta solo en el nivel de participación general que identificó la Corte en la sentencia mencionada. De esta manera, como se explica en dicho fallo, este nivel es diferente al de la consulta previa, la cual es un mecanismo reforzado y específico de participación de las comunidades étnicas, aplicable respecto de medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.

4. Con base en lo expuesto, advierto que el condicionamiento planteado, aunque acertado en su propósito, es problemático en tanto pretende extender sin sustento suficiente la interpretación de las normas demandadas, incorporándole un contenido que en realidad no tienen. En contrario, lo que se demuestra es que la omisión del legislador configura un déficit de protección en contra de las comunidades étnicas, consistente en que si bien se establece una regulación que permite la explotación minera en los territorios indígenas y afrodescendientes, se omite regular un aspecto constitucionalmente obligatorio para que dicha modalidad de usos de los recursos naturales se muestre constitucional, como es prever los instrumentos para la eficacia del derecho a la consulta previa.

Advertidas estas circunstancias, considero que la alternativa de decisión que debió adoptar la mayoría fue declarar la inexecutable de las normas acusadas, ante la comprobación del mencionado déficit. Esto con el fin que el Congreso, en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa, previera las disposiciones que regularan la potencial actividad minera en los territorios tradicionales, pero en cualquier circunstancia incorporándose los instrumentos para garantizar la consulta previa y el consentimiento obligatorio cuando fuera menester obtenerlo. En tanto la sentencia presentó un grupo de premisas que comparto en sus aspectos principales, pero arribó a una decisión de la cual me separo, formuló esta aclaración y salvamento parcial de voto.

Estos son los motivos de mi disenso.

Fecha *utt supra*.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
A LA SENTENCIA C-389/16**

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-La decisión de exequibilidad condicionada se tornó en necesaria (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Las advertencias efectuadas por la Corte en esta oportunidad constituyen en verdad un llamado enfático para evitar que la minería tenga un impacto negativo y desproporcionado en la vigencia de principios centrales del orden constitucional (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Principales aspectos que suponen un serio llamado al diseño de un método de entrega de títulos mineros que realmente se adecúe a la Carta Política (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA CODIGO DE MINAS-Algunos puntos acerca del derecho de prelación y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-11172

Asunto: demanda de inconstitucionalidad presentada por Acción de tutela instaurada por Laura Juliana Santacoloma Méndez y Rodrigo Elías Negrete Montes contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001 “*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”.

Magistrada Ponente:
María Victoria Calle Correa

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional,

aclaro mi voto a la sentencia C-389 de 2016. Comparto en términos generales lo decidido en esta providencia, de la cual fui ponente, pero deseo explicar la razón por la cual, desde mi punto de vista, la decisión modulada (exequibilidad condicionada que inicialmente propuse a la Sala), resultaba necesaria. Además, debo destacar algunos puntos centrales de la providencia, para que no se pierdan de vista sus principales aportes a la jurisprudencia nacional en materia de minería y en lo que tiene que ver con el respeto por los derechos de los pueblos indígenas.

1. La razón central para acompañar la decisión.

En mi criterio, la decisión adoptada por la Corte Constitucional en los numerales primero a tercero de la parte resolutive de la sentencia C-389 de 2016 no es óptima, sino necesaria.

En un primer momento, esta afirmación puede causar perplejidad, pero en realidad es una consecuencia de los desafíos que enfrenta un órgano judicial colegiado, y especialmente un Tribunal Constitucional, ante graves vacíos regulatorios, no susceptibles de ser conjurados a través de la inexecutable, pero tampoco validados mediante una exequibilidad simple, alimentada por la confianza de que los operadores jurídicos sabrán enfrentarlos a través de una interpretación conforme, sistemática y compleja del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, estimo que en virtud de las delicadas constataciones efectuadas en la parte motiva de la providencia acerca del funcionamiento actual de la minería, y la necesidad de una profunda transformación que adecúe el método de entrega de títulos a un amplio conjunto de mandatos constitucionales, la decisión óptima habría consistido en declarar la inexecutable de las normas centrales del esquema de entrega de títulos mineros y exhortar al Congreso a expedir una nueva regulación, con los estándares más altos de protección de los derechos constitucionales.

Esa alternativa, empero, no alcanzaba un consenso en el seno de la Corte, enfrentaba la dificultad de ser asumida por los actores sociales, empresarios y aun por las autoridades administrativas como una autorización para el ejercicio de minería de facto o para la entrega de títulos sin marco regulativo alguno.

Por ello estimo que, en el estado de cosas actual, la decisión de exequibilidad condicionada se tornó en necesaria. Sin embargo, es muy importante recordar que la parte resolutive de una sentencia sólo puede entenderse como resultado

de las consideraciones centrales de su motivación (ratio decidendi) y, en ese contexto, las advertencias efectuadas por la Corte en esta oportunidad constituyen en verdad un llamado enfático para evitar que la minería tenga un impacto negativo y desproporcionado en la vigencia de principios centrales del orden constitucional, lo que me lleva al segundo aparte de esta Aclaración.

2. Principales aspectos de la decisión en torno a la minería.

Según expresé, la decisión adoptada por la Corte debe entenderse en armonía con las consideraciones centrales de la providencia, y entre estas me parece imprescindible resaltar los siguientes puntos, que suponen un serio llamado al diseño de un método de entrega de títulos mineros que realmente se adecúe a la Carta Política y que erradique la visión que defendieron algunos intervinientes en este trámite, reduciéndolo a la entrega del título al primer interesado.

Primero, la entrega de concesiones no es un acto inocuo. Toda decisión estatal debe guiarse por los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, y en ese marco, no puede afirmarse que la entrega de los títulos no merece atención constitucional alguna, porque es un momento en el que nada ocurre en el suelo y el subsuelo (y por lo tanto, a la sociedad y al ambiente), pues la decisión debe interpretarse como orientada a unos fines que, en este caso, resultan evidentes.

En ese orden de ideas, las determinaciones acerca de la concesión minera deben ser producto de la planificación estatal en el uso del suelo y darse con estricto respeto por las normas superiores. En otros términos, las concesiones mineras indican propósitos, que orientan el uso del suelo, hacen inminente la llegada de actores sociales y despiertan expectativas de diverso tipo y con distinta fuerza en todos los involucrados. De ahí la necesidad de planeación estatal y de intervención en la economía.

Segundo, la utilidad pública que el Gobierno y el Congreso de la República le atribuyen a la minería no implica que las normas del Código de Minas (ni el ejercicio de la minería) tengan mayor fuerza normativa que los derechos (y demás principios) constitucionales, verdadero núcleo de nuestro Estado social de derecho. En potenciales conflictos entre la minería y el ambiente; o entre la minería y el pluralismo, la Constitución establece cargas argumentativas a favor del ambiente y el pluralismo.

Tercero, la participación ciudadana es la gran ausente en el método actual de

concesión minera. Por ello la Corte Constitucional fue enfática en esta providencia al señalar que las decisiones asociadas a la entrega de títulos mineros deben contar con espacios adecuados de participación y que estos no pueden darse únicamente en el trámite de las licencias ambientales, como lo propusieron algunos intervinientes y autoridades públicas. Sólo así es posible asegurar que las decisiones estatales en este campo tomarán en consideración el punto de vista de los más afectados, otro presupuesto de racionalidad de estas decisiones, y una condición de vigencia del principio de justicia ambiental.

Cuarto, no es acertada cualquier concepción del método actual de entrega de títulos que se reduzca al lugar común que viene haciendo carrera entre diversos actores del proceso minero: *primero en el tiempo, primero en el derecho*. Junto con el momento de presentación de una solicitud, la entrega de títulos debe hacerse compatible con los mandatos de autonomía territorial, participación ciudadana, planificación ambiental y respeto por los recursos naturales.

Quinto, el principio de precaución debe informar no sólo el ejercicio de la minería, sino la creación e implementación de las políticas públicas, el proceso de creación de las normas legales por parte del Congreso de la República, y la interpretación y aplicación del derecho por los jueces y tribunales.

Sexto, es imprescindible que las mencionadas normas, políticas, programas y decisiones judiciales establezcan un tratamiento adecuado para los distintos tipos de minería. Que defiendan la de naturaleza tradicional o artesanal, permitan el ejercicio de la que persigue la subsistencia, propicien la adecuación permanente de las actividades de pequeña y mediana escala a la protección del ambiente, definan los criterios más rigurosos para el desarrollo de grandes proyectos, con una participación calificada de las comunidades y sin desconocer el papel protagónico de los entes territoriales y, finalmente, combatan eficazmente la minería criminal.

En síntesis, el Código de Minas debe cambiar para tomarse en serio la protección ambiental, la participación social y la autonomía territorial. El Gobierno Nacional ha puesto un gran empeño en propiciar la industria minera como fuente de crecimiento económico, al punto que ha popularizado la metáfora de *'la locomotora minera'*. La comparación resulta más fértil de lo que podría pensarse, pues permite comprender todo lo expresado hasta el momento: las *locomotoras* se asocian al crecimiento económico, no sólo por el papel de los ferrocarriles en la industrialización; sin embargo, la expresión evoca también la potencia física y, desde esa perspectiva es posible percibir cómo una locomotora

sin maquinista ni rieles puede llevarse todo lo que esté a su paso. La sentencia C-389 de 2016 hace un serio llamado de atención acerca de la necesidad de encarrilar la máquina; considera que esos rieles deben ser fijados en el foro democrático, pero advierte sobre las amenazas que se ciernen sobre diversos principios, en virtud del método actual de la entrega de títulos.

3. Algunos puntos acerca del derecho de prelación y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios.

La segunda parte de la providencia C-389 de 2016 se refiere a la eventual violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes, que podrían originarse en el derecho de prelación, norma contenida en el Código de Minas y que permite a los pueblos indígenas y a las comunidades negras solicitar que les sea entregado un título minero, antes que a otros interesados, cuando este recaiga sobre sus tierras y territorios.

En este apartado, comenzaré por destacar brevemente dos consideraciones de la Corte acerca del alcance del derecho de prelación y finalizaré con algunas referencias más amplias a lo dicho en torno a la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado, como dispositivos de protección de las tierras y territorios de los pueblos originarios y otras comunidades étnicamente diferenciadas.

Primero, en la sentencia C-389 de 2016 la Corte Constitucional rechazó enfáticamente cualquier interpretación de las normas legales que hablan del derecho de prelación, que suponga la facultad de expropiación de tierras ubicadas en los territorios colectivos de los pueblos indígenas, tanto si han sido titulados como resguardos, o si aún ello no ha ocurrido. En términos simples, no puede darse la expropiación de las tierras y territorios de los pueblos indígenas con ocasión de la minería.

Segundo, las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas sí son autoridades en materia ambiental, sin perjuicio de la necesaria coordinación con los entes territoriales y las corporaciones autónomas regionales, razón por la cual la interpretación de los actores acerca del derecho de prelación como una violación de las facultades de los pueblos indígenas sobre sus territorios carecía de certeza: estas normas no derogan ni pueden imponerse sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Tercero, en torno a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado.

El derecho de prelación, previsto en los artículos 122 (para los pueblos indígenas) y 134 (para las comunidades afro descendientes) no sustituye, ni afecta el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas frente a toda medida susceptible de afectar directamente su forma de vida y sus derechos fundamentales, en los términos en los que ha sido definido por la Corte Constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Uno de los escenarios donde el derecho a la consulta previa tiene mayor importancia es precisamente el de la defensa de sus tierras y territorios.

Sin embargo, la Sala Plena observó que existían discusiones complejas aún acerca del alcance de este derecho entre los intervinientes, a pesar de la existencia de una línea jurisprudencial sólida y constante, lo que motivó un conjunto de aclaraciones, que vale la pena tener presentes.

Para empezar, la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado hacen parte del mismo derecho, que podría denominarse “consulta previa en sentido amplio”. Este derecho debe garantizarse a los pueblos indígenas y las demás comunidades étnicamente diferenciadas siempre que pretenda adelantarse una medida que los afecte directamente. Sin ánimo de exhaustividad, la Corte ha indicado que ello ocurre cuando la medida les impone cargas o beneficios, desarrolla sus derechos fundamentales, se proyecta sobre su forma de vida, o a pesar de tratarse de una decisión de naturaleza general, implica una afectación diferencial para los pueblos mencionados. Este derecho debe ser comprendido tanto desde su naturaleza sustantiva, como desde su condición de garantía jurídica. En la primera dimensión, se trata de un derecho que conjuga los principios de participación (y democracia participativa), autonomía y justicia ambiental. Desde la segunda, es la principal herramienta para la defensa de todos los intereses de los pueblos indígenas.

Dada su complejidad y la variedad de medidas que pueden ser objeto de consulta, esta Corporación ha señalado, con base en el convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las decisiones constantes de este Tribunal, que la consulta **siempre** tiene como propósito alcanzar el consentimiento de los pueblos interesados; que si bien existe una subregla según la cual no hay un derecho al veto, esta no implica tampoco que el Estado pueda adoptar cualquier medida que los afecte, a pesar

de su oposición, pues la consulta debe ser efectiva, la decisión estatal razonable y proporcionada y porque no toda decisión que afecte (configure o interfiera en) un derecho fundamental es válida. Y, finalmente, tiene plenamente establecido que las medidas que no sólo afectan directamente, sino intensamente, a los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes, raizales y rom, sólo resultan procedentes si se obtiene efectivamente su consentimiento.

Como ejemplos de la afectación intensa, la Corte se refirió al traslado de comunidades desde sus territorios colectivos, el uso de materiales tóxicos en sus tierras y territorios, y el riesgo de extinción física y cultural de los pueblos. Encuentro necesario indicar la importancia del riesgo de extinción cultural que se proyecta sobre los pueblos indígenas siempre que se pretenda adelantar un proyecto de gran envergadura en el interior de sus tierras y territorios, especialmente, si se considera que en términos generales estos pueblos no comparten la concepción del grupo mayoritario, que separa el *suelo del subsuelo*, sino que conciben el territorio como una integridad cultural o, parafraseando a un líder indígena, como una integridad de pensamiento.

Fecha ut supra

María Victoria Calle Correa
Magistrada

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ALEJANDRO LINARES CANTILLO
A LA SENTENCIA C-389/16**

Ref. Expediente D-11172. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001 *“Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”*.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, sintetizo los motivos que justifican mi desacuerdo respecto de las decisiones adoptadas en los numerales segundo y tercero de la sentencia C-389 de 2016.

Con relación al procedimiento de concesión del título minero

1. En el numeral segundo de la sentencia de la que me aparto, la mayoría dispuso declarar la exequibilidad de los artículos 16, 53, 270 y 271 de la Ley 685 de 2001 bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados.

1.1. Las disposiciones que fueron juzgadas en esta oportunidad hacen parte de la Ley 685 de 2001 *“Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”*. En ellas se establecen algunas reglas relativas a los títulos mineros o contratos de concesión que, según el artículo 15, confieren el derecho de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades. En particular (i) el artículo 16 establece los efectos de la presentación de la primera solicitud o propuesta de concesión indicando, de una parte, que no confiere por sí sola el derecho a la celebración del contrato y, de otra, que otorga un derecho de prelación o preferencia para obtener la concesión, siempre y cuando cumpla los requisitos legales; (ii) el artículo 53 prevé que las normas relativas a los

contratos estatales y a los procedimientos precontractuales no son aplicables a la concesión minera, con excepción de lo referente a la capacidad legal, materia a la cual, por virtud de lo establecido en el artículo 17 de la misma Ley 685 de 2001, le son aplicables las normas generales de contratación estatal; (iii) el artículo 270 fija reglas referidas a la presentación de la propuesta, a la intervención de los trámites mineros a través de abogados y a la exigencia de que todos los documentos técnicos que se presenten con ocasión de tales trámites se encuentren debidamente refrendados por un geólogo o un ingeniero de minas; y (iv) el artículo 271 establece las exigencias que debe contener la propuesta de contratar señalando, entre otras, la información general acerca de las zonas y áreas del contrato, la población allí asentada, los minerales objeto del contrato, los términos de referencia, las guías mineras en los trabajos de exploración, los estimativos de inversión, así como los conceptos o autorizaciones de otras autoridades cuando ello se requiera.

1.2. La decisión de la Corte considera que las disposiciones acusadas son inconstitucionales por tres tipos de razones. En primer lugar (i) se oponen al deber del Estado de intervenir adecuadamente en la explotación de los recursos naturales en tanto se limita *“a dotar de agilidad el trámite y a permitir el acceso de todo interesado, antes que a cuidar cualquier otro propósito constitucionalmente relevante”* y a establecer requisitos exclusivamente formales o dirigidos a evitar la violación de la ley. En segundo lugar (ii) desconocen la obligación de proteger el medio ambiente puesto que al tratarse de una regulación que carece de contenidos sustantivos, no desarrolla el principio de planeación ambiental y no persigue la protección de las riquezas naturales, ni un adecuado manejo del ambiente. Según la sentencia, la ley se circunscribe a referirse a las guías ambientales, sin prever la realización de *“un análisis de la vocación minera del territorio nacional, de su interacción con otras actividades económicas y socialmente relevantes, como el fomento a la agricultura, el acceso a la tierra o la restitución de las tierras de las víctimas de la violencia y los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados”*. Advierte la Corte que *“[n]o existen parámetros de racionalidad ambiental, en términos técnico científicos, que expliquen o estructuren un método de entrega de títulos destinado a concretar un concepto de país, rico en minerales, pero biodiverso, pluralista y multicultural”*. Finalmente, en tercer lugar, (iii) violan la participación ciudadana al no prever una instancia en la que los ciudadanos, antes de la concesión del título minero, puedan participar de manera real, representativa, libre, informada y efectiva. Según la sentencia, el otorgamiento de la concesión no es inocua y, por el contrario *“genera una expectativa en torno al destino del predio, el entorno y el territorio”*. De acuerdo con la

opinión de la mayoría, si bien los trabajos de exploración no pueden iniciarse únicamente con la entrega del título minero, *“es verdad que en el actual ordenamiento la etapa participativa sólo está contemplada previo el inicio de la explotación”*. Conforme a ello, *“la relevancia jurídica de la decisión y la probabilidad real de que se inicien trabajos exploratorios demuestran que esta decisión puede generar afectaciones intensas en los derechos de los dueños del predio, la comunidad y las garantías de las entidades territoriales”*.

1.3. Con apoyo en esas consideraciones, la Corte reconoció la existencia de un déficit de protección constitucional que justificaba, a su juicio, adoptar una decisión de *exequibilidad condicionada*. Decidió entonces que las disposiciones examinadas eran exequibles siempre y cuando se entendiera que a la autoridad minera le correspondería (i) verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, considerando (a) la naturaleza de la concesión solicitada, (b) los distintos tipos de minería y (c) la extensión de los proyectos -regla de verificación- y (ii) establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados -regla de participación-.

2. Mi desacuerdo con la decisión adoptada obedece a razones de diferente naturaleza. Algunas de ellas se refieren a la “regla de verificación” y otras a la “regla de participación”. A su vez, existen argumentos que cuestionan una y otra. A continuación me ocupo de ello.

2.1. La decisión se apoya en la siguiente idea: la regulación examinada es deficiente dado que no establece reglas para la protección del medio ambiente y la garantía de la participación ciudadana en el trámite establecido para otorgar una concesión minera. A mi juicio esta premisa no es correcta por las siguientes razones.

a) El déficit que la sentencia identifica y que motivó la adopción de la que he denominado “regla de verificación”, en realidad no existe y se supera mediante un examen integral del ordenamiento jurídico. En primer lugar, la lectura de las normas relativas al otorgamiento de concesiones mineras lleva a concluir que el desarrollo de las actividades que preceden y continúan al otorgamiento de la concesión minera, debe siempre ajustarse al cumplimiento de las diferentes exigencias ambientales y laborales vigentes. En efecto, (i) el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país”* dispone que para el otorgamiento de títulos mineros y cesiones de derechos y de áreas, la autoridad minera tiene la

obligación de requerir a los interesados la acreditación de la capacidad económica para la exploración, explotación, desarrollo y ejecución del proyecto minero. Igualmente establece la obligación del concesionario de elaborar y ejecutar planes de gestión social que contengan los programas, proyectos y actividades determinados por la autoridad minera, de acuerdo a la escala de producción y capacidad técnica y económica de los titulares. En adición a ello prescribe que la verificación del cumplimiento de esta obligación por parte de la autoridad minera hará parte del proceso de fiscalización.

Las exigencias establecidas en la disposición citada comprenden -al referirse a la elaboración y ejecución de planes de gestión social- el cumplimiento de los estándares ambientales y laborales y, en esa medida, unos y otros, están sometidos al proceso de fiscalización al que se refiere la norma. Igualmente, cabe advertir que el artículo 60 de la Ley 685 de 2001 prescribe que los funcionarios de la entidad concedente o de la autoridad ambiental, adelantarán sus actividades de fiscalización orientadas a la adecuada conservación de los recursos objeto de la actividad minera a cargo del concesionario, y a garantizar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene mineras y ambientales.

b) La revisión de otras disposiciones vigentes le hubiera permitido a la Corte constatar que varios de los componentes que en la decisión se echan de menos, se hallan previstos en las normas que delimitan las competencias de la autoridad minera y, en esa medida, su cumplimiento es exigible en cada caso concreto a través de los mecanismos que contempla el ordenamiento jurídico. En esa dirección cabe destacar, por ejemplo, la regulación institucional prevista en el Decreto 4134 de 2011, conforme al cual le corresponde a la Agencia Nacional de Minería proponer y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental y en la elaboración de los planes sectoriales en materia de minería, dentro del marco de sostenibilidad económica, social y ambiental de la actividad minera (art. 4.5) y desarrollar estrategias de acompañamiento, asistencia técnica y fomento a los titulares mineros con base en la política definida para el sector y en coordinación con las autoridades competentes (art. 4.10). De manera específica, le corresponde a la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera de dicha Agencia diseñar e implementar mecanismos de seguimiento y control a las obligaciones de los titulares mineros (art. 16.2), adoptar las medidas administrativas por incumplimiento de las normas de seguridad, incluyendo la imposición de sanciones y multas, de conformidad con la ley (art. 16.8), evaluar y aprobar los informes de exploración, planeamiento minero, formatos básicos mineros o cualquier otra información técnica, económica o financiera que presente el

titular minero, de acuerdo con la normativa vigente (art. 16.13) y promover el mejoramiento de las prácticas mineras, el desarrollo de una cultura de prevención de accidentes, la elaboración de los planes de emergencia de los titulares mineros y actividades de entrenamiento y capacitación en materia de seguridad y salvamento minero, sin perjuicio de la responsabilidad del empresario minero (art. 16.18) . A su vez a la Vicepresidencia de Promoción y Fomento de la Agencia le corresponde facilitar, y fomentar el desarrollo de una pequeña y mediana minería tecnificada, productiva, competitiva y con altos estándares de seguridad (art. 17.2) y realizar acompañamiento, dar asistencia técnica a los proyectos mineros y facilitar la solución de los problemas ambientales, sociales y de infraestructura, en coordinación con las autoridades competentes (art. 17.4).

Así mismo, la Corte estaba obligada a integrar a su análisis las disposiciones que en materia ambiental y laboral les confieren atribuciones a las autoridades administrativas. En efecto, entidades como el Ministerio de Trabajo, la Superintendencia de Sociedades, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, así como las Corporaciones Autónomas Regionales, tienen competencias específicas relacionadas con la materia.

c) De acuerdo con lo expuesto, la interpretación del régimen legal aplicable a los procesos de concesión de un título minero, conjuntamente con las demás disposiciones que directa o indirectamente se encuentran vinculadas con la actividad minera, conducen a una conclusión diferente a la adoptada por la Corte. Es incomprensible suponer que la ausencia de una referencia específica a la obligación de verificación del cumplimiento de condiciones laborales o ambientales equivalga a señalar que no le corresponde a la autoridad minera o a otras autoridades administrativas titulares de competencias relacionadas adoptar todas las medidas que se requieran a efectos de que los particulares a quienes les es conferida una concesión minera, antes y después de la concesión, cumplan las obligaciones de toda índole relacionadas con la actividad que desarrollan.

d) La decisión de la que me aparto concluye también que la regulación acusada no garantiza adecuadamente la participación ciudadana. Esa conclusión es también incorrecta. En efecto, las normas vigentes establecen que para las actividades de explotación minera se requiere el otorgamiento de la licencia ambiental (art. 2.2.2.3.2.2. del Decreto 1076 de 2015) en cuyo trámite es necesario el agotamiento de diferentes instancias de participación, tal y como se establece en el título X de la Ley 99 de 1993 titulado “DE LOS MODOS Y PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA”. Allí se establece,

por ejemplo, (i) el derecho de todas las personas a intervenir, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente (art. 69) y (ii) la realización de una audiencia pública ante la autoridad ambiental competente cuando se desarrolle o pretenda desarrollarse una obra o actividad que pueda causar impacto al medio ambiente o a los recursos naturales renovables, y para la cual se exija permiso o licencia ambiental conforme a la ley o a los reglamentos. No existe una única manera de garantizar la participación ciudadana; a esta Corte le corresponde velar porque la participación ciudadana, manifestación del principio democrático incluido desde el preámbulo, se materialice y maximice, pero sin imponer formas específicas para hacerlo efectivo.

Conforme a lo anterior antes de iniciar cualquier tipo de actividad de explotación minera debe adelantarse el procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental. Dicho proceso, como se desprende del contenido de las disposiciones referidas, ampara de manera clara la participación de la ciudadanía. En esa medida no resulta preciso afirmar que durante el trámite o desarrollo de las concesiones mineras el mandato de participación ciudadana se encuentre deficientemente protegido y, en esa medida, el punto de partida de la sentencia resulta impreciso.

Igualmente, la Ley 1757 de 2015 ha previsto la posibilidad de celebrar las denominadas Alianzas para la Prosperidad. Según el artículo 105 de dicha ley “[e]n los municipios donde se desarrollen proyectos de gran impacto social y ambiental producto de actividades de explotación minero-energética, se podrán crear a nivel municipal Alianzas para la Prosperidad como instancias de diálogo entre la ciudadanía, especialmente las comunidades de áreas de influencia, la administración municipal, el Gobierno Nacional y las empresas que desarrollen proyectos con el fin de concertar y hacer seguimiento al manejo de dichos impactos”. A su vez, según el artículo 106, dichas alianzas “deben contener la visión del desarrollo que respete las características sociales, culturales y comunitarias, así como las responsabilidades del Gobierno Nacional, departamental y municipal y de las empresas mediante sus mecanismos de responsabilidad social empresarial, y aquellos que se deriven de las licencias ambientales y los planes de manejo ambiental”. En adición a ello, estimo necesario advertir que las Alianzas para la Prosperidad pueden celebrarse incluso antes del otorgamiento de la licencia ambiental, tal y como se desprende del artículo 107 al prescribir que en los “casos en que las empresas que

desarrollen proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, logren acuerdos con las comunidades de las zonas de influencia en materia ambiental, social o cultural y dichos compromisos queden plasmados en las licencias ambientales, su cumplimiento se sujetará a las disposiciones previstas en las normas que regulan el otorgamiento y seguimiento de dichas licencias, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993”. En ese sentido la sentencia C-150 de 2015 indicó que tal clase “de acuerdos debe articularse con las licencias ambientales y, en general, con la regulación que se establece en la ley 99 de 1993 tal como lo indica el artículo 107 del proyecto”.

2.2. En contra del argumento acabado de presentar, podría aducirse que las normas que a mi juicio se abstuvo de considerar la sentencia C-389 de 2016 no se corresponden exactamente con la doble exigencia de “verificación” y “participación”, establecida en la sentencia, a saber: que la autoridad minera (i) debe verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, considerando (a) la naturaleza de la concesión solicitada, (b) los distintos tipos de minería y (c) la extensión de los proyectos y (ii) establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados.

De acuerdo con esta objeción, el planteamiento sería equivocado en tanto las normas citadas no satisfacen integralmente el contenido de la “regla de verificación” y la “regla de participación” en el trámite de otorgamiento de concesiones mineras. Admitiendo, solo en gracia de discusión, que tal objeción fuera correcta, la decisión seguiría siendo equivocada por otro tipo de razones que a continuación preciso.

a) La decisión de la Corte, pese a las referencias que en ella se hacen acerca de que se trata de una sentencia de *exequibilidad condicionada*, en realidad es una sentencia de naturaleza *integradora-aditiva*. En efecto, tal providencia señala no que la disposición admita dos interpretaciones, una de las cuales sea contraria a la Carta y otra compatible con ella -lo que es propio del primer tipo de sentencia- sino que, en lugar de eso, afirma que existe un déficit de protección de normas constitucionales, cuya corrección solo es posible mediante la inclusión de la “regla de verificación” y de la “regla de participación”.

Tratándose de una sentencia aditiva, tenía la Corte la obligación de demostrar que los contenidos normativos integrados al texto legal acusado se desprendían directamente de la Constitución. No puede olvidarse que las sentencias aditivas, ampliamente reconocidas en la práctica interpretativa de este Tribunal, plantean

algunas de las tensiones más serias con el legislador, en tanto agregan ingredientes normativos -elementos, sujetos o supuestos- a disposiciones previamente adoptadas por el legislador. Teniendo en cuenta que a la Corte no le corresponde, en general, realizar valoraciones de conveniencia dada la naturaleza judicial de sus funciones, pronunciar una decisión aditiva exige demostrar con cuidado y detalle que el complemento normativo integrado se desprende de manera directa de las normas constitucionales. Es por ello que la legitimidad de este tipo de decisiones depende de una fundamentación particularmente exigente. No se trata de establecer una adición porque “resulta mejor así”; se trata de integrar una regla porque ella se encuentra constitucionalmente ordenada de manera clara y específica.

Si bien puedo aceptar sin reservas que de la Constitución se desprenden mandatos que imponen el deber de regular la explotación de recursos naturales y la obligación de adoptar medidas de protección del medio ambiente, no encuentro un mandato constitucional específico que obligue seguir la “regla de verificación”. La decisión de la Corte implica que de la Constitución se desprende que todo proceso de otorgamiento de una concesión minera impone no solo la valoración previa de unos requisitos particulares, sino que ello debe hacerse con determinados propósitos. Puede o no compararse que lo establecido por la Corte sea útil o pertinente. Pero tal tipo de valoración no constituye un argumento de constitucionalidad suficiente para intervenir, adicionando -no condicionado como sugiere la sentencia- un requisito no previsto por el legislador. Este tipo de debates de conveniencia son propios del órgano legislativo y no deberían darse, tratándose de un control estrictamente jurídico.

Del mismo modo, reconozco sin objeción que la participación ciudadana constituye un elemento fundamental en la configuración del orden constitucional. Ello supone, como lo recuerda la sentencia, diferentes deberes a cargo de las autoridades públicas a efectos de garantizar su promoción. Sin embargo, no encuentro como es posible fundamentar, a efectos de adoptar una sentencia aditiva, que la Constitución ordena implementar un instrumento formal de participación cuando se pretenden autorizar actividades de explotación minera. Según la decisión, es en ese momento específico -y no es suficiente antes de iniciar la explotación- que debe instrumentarse un mecanismo formal de participación. La promoción de la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan, corolario natural de la soberanía popular, puede concretarse de diversas maneras y a través de diferentes instrumentos. Afirmar, como lo hace sentencia, que la Carta impone un momento y una forma específica de participación ciudadana antes de que se

inicie la exploración minera no es una conclusión admisible.

En síntesis, la manera de concretar o cumplir los mandatos constitucionales que guiaron la decisión de la Corte no es la única. Es constitucionalmente factible que el legislador, primero, y las demás autoridades en ejercicio de sus competencias, después, establezcan modalidades o instrumentos para cumplir los referidos mandatos. Asumir, sin una fundamentación adecuada, que solo una alternativa es posible, suscita no solo problemas hermenéuticos insalvables tal y como lo he dejado señalado, sino también problemas de legitimidad muy serios. Seguidamente me ocupó de estos últimos.

b) La Constitución le atribuyó específicamente al legislador la competencia para regular la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables (arts. 334 y 360), así como para diseñar los diferentes mecanismos de participación ciudadana en materias que tengan un impacto ambiental (art. 79). Esta atribución directa encuentra explicación en el hecho de que se trata de una materia que debido (i) a los intereses que compromete, (ii) a su relación con el desarrollo económico y (iii) a la complejidad que le es propia, requiere ser discutida y valorada en un escenario democrático y representativo que haga posible contrastar las diferentes opciones de regulación a partir de consideraciones jurídicas, técnicas y de conveniencia.

El reconocimiento constitucional de una competencia específica a favor de una autoridad supone que las posibilidades de intervención de la Corte -en desarrollo de sus atribuciones de control abstracto- se encuentran relativamente limitadas, a efectos de no aniquilar el margen de configuración que le ha sido reconocido al Congreso. De otra forma dicho, la asignación de una atribución en los términos en que ello ocurre con la explotación de los recursos naturales, comporta una decisión del constituyente de delegar en dicho órgano el poder de regular una porción significativa de esa materia. Si bien dicha regulación puede encontrarse limitada por disposiciones más o menos específicas de la Constitución, el control abstracto debe ejercerse con prudencia a efectos de que la Corte no desplace al legislador en el ejercicio de sus competencias.

La decisión de la que me separo concluye que el único régimen constitucionalmente admisible en el trámite de concesiones mineras es el que allí se define. Ello sin duda alguna es inaceptable, en tanto la complejidad de la materia unida a la competencia del Congreso indica que resulta factible idear diversidad de regímenes, algunos acentuando la intervención del Estado y de la ciudadanía en la etapa previa al otorgamiento de la concesión, al paso que otros

incrementando tanto la intervención como la participación en las etapas posteriores. Igualmente, es posible pensar en opciones intermedias, sin que ello implique una renuncia al deber de respetar la Carta. Resulta válido que el legislador no hubiere previsto una forma particular de participación para la etapa de exploración, dado que por sus propósitos -identificación de la posible existencia de yacimientos mineros así como su dimensión- no supone una intervención intensa en el ambiente como lo presupone, sin demostrarlo, la sentencia C-389 de 2016. En lugar de ello y tal como lo dejé señalado, el Congreso ha dispuesto que la participación se materialice durante el trámite de otorgamiento de la licencia ambiental requerida para cualquier actividad de explotación minera, o incluso antes en virtud de lo dispuesto por la Ley 1757 de 2015.

No existe una sola opción de regulación en esta materia. Existe sí la obligación de garantizar la protección efectiva del ambiente y la participación ciudadana, cuyo cumplimiento puede constatarse, al menos en principio, en las normas vigentes.

c) La decisión de la que me aparto -impregnada de los mejores propósitos- supone privar a la representación democrática expresada en la actuación del legislador de una de sus más importantes dimensiones: la posibilidad de elegir entre opciones cuando un asunto no ha sido constitucionalmente definido. La Carta estableció la obligación de proteger el medio ambiente y promover la participación ciudadana. En esa medida, dado que el legislador había adoptado una alternativa de regulación compatible con la Constitución, no le correspondía a este Tribunal cambiar o complementar esa elección.

Debo llamar la atención acerca de que la intervención de la Corte en esta materia ha venido profundizándose en el último tiempo, tal y como lo revelan las sentencias C-123 de 2014, C-035 de 2016, C-273 de 2016 y C-298 de 2016 al ocuparse de diferentes dimensiones de la regulación minera contenidas en el Código de Minas y en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. En algunas de ellas, tal y como lo puse de presente en el salvamento de voto conjunto formulado respecto de la sentencia C-035 de 2016, el control de la Corte tiene tal intensidad que ha conducido a la anulación de facetas centrales de la tarea que al Congreso le fue asignada por el constituyente en los artículos 150, 334 y 360 de la Constitución. No me opongo, en modo alguno, al juzgamiento de las normas que disciplinan estas materias. Sin embargo, no es posible para la Corte reemplazar al legislador a fin de adoptar las que considere “mejores regulaciones”.

3. Considero relevante resaltar, finalmente, la importancia que tiene para este Tribunal -a efectos de armonizar el ejercicio de sus competencias (art. 241) con el principio democrático (arts. 3 y 150)- una valoración más cuidadosa del alcance de su control en cuestiones respecto de las cuales el legislador debe ocupar, según la Carta, un lugar central. Ello no supone abdicar de su función de guardar la integridad y supremacía del Texto Superior. Sin embargo, no puede olvidar esta Corte Constitucional que el principio democrático también es un mandato superior. Así pues, es imprescindible articular los principios materiales en los que se definen contenidos sustantivos y los principios formales que distribuyen las competencias entre las diferentes autoridades públicas, incluyendo al Congreso. Esta es una de las claves de un control constitucional compatible con la democracia.

Con relación al deber de consulta previa a los pueblos indígenas y a las comunidades afrodescendientes en aplicación del derecho de prelación

4. En el numeral tercero del apartado resolutivo de la sentencia, la mayoría de la Corte decidió declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas. La razón por la que me aparto de la decisión adoptada por la mayoría es que no resultaba necesario el condicionamiento introducido a los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas. El texto de estas disposiciones es respetuoso del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes, por lo que lo procedente era declarar la exequibilidad simple de estas disposiciones, como paso a mostrar.

4.1. Para explicar lo anterior, conviene recordar que el mencionado artículo 122 regula las zonas mineras indígenas, el cual hace referencia a la posibilidad de realizar exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros dentro de territorios indígenas. El artículo 124, por su parte, establece el derecho de prelación de los pueblos indígenas para la concesión de los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Por su parte, el artículo 133 reconoce ese mismo derecho de prelación para las comunidades afrodescendientes con relación a los yacimientos y depósitos mineros que se ubiquen en zonas de comunidades afrodescendientes.

El condicionamiento fijado por la mayoría de la Corte a los artículos mencionados establece que estos son constitucionales siempre y cuando se interprete que el derecho de prelación a los pueblos indígenas y a las comunidades afrodescendientes no justifica la omisión de la consulta previa y

del derecho al consentimiento libre, previo e informado cuando la realización de actividades de exploración y explotación en zonas mineras indígenas o afrodescendientes los afecte de manera intensa. Según la decisión de la mayoría, existe una afectación intensa a los pueblos indígenas o a las comunidades afrodescendientes en cualquier de los siguientes eventos: cuando se produzca su desplazamiento, cuando haya amenaza de extinción física o cultural, o cuando se utilicen materiales peligrosos en sus tierras y territorios.

4.2. Como mencioné, el condicionamiento fijado por la mayoría de la Sala Plena a los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas no era necesario. En efecto, el Código de Minas establece expresamente salvaguardas del derecho a la consulta previa, por lo que no podía afirmarse la existencia de un vacío o de una ambigüedad que ameritara el condicionamiento de la Corte para proteger el derecho a la consulta previa. Así, el artículo 122 del Código señala que cualquier propuesta de un particular de realizar actividades de exploración y explotación en una zona minera indígena “*será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas*”. Además, como medida afirmativa adicional para respetar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el artículo 122, en concordancia con el artículo 124 del mismo estatuto, reconoce que estos tienen derecho de prelación para la concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este mismo derecho de prelación es reconocido para las comunidades afrodescendientes por el artículo 133 del Código de Minas. Adicionalmente, el artículo 128 del Código expresamente reconoce la facultad de los pueblos indígenas de identificar, dentro de las zonas mineras indígenas, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

4.3. Así, es claro que el Código de Minas es respetuoso del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes en las actividades mineras. De hecho, a esta misma conclusión ya había llegado la Corte Constitucional en ocasiones anteriores, en particular en la sentencia C-418 de 2002, en la que declaró la exequibilidad del artículo 122 del Código de Minas. En dicha oportunidad, la Corte señaló que la disposición mencionada era respetuosa del derecho a la consulta previa, aunque consideró que no era claro que esta consulta se exigiera en la delimitación de las zonas mineras indígenas. Dado que esta delimitación es una actividad sensible para las comunidades indígenas, pues establecen las porciones del territorio en el que se podrán adelantar actividades de exploración y explotación, la Corte consideró

pertinente aclarar que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al párrafo del artículo 330 de la Constitución Política y al artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Según lo anterior, el único déficit de protección del derecho a la consulta previa que podía desprenderse del artículo 122 del Código de Minas ya había sido resuelto por la Corte Constitucional en una ocasión anterior.

4.4. Con todo, la mayoría de la Sala Plena sostuvo que era necesario condicionar esta disposición, al igual que los artículos 124 y 133 del mismo estatuto, con el propósito de aclarar que las comunidades étnicas deben ser consultadas con relación a los proyectos de minería susceptibles de afectarlas directamente. Igualmente, afirmó que en determinadas ocasiones no solo procede la consulta a las comunidades, sino el consentimiento libre, previo e informado, lo cual sucede en casos de afectación directa e intensa a los derechos de las comunidades.

Con relación a este condicionamiento, puede apreciarse que la primera parte de él resulta superflua, teniendo en cuenta el propio texto del inciso 2 del artículo 122 del Código de Minas. La segunda parte del condicionamiento también resulta innecesaria, pues como la propia sentencia lo reconoce, pueden existir conflictos entre las autoridades ambientales y las autoridades étnicas cuando ambas tengan posiciones diversas sobre un mismo asunto. Tales conflictos son propios del control concreto de constitucionalidad, y en realidad poco ayuda a resolverlos la introducción de un condicionamiento sobre consentimiento previo, libre e informado. Este consentimiento efectivamente es necesario en casos excepcionales, pero debe ser determinado a la luz de las situaciones especiales de cada caso, sin que hubiera sido necesario introducirlo en el articulado del Código de Minas.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
MAGISTRADO

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-389/16**

ACTIVIDAD MINERA-Entrega de título minero precedida de la verificación de mínimos de idoneidad laboral y ambiental (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-11172. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001, *"por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones "*.

Magistrada ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

No sin antes reiterar mi completa adherencia a la decisión de mayoría, estimo necesario señalar que mi aclaración de voto en este asunto básicamente está encaminada a poner de resalto, de manera sucinta, que, a mi modo de ver, en nada se opone al cabal ejercicio de la actividad minera, cuyo patrocinio constitucional y legal no admite ningún tipo de discusión, el que, como lo concluyó esta Corte, la entrega de títulos minero este necesariamente precedida de la verificación de mínimos de idoneidad laboral y ambiental, teniendo en cuenta aspectos como, (i) la naturaleza de la concesión que se otorga, (ii) las diferencias existentes entre los distintos tipos de minería (iii) la magnitud, extensión y duración de los proyectos, y otros presupuestos que resultan relevantes, de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular, para efectos de intentar asegurar o al menos precaver que la práctica de la actividad minera, en sí misma considerada, no se convierta en vehículo propicio para desconocer los derechos laborales y de la seguridad social que les asisten a todas aquellas personas que, como subordinados, participen directamente de la misma, a quienes, de igual forma, deben brindárseles adecuadas garantías relacionadas con el cubrimiento de los inherentes riesgos laborales que asuman.

El que los interesados aporten evidencias indicativas de que en desarrollo de la actividad minera ajustarán su proceder a lo que legalmente corresponde, en lo concerniente al ámbito laboral y de la seguridad social, es una precaución

elemental tendiente a evitar los múltiples desafueros que en este campo suelen ocurrir con lamentables secuelas sociales que normalmente repercuten en las clases menos favorecidas las cuales, por lo mismo, son fácil presa del subempleo o de la asunción de oficios que se adelantan sin sujeción a mínimos estándares legales. En este sentido, no puede perderse de vista que en la constitución que actualmente nos rige el tema laboral y su protección está reconocido, desde el preámbulo mismo, como un valor supremo de imprescindible respeto y observancia por parte de los asociados. Del mismo modo, el artículo 1º constitucional le asigna a la mencionada actividad el carácter de principio fundante de nuestro estado social de derecho, en tanto que, a su turno, el artículo, 25 ibídem, cataloga al trabajo como un derecho fundamental que goza en, todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.

Así pues, con fundamentos en las anteriores premisas, las mínimas precauciones que deben adoptar las autoridades encargadas de autorizar la actividad minera, en aras de asegurar el cumplimiento de los derechos laborales de quienes en ella participen como asalariados o subordinados, es una elemental consecuencia que se abre paso en el propósito de hacer materialmente efectivos los postulados constitucionales en mención, y así evitar que su contenido esencial se reduzca hasta convertirse en una simple declaración retórica, sin un verdadero impacto en la realidad fenoménica que se pretende regular.

De otra parte, la mínima comprobación previa de que las labores mineras se desarrollaran con plena observancia de las regulaciones ambientales no es más que el cumplimiento de un elemental deber que imponen las normas constitucionales y legales que gobiernan este tema, las cuales, como bien se sabe, enfatizan en que el principio de la precaución necesariamente debe orientar la valoración de todo tipo de actuaciones que puedan obrar en detrimento del entorno ecológico el cual, hoy por hoy, cuenta con una muy intensa protección constitucional debido a la importancia que representa en la conservación de la vida y demás derechos inherentes a la condición humana. Puntualmente caber recordar que el artículo 80 Superior ordena prevenir y controlar todo tipo de factores que supongan un eventual deterioro ambiental.

Por lo demás, atendiendo los muy relevantes intereses que entran en juego cuando de la práctica de la actividad minera se trata, pero, sobre todo, cuando esta desencadena la acentuada afectación directa o indirecta de específicas comunidades o grupos poblacionales o de su entorno habitacional o medio ambiental, a mi modo de ver, como una elemental expresión del deber ser, como

lo dispuso el fallo de mayoría, resulta asaz positivo incentivar la participación ciudadana en la toma de decisiones que guarden relación con el tema, lo cual, además, constituye una manera efectiva de darle alcance a uno de los principios fundantes más valiosos de nuestro ordenamiento constitucional, por el alto valor democrático que lo inspira, inserto en el artículo 1º del texto Superior, el cual establece que entre los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho está el de "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación".

Sobre el particular también es preciso tener en cuenta lo que dispone el artículo 79 constitucional en el sentido de que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y que "la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo".

Indudablemente, la señalada participación se torna obligatoria cuando lo que está en juego es la prevalencia de los intereses vitales de las minorías étnicamente diferenciadas, pues, como es sabido, en estos casos, cualquier decisión judicial o administrativa que las afecte debe estar precedida del trámite de la consulta previa, el cual debe adelantarse en los términos que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido. De manera que, como lo dispuso el fallo de mayoría, condicionar la concesión de títulos mineros a la verificación de esta especial participación no supone cosa distinta que acatar lo que la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad y la Jurisprudencia constitucional tienen sentado al respecto.

Si bien en este caso cabía la posibilidad de suplir el condicionamiento emitido por una contundente y precisa argumentación que podía incorporarse en la *ratio decidendi* de la sentencia, y así declarar una exequibilidad pura y simple, como lo ha hecho la Corte en otras ocasiones, acorde con lo que se sugirió en la discusión del proyecto, creo que resultó mucho más acertado el fallo de exequibilidad condicionada adoptado, en la medida que el mismo proporciona mejores garantías para el cumplimiento de los presupuestos que necesariamente habrán de agotarse a efectos de que la actuación respectiva (otorgamiento de títulos mineros) se estime ajustada a la constitución. El mayor peso y trascendencia de los valores y principios constitucionales en juego, vitales para sustentar y legitimar la realidad práctica y cotidiana de nuestra democracia, a no dudar, así lo imponía.

Por último, debo señalar que también comparto el resolutivo tercero del fallo en cuestión en cuanto que, con apego a lo que constitucional y legalmente se

establece, y, en particular, reflejando el estado actual de la jurisprudencia de esta Corte en torno al tema de la consulta previa, no generalizó e hizo extensivo a todos los casos en que esta se exige, el cumplimiento adicional del requisito relacionado con el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades étnicas o afrocolombianas, sino que, la plena satisfacción de este último se limitó a casos específicos, de intensa afectación, como los que supongan (i) el desplazamiento de la comunidad, (ii) su extinción física o cultural o (iii) la utilización en sus territorios de materiales peligrosos. A mi modo de ver, la exigencia del mencionado consentimiento en estos particulares eventos resulta inobjetable, mas no así en otros que conlleven circunstancias y connotaciones distintas, sin perjuicio, desde luego, de que, la consulta previa, con criterio general no adversativo o adversarial, con el alcance que la jurisprudencia le ha atribuido a dicha expresión, de todos modos, tenga que realizarse con apego a las pautas también jurisprudencialmente establecidas, en los supuestos en que aquella se amerite.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado